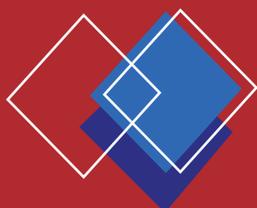


2

COLEÇÃO MPF
INTERNACIONAL



UNIDADE DE
COOPERAÇÃO
INTERNACIONAL
DO MPF



TEMAS DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

TEMAS DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Ministério Público Federal

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Procurador-Geral da República

José Bonifácio Borges de Andrada

Vice-Procurador-Geral da República

Nicolao Dino de Castro e Costa Neto

Vice-Procurador-Geral Eleitoral

Hindemburgo Chateaubriand Pereira Diniz Filho

Corregedor-Geral do Ministério Público Federal

Julieta Elizabeth Fajardo Cavalcanti de Albuquerque

Ouvidora-Geral do Ministério Público Federal

Blal Yassine Dalloul

Secretário-Geral

Vladimir Barros Aras

Secretário de Cooperação Internacional



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
SECRETARIA DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

TEMAS DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

2ª edição revista e ampliada

Volume 2

Brasília, DF
MPF
2016

Coordenação e Organização

Vladimir Aras
Wellington Cabral Saraiva
Carlos Bruno Ferreira da Silva

Colaboração

Servidores e estagiários da Secretaria de Cooperação Internacional (SCI/PGR)

Secretário de Cooperação Internacional

Vladimir Aras

Assessora-Chefe da Secretaria de Cooperação Internacional

Georgia Renata Sanchez Diogo

Secretária Executiva da Secretaria de Cooperação Internacional

Marilda M. Nakane

Grupo Executivo da Secretaria de Cooperação Internacional

Anamara Osório Silva (Pr/Sp)
Andre de Carvalho Ramos (Prr-3)
Angelo Augusto Costa (Prm/Sjc)
Antonio do Passo Cabral (Pr/Rj)
Artur de Brito Gueiros Souza (Prr-2)
Carla Veríssimo de Carli (Prr-4)
Carlos Bruno Ferreira da Silva (Pgr)

Carlos Fernando dos Santos Lima (Prr-3)
Cristina Schwanssee Romanó (Prr-2)
Daniel César Azeredo Avelino (Pr/Pa)
Daniel de Resende Salgado (Pgr)
Denise Neves Abade (Prr-3)
Douglas Fischer (Prr-4)
Luiz Fernando Voss Chagas Lessa (Prr-2)
Marcello Paranhos de Oliveira Miller (Pr/Rj)
Monica Nicida Garcia (Spgr)
Oliveiros Guanaís de Aguiar Filho (Pr/Ba)
Patrícia Maria Núñez Weber (Pr/Rs)
Paulo Roberto Galvão de Carvalho (Pr/Df)
Ronaldo Pinheiro de Queiroz (Pgr)
Sergio Gardenghi Suiama (Pr/Rj)
Ubiratan Cazetta (Pr/Pa)
Wellington Cabral Saraiva (Pgr)

Planejamento visual, revisão e diagramação

Secretaria de Comunicação Social (Secom)

Normalização Bibliográfica

Coordenadoria de Biblioteca e Pesquisa (Cobip)

Procuradoria-Geral da República

SAF Sul, Quadra 4, Conjunto C
Telefone (61) 3105-5100
70050-900 - Brasília - DF
www.mpf.mp.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

B823t

Brasil. Ministério Público Federal. Secretaria de Cooperação Internacional.
Temas de cooperação internacional / Secretaria de Cooperação Internacional. –
2. ed., rev. e atual. – Brasília : MPF, 2016.
284 p. – (Coleção MPF Internacional ; 2)

ISBN 978-85-85257-18-7 (obra compl.) – ISBN 978-85-85257-19-4 (v. 2)

1. Cooperação internacional. 2. Direitos humanos (direito internacional público).
3. Corrupção. 4. Criança, sequestro. 5. Tratado. 6. Alimentos (direito de família). I. Secretaria de
Cooperação Internacional. II. Título. III. Série.

CDD327.17

Sumário

Prefácio à 2ª edição

Apresentação

PARTE I – TEMAS GERAIS DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL 9

Análise da Coexistência entre Carta Rogatória e auxílio direto na assistência jurídica internacional - **Denise Neves Abade** 9

Cooperação internacional penal: conceitos básicos - **Patrícia Maria Núñez Weber** 27

Cooperação jurídica internacional - **Saulo José Casali Bahia** 41

Dados eletrônicos e cooperação internacional: limites jurisdicionais - **Antenor Madruga e Luciano Feldens** 49

Elaboração de pedido de cooperação jurídica internacional em matéria penal - **Isalino Antonio Giacomet Junior** 71

Advocacia internacional do Estado e o Ministério Público: dez anos de parceria entre AGU e MPF - **Boni de Moraes Soares** 81

Assistência jurídica internacional e a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão - **Ela Wiecko V. de Castilho** 89

Comunicações judiciais diretas: a Rede Internacional de Juízes da Haia - **Mônica Sifuentes** 101

PARTE II – ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DO JUDICIÁRIO 107

Cooperação jurídica internacional e estado de direito: uma agenda para a PGR e o UNODC - **Rafael Franzini** 107

La cooperación judicial internacional en el siglo XXI - **Rosa Ana Morán Martínez** 111

Notas sobre a evolução da cooperação internacional em matéria penal pelo Ministério Público Federal - **Luiz Fernando Voss Chagas Lessa** 117

Um olhar do Itamaraty sobre o Ministério Público - **Aurélio Viotti** 125

O papel do juiz ou procurador de ligação no desenvolvimento da cooperação judicial internacional: ponto de vista do magistrado de ligação francês no Brasil - **Carla Deveille-Fontinha** 129

O Superior Tribunal de Justiça e a cooperação internacional - **Francisco Falcão** 135

PARTE III – CRIMINALIDADE E COOPERAÇÃO INTERNACIONAL 139

O crime organizado e a cooperação internacional - **Ricardo Andrade Saadi** 141

Criminalidade transnacional, persecução penal global - Danilo Andreato	147
Desenvolvendo parcerias para a cooperação no combate aos ilícitos transnacionais - Márcia Loureiro	155
Ao som da Interpol - Luiz Cravo Dórea	159
Terrorismo e a cooperação penal internacional: desafios ao direito de extradição - Artur de Brito Gueiros Souza	163
A transferência da execução de sentenças como alternativa à extradição - Douglas Fischer e Vladimir Aras	177
PARTE IV – CONVENÇÕES INTERNACIONAIS CONTRA CORRUPÇÃO	201
Atuação do Ministério Público Federal nas convenções internacionais contra corrupção - Wellington Cabral Saraiva	201
Combate à corrupção: convenções e mecanismos internacionais - Hamilton Cota Cruz e Camila Colares Bezerra	211
A internacionalização do direito penal e as dificuldades de harmonização legislativa para implementação dos tratados internacionais anticorrupção - Carla Veríssimo de Carli	217
Três convenções internacionais anticorrupção e seu impacto no Brasil - Mônica Nicida Garcia	229
PARTE V – SUBTRAÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS	241
“Sequestro” internacional de crianças: a cooperação jurídica internacional e questões pré-processuais - Guilherme Calmon Nogueira da Gama	241
PARTE VI – ALIMENTOS INTERNACIONAIS	247
O Ministério Público Federal e a cobrança de alimentos no plano internacional: atuação como autoridade central na convenção de Nova York - Nadia de Araujo	247
A Convenção da Organização das Nações Unidas sobre prestação de alimentos no estrangeiro - Vladimir Barros Aras, Silvia Helena Sousa Penha e Guilherme Vilela Corrêa	255
PARTE VII - EXPERIÊNCIAS INTERNACIONAIS	265
“Experiências Internacionais: A Luta do Ministério Público Contra a Criminalidade” - Geraldo Brindeiro	265
Cooperação Jurídica entre o Brasil e o Tribunal Penal Internacional - Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos	269



Prefácio à 2ª edição

Esta segunda edição conta com dois novos artigos, a “Cooperação Jurídica entre o Brasil e o Tribunal Penal Internacional” de autoria do Subprocurador-Geral da República Carlos Eduardo Vasconcelos, à página 269, que discute cenários da cooperação jurídica entre o Brasil e o Tribunal Penal Internacional (TPI) na ausência de uma lei de implementação do Estatuto de Roma e de qualquer parâmetro legal para a cooperação, e “A transferência da execução de sentenças como alternativa à extradição” elaborado por este signatário e o Procurador Regional da República Douglas Fischer, à página 177. Trata-se de texto desenvolvido a partir de conferência proferida em 16 de abril de 2015, em Doha, Qatar, durante o Congresso Criminal das Nações Unidas, no painel “*Promoting justice across borders: the transfer of execution of sentences as an alternative to extradition*” ou “Promovendo justiça entre fronteiras: a transferência da execução de sentenças como uma alternativa à extradição”, organizado pelo UNODC (Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime).

A edição traz também versão em português de palestra proferida em inglês pelo Subprocurador-Geral da República Geraldo Brindeiro na International Association of Prosecutors (IAP), com o título “*International Experiences: The Struggle of the Prosecutors Office against Crime*” ou “Experiências Internacionais: A Luta do Ministério Público contra a Criminalidade”, à página 265.

Brasília, setembro de 2016.

VLADIMIR ARAS
Procurador Regional da República
Secretário de Cooperação Internacional



Apresentação

Tenho o prazer de apresentar esta publicação, que integra iniciativa da Procuradoria-Geral da República e de sua Secretaria de Cooperação Internacional (SCI) como parte da celebração dos 10 anos da Cooperação Internacional do Ministério Público Federal (MPF).

Criada como Centro de Cooperação Jurídica Internacional, em 3 de fevereiro de 2005, por meio da Portaria PGR nº 23, do Procurador-Geral da República Cláudio Fonteles, teve sua denominação alterada para Assessoria de Cooperação Jurídica Internacional, em 2010, pelo Procurador-Geral da República Roberto Monteiro Gurgel Santos, sendo coordenada pelo Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida. Passou à condição de Secretaria em 17 de setembro de 2013, pela Portaria PGR/MPF nº 650, de minha autoria.

Esta edição traz coletânea de artigos sobre alguns dos temas em evidência na área da cooperação jurídica internacional, escritos por profissionais do setor privado e de alguns dos principais órgãos públicos com atuação legal no tema. Trata-se, portanto, de textos produzidos por quem conhece a fundo a área e nela trabalha.

Desde a atuação ainda incipiente e, não raro, improvisada do Ministério Público Federal na área internacional, dez anos atrás, até a estruturação de secretaria especializada, coordenada por membro com experiência no assunto e com quadro de servidores voltados exclusivamente a ele, o MPF evoluiu enormemente, mercê da iniciativa dos Procuradores-Gerais da República que me antecederam, a qual busquei aperfeiçoar, e da dedicação de numerosos membros e servidores ao longo dos anos.

A Procuradoria-Geral da República funciona como autoridade central para pedidos de auxílio direto destinados a Portugal e ao Canadá, ou de lá procedentes, e em pedidos rogatórios, ativos e passivos, expedidos para cobrança de alimentos no exterior, com base na Convenção de Nova York de 1956. Além disso, a SCI, diretamente ligada ao Gabinete do Procurador-Geral da República, coordena a representação do Ministério Público Federal em diversas redes de cooperação jurídica e em organismos internacionais, como a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização dos Estados Americanos (OEA), a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) e o Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (GAFI/FATF).

No plano interno, também representa o Ministério Público Federal na articulação com órgãos atuantes na área internacional, como o Ministério da Justiça, o Ministério das Relações Exteriores, a Controladoria-Geral da União e o Departamento de Polícia Federal.

Por fatores como: (a) o processo crescente de globalização; (b) os compromissos internacionais do Brasil de cooperação jurídica e de prevenção e repressão ao crime; e (c) a importância política e econômica do País no cenário regional e internacional, é fundamental que o Ministério Público Federal mantenha e aprofunde o processo de profissionalização de sua atuação externa. A exemplo de diversos países, deve ampliar sua função de autoridade central e ter estrutura e desempenho compatíveis com o protagonismo constitucional necessário do Ministério Público na área criminal e na tutela de direitos sociais e individuais e indisponíveis.

Este livro reflete esse esforço.

Brasília, maio de 2015.

RODRIGO JANOT MONTEIRO DE BARROS
Procurador-Geral da República

Análise da Coexistência entre Carta Rogatória e Auxílio Direto na Assistência Jurídica Internacional

Denise Neves Abade*

1. Introdução: A assistência jurídica internacional

A cooperação jurídica internacional penal consiste no conjunto de medidas e mecanismos pelos quais órgãos competentes dos Estados solicitam e prestam auxílio recíproco para realizar, em seu território, atos pré-processuais ou processuais que interessem à jurisdição estrangeira. O objetivo, portanto, é *facilitar o acesso à justiça*.¹

A assistência jurídica internacional é uma das espécies de cooperação jurídica internacional. Somente a partir da década de noventa do século passado, conforme observa Gilmore, houve consenso global sobre as medidas compreendidas pelo instituto. Tal consenso foi alcançado após determinação das medidas que claramente *não são acobertadas* pelo instituto: detenção ou captura para fins de extradição, transferência de presos para cumprimento de decisões estrangeiras e transferência de procedimentos criminais.²

A assistência jurídica internacional em matéria criminal, assim, consiste no *conjunto de atos necessários para instituir ou facilitar a persecução de uma infração criminal*, como envio de documentos ou colheita de provas.³

2. A assistência jurídica internacional em matéria penal e seus veículos

2.1. Os dois veículos: carta rogatória e auxílio direto

A tipologia da cooperação possui a espécie *assistência jurídica em matéria penal*, que engloba os pedidos de colaboração entre Estados para fazer cumprir atos de preparação e desenvolvimento do processo penal.

A assistência jurídica internacional nasce, como qualquer outro veículo da cooperação jurídica internacional em matéria penal, sob o signo da *necessidade* e da *desconfiança*. Necessidade, porque o Brasil, desde a independência, percebeu a urgência na colaboração com Estados estrangeiros em matéria penal, pois o crime não obedece às fronteiras políticas. Desconfiança, pois a execução sem restrições de atos de jurisdição estrangeira em território nacional ofenderia a soberania brasileira.

* Doutora em Direito Constitucional (Faculdade de Direito de Valladolid, Espanha). Mestre em Direito Processual Penal (Faculdade de Direito da USP). Procuradora Regional da República e membro da Comissão da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU) que elaborou anteprojeto de lei de cooperação jurídica internacional.

1. ABADE, 2013.

2. GILMORE, 1995, p. xii – Introduction.

3. Conforme certa definição de Geiger: “acts necessary to institute or facilitate the prosecution of the criminal offence, such as the service of documents or the taking of evidence.”. Ver GEIGER, 1992, p. 201.

No nosso país há dois instrumentos básicos que concretizam a assistência jurídica internacional: *carta rogatória* (tradicional) e o *auxílio direto*, como veremos a seguir.

2.2. A Carta rogatória penal

A carta rogatória é o *instrumento* pelo qual se solicita a atuação de outra jurisdição para dar, em geral, cumprimento a ato referente ao bom desenvolvimento de um processo cível ou criminal.⁴ Veicula pedidos de assistência jurídica, que, na área criminal, podem consistir em atos relativos à fase pré-processual (investigação penal), à fase citatória ou à fase probatória de um processo criminal. A carta rogatória pode ainda conter atos de cunho cautelar, extremamente comuns no processo penal, como o arresto e sequestro de bens.

Importa o conhecimento de alguns aspectos históricos do instrumento para entendermos a existência de *peculiaridades* que são *incomuns* em procedimentos análogos em outros Estados. Assim, embora já existisse durante o Império brasileiro desde o Aviso de 1º de outubro de 1847,⁵ a carta rogatória em matéria criminal foi regulada somente pela Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, já em plena República. De acordo com o art. 12, § 4º, as cartas rogatórias emanadas de Estado estrangeiro somente seriam cumpridas após o *exequatur* (cumpra-se) dado pelo Governo Federal.⁶ A preocupação com o *exequatur* era restrita às cartas rogatórias passivas, que, necessariamente, passavam pelo Poder Executivo. A autoridade federal incumbida da transmissão era o Ministério da Justiça e Negócios Interiores, que recebia a carta rogatória enviada pela via diplomática (pelo Ministério das Relações Exteriores) e, após o *exequatur*, encaminhava-a para cumprimento pelos juízes federais.⁷ Na época, o *exequatur* se referia a um *juízo de admissibilidade* do pedido estrangeiro *sem maiores parâmetros ou condições*, já que a cooperação internacional naquele período era regida unicamente pela *cortesia internacional*: o Poder Executivo discricionariamente poderia aceitar ou negar um pedido. Com relação às cartas rogatórias ativas, não havia a necessidade do *exequatur*, pois já eram expedidas pelo Poder Judiciário brasileiro desde o tempo do Império e, inicialmente,

4. Para Araújo, a carta rogatória consiste no “[...] instrumento por cujo meio se roga à autoridade estrangeira que promova o cumprimento, em sua jurisdição, de atos processuais ordinatórios (citações, notificações, intimações) ou instrutórios (produção de prova por meio de oitiva de testemunhas, realização de perícia, requisição de documentos, etc.) no interesse de outra jurisdição, perante a qual tramita processo em cujo âmbito tais atos foram requeridos”. (2002, p. 5). Já para Tiburcio, a carta rogatória é “[...] é o meio processual adequado para a realização de diligências fora de uma determinada jurisdição. Na hipótese de estar o réu domiciliado em outro país, e havendo necessidade de citá-lo para que se instaure o processo ou, estando determinada testemunha essencial para o desenrolar do processo domiciliada no exterior e se há necessidade de interrogá-la, a via processual comumente utilizada é a carta rogatória”. (1999, p. 77-88).

5. Esse primeiro documento esboçou os delineamentos gerais desse instrumento que repercutem até hoje. De fato, o Aviso referia-se apenas à cooperação jurídica com Portugal, contendo autorização inovadora para a época de cumprimento de cartas precatórias, rogatórias, citatórias e requisitórias, com a exceção daquelas referentes a matéria criminal e as de cunho executório. Após, em 1865, foi editada a Circular de 14 de novembro de 1865, da lavra do Conselheiro Nabuco de Araújo, que permitiu que fosse aplicada aos demais Estados o mesmo tratamento dado a Portugal pelo Aviso de 1847.

6. No original: “§ 4º As rogatorias emanadas de autoridades estrangeiras serão cumpridas sómente depois que obtiverem o exequatur do Governo Federal, sendo exclusivamente competente o juiz seccional do Estado, onde tiverem de ser executadas as diligencias deprecadas. As cartas de sentença, porém, de tribunaes estrangeiros, não serão exequiveis sem prévia homologação do Supremo Tribunal Federal com audiencia das partes e do procurador geral da Republica, salvo si outra cousa estiver estipulada em tratado”.

7. BRIGGS, 1913.

reguladas pela Circular do Ministério da Justiça de 12 de julho de 1878, sendo encaminhadas diretamente pelo Judiciário por meio da via diplomática.

Essas primeiras regulamentações ainda sedimentaram outra característica do instrumento carta rogatória passiva: veicular tão somente pedidos de assistência jurídica de cunho *não executório*. A origem da restrição é o próprio Aviso de 1847, que definiu que a carta rogatória abarcaria a citação ou ainda a oitiva de testemunhas, sendo *repelidos quaisquer atos executórios*.⁸ O fundamento de tal restrição estaria no repúdio, por parte da soberania brasileira, a executar deliberações estrangeiras que envolvessem *gravame final* a bens e pessoas. As decisões estrangeiras que seriam atendidas pela carta rogatória não teriam esse condão (gravame final), pois seriam meramente componentes de um processo que ainda não se havia findado. Para Madruga Filho, a exclusão das diligências “executórias” fazia sentido, pois estas deveriam depender de decisão judicial e, novamente, “o *exequatur* tinha, nesse procedimento, uma conotação administrativa, sendo de competência do Governo Federal e não do Poder Judiciário”⁹.

Porém, em 1934, na edição da nova Constituição da República, houve importante alteração do regime de tratamento das cartas rogatórias passivas. A competência para o *exequatur* foi *transferida para o Poder Judiciário*, e assim mantida até os dias de hoje. Mas a restrição à carta rogatória passiva executória foi mantida por décadas, como se o *exequatur* ainda fosse da alçada do Poder Executivo.

Após isso, a única alteração significativa ocorreu com a edição da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, pela qual o Supremo Tribunal Federal perdeu a competência para apreciação do *exequatur* de carta rogatória – que possuía desde a Constituição de 1934 – para o Superior Tribunal de Justiça.¹⁰

Quanto às cartas rogatórias passivas executórias, o cenário começou a mudar nos anos 90 do século passado. O STF, então competente para conceder o *exequatur*, reconheceu que a proibição da carta rogatória passiva executória poderia ser *superada* por autorização prevista em tratado internacional.

O primeiro tratado internacional ratificado pelo Brasil que afrontou a tradição de denegação de *exequatur* de carta rogatória executória foi o Protocolo de Cooperação Interjurisdicional Cível e Administrativa do Mercosul (Protocolo de Las Leñas), que trata da cooperação jurídica internacional não penal no Mercosul. Dispõe o art. 19 do Protocolo: “O pedido de reconhecimento e execução de sentenças e de laudos arbitrais por parte das autoridades jurisdicionais, será processado por via de cartas rogatórias e por intermédio da Autoridade Central”. Logo após a edição do Protocolo de Las Leñas, foi autorizado que a carta rogatória pudesse conter *homologação* e *execução de sentenças* proferidas pelos órgãos judiciários dos países componentes do Mercosul.¹¹ Após a Emenda 45/2004, a

8. BRIGGS, op. cit.

9. MADRUGA FILHO, 2005, p. 291-311.

10. Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: [...] i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

11. Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 7.618 – República Argentina, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 09-05-1997 p.18154. A ementa do acórdão é a seguinte: “Sentença estrangeira: Proto-

Resolução 9, de 2005, do STJ encerrou a polêmica: o art. 7º dispôs que “as cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios”.¹²

No que tange ao cumprimento de *cartas rogatórias ativas penais* (aquelas em que o Brasil é o Estado requerente, que solicita cooperação), o Código de Processo Penal faz referência à *citação* e ainda ao *cumprimento das diligências probatórias*. O trâmite de carta rogatória ativa de citação acarreta *suspensão do curso do prazo de prescrição penal até seu cumprimento* (art. 368). Por outro lado, cartas rogatórias ativas para realização de diligências (oitiva de testemunhas, peritos etc.) só serão expedidas se *demonstrada previamente a sua imprescindibilidade*, arcando a parte requerente com os custos de envio (art. 222-A).

As cartas rogatórias passivas (aquelas em que o Brasil é Estado requerido) possuem tratamento normativo *singular* no Brasil: devem ser apreciadas por órgão judicial de cúpula antes de ser deferido seu cumprimento no território nacional. Essa apreciação consiste em *juízo de delibação*, no qual o órgão delibante apenas aprecia o cumprimento dos *requisitos formais previstos na lei ou em tratados*, bem como se o conteúdo do pedido rogado não ofende a *ordem pública brasileira*. Assim, caso *ambos os crivos* sejam satisfeitos (requisitos formais e respeito à ordem pública interna), será concedido pelo órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), *exequatur* à carta rogatória estrangeira. Em seguida, a carta rogatória será cumprida pelo juízo federal de primeiro grau, que, depois de a diligência rogada ter sido realizada, devolvê-la-á para o próprio STJ, que a encaminhará ao Ministério da Justiça, encarregado de tomar as últimas providências para a devolução (pela via diplomática – Ministério das Relações Exteriores – ou ainda pela via da autoridade central).

Como visto, a origem do *exequatur*, previsto no Brasil desde 1894, está no desejo de *centralizar* o cumprimento de solicitações de Estados estrangeiros na *cúpula* dos Poderes em um Estado continental como o brasileiro, evitando descontrole e parâmetros diversos, o que ocorreria caso cada juiz fosse competente para autorizar ou não o cumprimento das rogatórias estrangeiras. Até 1934, era atribuição da cúpula do Poder Executivo (Ministério da Justiça). Após 1934 e até a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, a atribuição era do Supremo Tribunal Federal (STF) e, depois de 2004, do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Apesar da *informatização crescente* e da necessidade de dar *celeridade* aos ritos processuais, não há expectativa alguma de alteração desse modelo centralizado, que, por possuir sede constitucional, exige *alteração do texto constitucional* (o que demanda maioria parlamentar de três quintos de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos).

colo de Las Leñas: homologação mediante carta rogatória. O Protocolo de Las Leñas (“Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista, Administrativa” entre os países do Mercosul) não afetou a exigência de que qualquer sentença estrangeira – à qual é de equiparar-se a decisão interlocutória concessiva de medida cautelar – para tornar-se exequível no Brasil, há de ser previamente submetida à homologação do Supremo Tribunal Federal, o que obsta a admissão de seu reconhecimento incidente, no foro brasileiro, pelo juízo a que se requeira a execução; inovou, entretanto, a convenção internacional referida, ao prescrever, no art. 19, que a homologação (dita reconhecimento) de sentença provinda dos Estados partes se faça mediante rogatória, o que importa admitir a iniciativa da autoridade judiciária competente do foro de origem e que o exequatur se defira independentemente da citação do requerido, sem prejuízo da posterior manifestação do requerido, por meio de agravo à decisão concessiva ou de embargos ao seu cumprimento.”

12. Ver, entre outros, o cumprimento da Carta Rogatória 438, Relator Min. Luiz FUX, julgada em 15.08.2007, publicada no DJU de 24.09.2007. Jusrogante: Tribunal de 1ª Instância de Bruxelas. Interes.: João Batista Sayão França.

O STF já se manifestou sobre a *imprescindibilidade* do *exequatur*, em caso interessante no qual juiz de direito da cidade fronteira de Santana do Livramento (Rio Grande do Sul, Brasil) concedeu *exequatur* a carta rogatória que lhe foi encaminhada por juiz uruguaio da cidade vizinha de Rivera, com a qual forma peculiar conurbação binacional, no Uruguai, com base em tratado internacional – o Protocolo de Las Leñas. Note-se que as duas cidades são literalmente “coladas”. O STF reagiu lembrando que sua competência constitucional de conceder *exequatur* não pode ser *superada por tratado internacional*. Chama a atenção, contudo, que a carta rogatória teve que percorrer mais de dois mil quilômetros para obter o *exequatur* em Brasília e voltar para ser cumprida em Livramento (RS). Isso quando não há separação entre Rivera (Uruguai) e Livramento (Brasil) e ambos os países compõem sofisticado processo de integração (Mercado Comum do Sul).¹³ O fato de o país rogante pertencer ao Mercosul não comoveu os ministros do STF.¹⁴

Não foi surpresa que esse *tratamento formal* da carta rogatória (que não foi modificado nem em face da presumida confiança entre Estados inseridos em um processo de integração) estimulou o *crescimento de outro veículo* apto a transportar o pedido de assistência jurídica: o *auxílio direto em matéria penal*, como veremos a seguir.

2.3. O auxílio direto em matéria penal

No final dos anos 1990, em face da ratificação brasileira de tratados internacionais de assistência jurídica, surge novo instrumento cooperacional denominado “auxílio direto”, que também veicularia – tal qual a carta rogatória – pedidos de assistência jurídica internacional.

Esse novo veículo é previsto em vários tratados bilaterais de cooperação jurídica internacional em matéria penal, como também em diversos tratados *multilaterais* que têm por objeto de temas de cooperação jurídica internacional em matéria penal, entre eles o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais,¹⁵ a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal,¹⁶ a Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior,¹⁷ a Convenção Interamericana contra a Corrupção (com reserva ao § 1º, inciso c, do art. XI),¹⁸ a Convenção Interamericana contra o Terrorismo,¹⁹ a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção,²⁰ e a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo).²¹

O auxílio direto baseado nesses tratados internacionais consiste, na definição da Procuradoria-Geral da República, no “instrumento de colaboração penal internacional, através do qual é feito o encaminhamento do pedido de realização de um ato judicial que se faz

13. Reclamação nº 717 / RS – Rio Grande do Sul. Decisão da Presidência do Min. Celso de Mello em 30 de dezembro de 1997, DJ de 04 de fevereiro de 98, p.04.

14. Ver mais desse caso em ABADE, 2013.

15. Promulgado pelo Decreto nº 3.468, de 17 de maio de 2000.

16. Promulgada pelo Decreto nº 6.340, de 3 de janeiro de 2008.

17. Promulgado pelo Decreto nº 5.919, de 3 de outubro de 2006.

18. Promulgado pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002.

19. Promulgado pelo Decreto nº 5.639, de 26 de dezembro de 2005.

20. Promulgado pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

21. Promulgado pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004.

necessário para a instrução de um procedimento penal em curso no Estado requerente”.²²

No auxílio direto, o pedido é recebido pela autoridade central brasileira e, em seguida, é encaminhado ao órgão incumbido internamente dos poderes para realização da diligência. Caso haja, *de acordo com o ordenamento brasileiro*, a necessidade de autorização judicial para o cumprimento da diligência (por exemplo, quebra de sigilo bancário), a autoridade central enviará o pleito ao Ministério Público Federal, que proporá ação judicial solicitando atendimento do pedido.

É possível aferir *cinco características básicas* da assistência jurídica veiculada no instrumento “auxílio direto”.

1. Mesmo que o ato seja originalmente oriundo do Poder Judiciário estrangeiro, trata-se de *demanda internacional* da parte de outro Estado, da alçada do Poder Executivo brasileiro, na gestão das relações internacionais (art. 84, IV da Constituição brasileira). Logo, o Estado estrangeiro apresenta-se como *sujeito de Direito Internacional* que solicita cooperação, aceitando que as providências sejam tomadas *de acordo com o Direito Brasileiro*, inclusive por meio de medidas judiciais *internas* a serem adotadas pelos entes responsáveis pela persecução criminal interna, como é o caso do *parquet* federal. Assim se manifesta Dipp “[...] Se as providências solicitadas no pedido de auxílio estrangeiro exigirem, conforme a lei brasileira, decisão judicial, deve a autoridade competente promover, na Justiça brasileira, as ações judiciais necessárias”.²³

2. A segunda característica diz respeito à *análise* a ser feita no pedido cooperacional. Na carta rogatória, o STJ realiza o chamado *juízo de delibação*, que verifica os requisitos formais e, *excepcionalmente*, o mérito do pedido, em especial quando se analisa a *ordem pública*. Com isso, a doutrina comumente classifica os requisitos para a concessão do exequatur a cartas rogatórias em dois planos: o que diz respeito aos *requisitos formais* e os relativos ao *conteúdo do pleito cooperacional*. Quanto aos requisitos formais, o art. 9º da Resolução nº 9, de 2005, do Superior Tribunal de Justiça demanda a autenticidade dos documentos que instruem a carta rogatória, que seriam todos os necessários para a sua boa compreensão e execução no território brasileiro. Por sua vez, os requisitos materiais exigem o cumprimento do respeito à soberania nacional e à ordem pública.²⁴ Já no auxílio direto, o pleito do Estado estrangeiro é verificado quanto ao *mérito*. Por isso, explica Dipp que o Estado estrangeiro, ao se submeter à alternativa do pedido de auxílio jurídico direto, concorda que a autoridade judiciária brasileira, quando a providência requerida exigir pronunciamento jurisdicional, analise o mérito das razões do pedido. O mesmo não ocorre no julgamento da carta rogatória pelo STJ, cujo sistema *exequatur* impede a revisão do mérito das razões da autoridade estrangeira, salvo para verificar violação à ordem pública

22. Disponível em: <<http://gtld.pgr.mpf.mp.br/gtld/cooperacao-internacional/glossario/glossario-cooperacao-internacional>>. Acesso em: 26 jan. 2015.

23. DIPP, 2007, p. 40.

24. SOUZA, 2006, p. 305-310. No STF, há vários precedentes sobre o juízo de delibação da carta rogatória (antes da Emenda Constitucional nº 45), como: “o ordenamento normativo brasileiro instituiu o sistema de contenciosidade limitada, somente admitindo impugnação contrária à concessão do exequatur, quando fundada em pontos específicos, como a falta de autenticidade dos documentos, a inobservância de formalidades legais ou a ocorrência de desrespeito à ordem pública, aos bons costumes e à soberania nacional”, in Carta Rogatória 7870 AgR Relator Min. Presidente Celso de Mello, julgamento de 24 de fevereiro de 1999.

e à soberania nacional. Na carta rogatória, dá-se eficácia a uma decisão judicial estrangeira, ainda que de natureza processual ou de mero expediente. No pedido de auxílio, busca-se produzir uma decisão judicial doméstica e, como tal, não-sujeita ao juízo de delibação.²⁵

3. O auxílio direto, portanto, é um *procedimento nacional*, iniciado por solicitação de Estado estrangeiro para que, caso seja necessária uma ordem judicial, um juiz nacional conheça de seu pedido e seja iniciada uma demanda interna, pelo órgão competente, que na área criminal é o Ministério Público Federal.²⁶ O juiz nacional competente é o juízo federal, à luz do art. 109, III da Constituição (compete aos juízes federais julgar as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional).

4. A quarta característica diz respeito justamente ao *papel que o Poder Executivo desempenha*, de destaque, pois cabe a ele – na qualidade de autoridade central – encaminhar ou não o pedido cooperacional aos órgãos internos, bem como escolher – mesmo que sob o crivo constitucional – o órgão com atribuição para tanto. O exemplo da atuação da Advocacia-Geral da União e do Ministério Público Federal nos pedidos de auxílio direto criminal é amostra evidente do novo papel do Poder Executivo. Até 2005, a Advocacia-Geral da União recebia do Ministério da Justiça os pedidos a ele encaminhados como autoridade central e os promovia perante os juízos federais criminais. Em face da possível *invasão da competência constitucional do Ministério Público* (art. 129, I) e considerando que poderia existir repercussão interna dos fatos ventilados no pedido do Estado estrangeiro, foi celebrada a Portaria Conjunta nº 1, de 27 de outubro de 2005, entre o Ministério da Justiça, a Advocacia-Geral da União e a Procuradoria-Geral da República (Ministério Público Federal) visando coordenar os procedimentos do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça, da Advocacia-Geral da União (AGU) e do Centro de Cooperação Jurídica Internacional (CCJI) do Gabinete do Procurador-Geral da República, no que diz respeito aos pedidos de cooperação jurídica internacional em matéria penal, da atribuição do Ministério Público Federal.²⁷

A Portaria Conjunta determinou que os pedidos de cooperação jurídica internacional passiva em matéria penal, que se sujeitam à competência da Justiça Federal e que não ensejam juízo de delibação do Superior Tribunal de Justiça, serão encaminhados pelo DRCI ao CCJI para que este proceda à distribuição dos pedidos às unidades do Ministério Público Federal com atribuição para promover judicialmente os atos necessários à cooperação.

Assim, cabe ao Poder Executivo, no papel de autoridade central, verificar: **1)** se é caso de autorização judicial para realização do auxílio direto; e **2)** no caso de autorização judicial na área criminal, esse pedido será feito pelo Ministério Público Federal. Na ausência de necessidade de prévia autorização judicial, há encaminhamento para o órgão interno que possa responder ao pedido (por exemplo, acesso a informações não cobertas por sigilo sujeito à reserva de jurisdição).

5. Por fim, a quinta característica consiste em ser o tratado de auxílio direto entre Brasil e Estado estrangeiro uma *lex specialis*, pois estabelece veículo específico para o pedido

25. DIPP, 2007, p. 40-41.

26. ARAÚJO, 2006, p. 270.

27. Considerando da citada Portaria.

de assistência jurídica internacional, distinto do veículo tradicional da carta rogatória. O anteprojeto de Código de Processo Civil regrou o auxílio direto na área *cível* de modo similar ao que foi exposto acima no tocante ao auxílio direto *penal*. De fato, foi criado um “Capítulo II - Da Cooperação Internacional” no anteprojeto de novo Código de Processo Civil, cujo art. 27 dispõe que

Art. 27. A cooperação jurídica internacional terá por objeto:

- I – citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial;
- II – colheita de provas e obtenção de informações;
- III – homologação e cumprimento da decisão;
- IV – concessão de medida judicial de urgência;
- V – assistência jurídica internacional.

Ao “auxílio direto” o projeto dedica toda uma seção do capítulo (a Seção II) e estabelece que “cabe auxílio direto quando a medida não decorrer diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira a ser submetida a juízo de delibação no Brasil”. E ainda, o art. 30 prevê:

Art. 30. Além dos casos previstos em tratados de que o Brasil seja parte, o auxílio direto terá os seguintes objetos:

- I – citação, intimação e citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial, quando não for possível ou recomendável a utilização de meio eletrônico;
- II – obtenção e prestação de informações sobre o ordenamento jurídico e sobre processos administrativos ou jurisdicionais findos ou em curso;
- III – colheita de provas, salvo se a medida for adotada em processo, em curso no estrangeiro, de competência exclusiva de autoridade judiciária brasileira;
- IV - qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira.

Assim, o auxílio direto *cível*, de acordo com o anteprojeto, diferencia-se da carta rogatória justamente por: **1)** não decorrer de cumprimento de autoridade estrangeira; e **2)** poder ser integralmente submetido à autoridade judiciária brasileira. Note-se que o anteprojeto não usa o termo “autoridade judicial”, o que também sugere aval ao encaminhamento ao Ministério Público e a outras autoridades do sistema de justiça.

O quadro-resumo sintetiza as diferenças entre os dois veículos.

Quadro 1: Diferenças entre carta rogatória penal e auxílio direto

Carta rogatória	Auxílio direto
Trata-se de uma solicitação de auxílio por meio do cumprimento de ordem de autoridade competente (CPP, art. 784)	Mesmo que o pedido venha do sistema de justiça (juiz ou promotor), é revestido do pedido <i>internacional</i> da parte de outro Estado, da alçada do Poder Executivo brasileiro
Juízo de deliberação (cognição restrita)	Juízo de apreciação dos fatos (cognição ampla)
O Poder Executivo meramente transmite ao STJ. Concedido o <i>exequatur</i> , o cumprimento cabe a juízo federal	Ampla atuação do Poder Executivo. Somente se for exigida ordem judicial (caso de direito submetido à reserva de jurisdição) é que o pedido será submetido a juízo federal criminal pelo MPF (Portaria conjunta nº 10/2005 e art. 109, III da Constituição Federal)
Competência do STJ (<i>exequatur</i>)	Competência da Justiça Federal (art. 109, III) somente quando existir direito cuja restrição esteja submetida a decisão judicial
Fundado em tratado ou promessa de reciprocidade	Fundado em tratado ou promessa de reciprocidade. Se existir tratado internacional de auxílio direto, este será <i>Lex specialis</i>

3. Posicionamento da jurisprudência sobre o tema: convivência e atritos entre os institutos

3.1. Primeira posição do STJ: Resolução 9/2005 e a convivência entre os veículos de assistência jurídica internacional penal

Como visto anteriormente, no auxílio direto criminal, o Estado estrangeiro submete integralmente o seu pedido ao Brasil, que, então, aplicará o seu modelo para fazer cumprir tal pedido.

Assim, como bem menciona Dipp, o pleito de auxílio direto é de *conteúdo livre*, pois [...] pelo pedido de auxílio jurídico direto, o Estado estrangeiro não se apresenta na condição de juiz, mas de administrador. Não encaminha uma decisão judicial a ser aqui executada, e sim solicita assistência para que, no território nacional, sejam tomadas as providências necessárias à satisfação do pedido.²⁸

28. DIPP, 2007, p. 41.

O Estado requerente, por definição, dá *liberdade* ao Estado requerido, no caso o Brasil, para escolher os modos de implementação do pleito cooperacional.

No auxílio direto, quem dá andamento ou denega o pedido de assistência, em uma primeira fase, é a autoridade central – localizada no Poder Executivo. Após isso, a concessão ou denegação seria da alçada dos órgãos aos quais a autoridade central brasileira houvesse repassado o pedido. Na matéria criminal que envolvesse atuação judicial, então, o pedido poderia ser recusado pelo Ministério Público Federal ou pela Justiça Federal.

Porém, em que pese a agilidade e a celeridade do auxílio direto, vários juízes federais acabaram *reenviando* os pedidos ao Superior Tribunal de Justiça, alegando *usurpação da competência originária* daquele Tribunal, pois, de acordo com esse entendimento, o auxílio direto é uma maneira *inconstitucional* de se evitar o *exequatur* que as cartas rogatórias possuem.

De fato, a *sutil* diferença entre *auxílio direto* e carta rogatória chamou a atenção de alguns juízes federais.

Se o Estado estrangeiro remete carta rogatória contendo solicitação de quebra de sigilo bancário para fins criminais oriunda de juiz local, ela será submetida ao Superior Tribunal de Justiça (STJ). Se o juiz estrangeiro pede à sua autoridade central a mesma quebra de sigilo bancário, esta a remeterá à autoridade central brasileira, que a encaminhará ao Ministério Público Federal, e este, ao juiz federal, sem qualquer *exequatur* ou algo que o valha.

O modelo brasileiro centralizado ou descentralizado de recepção de ordem judiciária estrangeira é, assim, *manejado* de acordo com o sistema escolhido pelo Estado *estrangeiro*. Para tornar a situação mais complexa, o modelo centralizado de aceitação de ordens judiciárias estrangeiras no Brasil é de cunho *constitucional*, reservado ao Superior Tribunal de Justiça.

Para Silva, o auxílio direto previsto nos tratados internacionais consiste em evidente “burla à regra de competência constitucional”. Para o citado autor, “toda alteração infraconstitucional capaz de subtrair do STF e do STJ a competência para reconhecer os atos judiciais estrangeiros, decisórios ou não decisórios, são inconstitucionais, por ofenderem uma regra constitucional vigente”.²⁹

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal (STF), antes da Emenda Constitucional nº 45, já havia concordado com a existência do auxílio direto, sem que houvesse necessidade de submissão ao juízo de concessão do *exequatur*.³⁰

29. SILVA, 2005, p. 142; 150.

30. Supremo Tribunal Federal, Carta Rogatória nº 10920 / PT – Portugal Carta Rogatória Relator: Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 29/09/2003 Publicação DJ 10/10/2003 p. 09. A ementa é clara: “DECISÃO: Cuida-se de carta rogatória encaminhada pelo Tribunal de Instrução Criminal e Departamento de Investigação e Ação Penal do Porto – República Portuguesa – com o objetivo de proceder à inquirição dos representantes legais do Banco do Brasil S/A, São Paulo e da firma Steffen Empreendimentos e Construções Ltda. 2. Intimados para oferecerem impugnação, os interessados deixaram transcorrer in albis o prazo, conforme certidão de fl. 38. 3. O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento da carta rogatória e, conseqüentemente, o retorno dos autos para que o Parquet adote as providências cabíveis, com fundamento no Decreto nº 1.320, de 30 de novembro de 1994 – Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa. 4. Verifico que o artigo 14 do mencionado diploma legal estabelece que “Os pedidos são expedidos e recebidos diretamente entre as Autoridades Centrais, ou pela via diplomática”, donde se pode concluir que o requerimento pode ser efetivado tanto por carta rogatória (diplomática) quanto pelas Procuradorias

O próprio STJ sinalizou, logo após a Emenda Constitucional nº 45, que aceitaria o auxílio direto passivo. O art. 7º, parágrafo único da Resolução nº 9, de 2005, do próprio STJ, faz menção expressa ao “auxílio direto”, estabelecendo 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.

Chegamos à convivência pacífica entre os dois institutos, que já foram diferenciados no tópico anterior deste artigo.

Em resumo, se existir *decisão processual* no pleito de cooperação, é necessário que se verifique a forma de encaminhamento. Se o Estado estrangeiro a encaminha solicitando seu *cumprimento tout court*, é inevitável o juízo de delibação do STJ, uma vez que o *exequatur* é justamente o “cumpra-se” da jurisdição brasileira à ordem emanada de outra jurisdição.

Porém, caso o Estado estrangeiro, invocando, por exemplo, tratado de assistência jurídica mútua, envie sua decisão judicial solicitando que o Brasil analise os fatos e aja de acordo com seu modelo brasileiro de persecução criminal, fica aberto o caminho para o trâmite do pedido de auxílio direto. Também é cabível o auxílio direto no caso de não haver decisão de cunho processual, mas medida preparatória para eventual processo. Nesses casos, o auxílio direto é possível, porque a autoridade estrangeira está solicitando auxílio e deixa *a cargo do Estado brasileiro* a escolha das opções para viabilizá-lo.

3.2 Reviravoltas: os casos Pitta, Alexeevitch e Berezovsky

Ainda em 2005, surgiu a primeira contestação. Em caso rumoroso de lavagem de dinheiro no Brasil (caso Pitta, envolvendo acusação de lavagem de ativos de conhecido empresário do mundo do futebol em contas-correntes da Suíça), o Tribunal Regional Federal da 2ª Região acatou pedido da Justiça da Confederação Helvética para inquirição de testemunhas e cópia de documentos, entre outros, relativos a investigações criminais em andamento no Brasil. O réu, pelo contrário, pediu a suspensão de todos os atos, pois sustentou perante o STJ que estaria ocorrendo *usurpação de competência constitucional*, uma vez que tais pedidos só poderiam ser atendidos mediante carta rogatória passiva, gerando flagrante usurpação da competência privativa do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Em liminar, o Ministro Sálvio Teixeira, do STJ, acolheu o pedido do réu, reconhecendo a violação do art. 105, I, i, da Constituição Federal, que trata da competência do STJ de conceder *exequatur* à carta rogatória.³¹

O Ministério Público Federal recorreu ao próprio STJ. Sua Corte Especial deu provimento ao agravo interno interposto pelo MPF para proclamar a legitimidade da atuação promovida do Tribunal Regional Federal, *independentemente* da expedição de carta rogatória.

Gerais dos dois países, dispensando, na última hipótese, a interferência do Poder Judiciário. 5. Ante essas circunstâncias, acolhendo o parecer do Parquet, não conheço desta carta rogatória, e determino a remessa dos autos à Procuradoria-Geral da República, para as providências cabíveis. Intime-se. Brasília, 29 de setembro de 2003. Ministro Maurício Corrêa Presidente”.

31. Reclamação nº 1.819 – RJ (2005/0025906-4) Reclamante : Reinaldo Menezes Da Rocha Pitta Advogado: Antonio Nabor Areias Bulhões E Outro Reclamado: Tribunal Regional Federal da 2a região Interes.: Ministério Público Federal e outros.

Para o Ministro Relator desse agravo, Edson Vidigal,

“esperar que a inquirição de testemunhas e réus e o fornecimento de cópias de documentos sejam conseguidos somente por meio de carta rogatória equivale a desconsiderar o tratado de cooperação, e, ao deixar de calçar a decisão da Justiça suíça e de comprovar a procedência criminosa do dinheiro depositado em nome dos acusados, ficará inviabilizado o seu retorno desses valores ao Brasil.”³²

Ainda segundo o Ministro Vidigal, o acordo de cooperação jurídica em matéria penal visou à troca de informações para auxílio mútuo no combate à lavagem de dinheiro, uma das modalidades mais frequentes de crime organizado em todo o mundo, com a importante inovação de permitir o repatriamento do dinheiro de origem ilegal mesmo antes de sentenças definitivas contra os acusados.³³

Porém, em mais uma das *batalhas judiciais* que caracterizam o *ordenamento brasileiro*, a execução dessa última decisão do STJ foi suspensa por força de decisão liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal.³⁴

Em sessão do dia 4 de abril de 2006, a Suprema Corte brasileira, por maioria de votos, deferiu o *habeas corpus* para declarar nulos os atos de auxílio direto autorizados pela *Corte Especial do STJ*, em clara *reafirmação* do papel do Supremo Tribunal Federal como aquele que dá a *última palavra* nos temas de cooperação jurídica internacional em matéria penal.

Para o Relator, Ministro Marco Aurélio, a prática de atos decorrentes de pronunciamento de autoridade judicial estrangeira, em território nacional, objetivando o combate ao crime, pressupõe carta rogatória a ser submetida, sob o ângulo da execução, ao crivo do Superior Tribunal de Justiça, não cabendo potencializar a cooperação internacional a ponto de colocar em segundo plano formalidade essencial à valia dos atos a serem realizados.³⁵

Com base nesse entendimento do STF, o Superior Tribunal de Justiça voltou atrás. No Caso *Alexeevitch*, em sensível investigação envolvendo a máfia russa, o STJ *impediu* o auxílio direto, considerando que, “a única via admissível para a solicitação de diligência proveniente do exterior é a carta rogatória, que deve submeter-se previamente ao crivo do Superior Tribunal de Justiça”.³⁶ Nem sua própria Resolução nº 9, de 2005, foi poupada: nesse caso, o STJ simplesmente deduziu que seu art. 7º, parágrafo único, já mencionado, é *inconstitucional*. Nas palavras do Relator, Ministro Barros Monteiro, “a despeito do disposto no art. 7º, parágrafo único, da Resolução n. 9, da Presidência do STJ, de 4.5.2005, a qual – à evidência – não pode prevalecer diante do texto constitucional, a execução das diligências solicitadas deve ocorrer via carta rogatória”.³⁷

32. Ver Agravo na Reclamação nº 1.819, decisão de 01/06/2006, Relator do Agravo Ministro Edson Vidigal.

33. Idem.

34. Supremo Tribunal Federal, HC n. 85.588-1/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 04/04/2006. Data da publicação: DJ de 15/12/2006, p.95.

35. Supremo Tribunal Federal, HC n. 85.588-1/RJ, Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento em 04/04/2006. Data da publicação: DJ de 15/12/2006, p.95.

36. AgRg na CR 2484 / RU. Relator: Ministro Barros Monteiro. Órgão Julgador: Corte Especial. Data do Julgamento: 29/06/2007. Data da Publicação/Fonte: DJ 13/08/2007 p. 281.

37. AgRg na CR 2484 / RU. Relator: Ministro Barros Monteiro. Órgão Julgador: Corte Especial. Data do Julgamen-

Por outro lado, não houve nenhuma consideração sobre a possibilidade de se distinguir os casos nos quais a assistência jurídica internacional penal solicitada *deve obter o exequatur* e os casos em que tal crivo seria dispensável.

Como visto, o auxílio direto é veículo aceito para transportar o pedido de assistência jurídica internacional, que possui características próprias que não ferem a competência constitucional do STJ, o qual só deve apreciar a carta rogatória (outro veículo também aceito). Estender a competência do STJ ao veículo “auxílio direto” é que seria inconstitucional.

Essa diferenciação, contudo, passou despercebida tanto ao STF quanto ao STJ. A gravidade da decisão do Caso *Alexeevitch* é fruto do quórum de decisão: obteve-se a unanimidade da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, seu órgão máximo (descontadas as ausências ocasionais).³⁸ Veremos a seguir nossa sugestão de superação dessa negação do auxílio direto. Tudo indicava que, após a oposição da Suprema Corte brasileira e a reviravolta no STJ, não havia muita perspectiva de que o auxílio direto passivo ressuscitasse no Brasil.

Contudo, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em duas decisões, na Reclamação nº 2.645³⁹ e no Agravo Regimental em carta rogatória nº 3.162,⁴⁰ novamente mudou seu posicionamento e decidiu “salvar” o auxílio direto.

No primeiro caso (Caso Berezovsky), foi ajuizada reclamação no STJ visando impedir que a Procuradoria-Geral da Federação da Rússia, no exercício de atividade investigatória naquele país, em pedido efetuado diretamente à Procuradoria-Geral da República, compartilhasse prova obtida no Brasil pelo Ministério Público Federal.

Segundo o acórdão da Corte Especial do STJ, que não deu provimento ao pleito dos advogados dos investigados, [a] A norma constitucional do art. 105, I, i, *não instituiu o monopólio universal do STJ de intermediar essas relações*. A competência ali estabelecida – de conceder *exequatur* a cartas rogatórias –, diz respeito, exclusivamente, a relações entre os órgãos do Poder Judiciário, não impedindo nem sendo incompatível com as outras

to: 29/06/2007. Data da Publicação/Fonte: DJ 13/08/2007 p. 281.

38. Ver em AgRg na CR 2484 / RU. Relator: Ministro Barros Monteiro. Órgão Julgador: Corte Especial. Data do Julgamento: 29/06/2007. Data da Publicação/Fonte: DJ 13/08/2007 p. 281. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu negar provimento ao agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal nos termos do voto do Ministro Relator. Votaram com o Sr. Relator os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Nilson Naves, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, Ari Pargendler, José Delgado, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Laurita Vaz, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Arnaldo Esteves Lima. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e João Otávio de Noronha e, ocasionalmente, o Sr. Ministro Fernando Gonçalves. Brasília, 29 de junho de 2007 (data do julgamento).

39. Reclamação nº 2.645-SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, acórdão publicado em 16 de dezembro de 2009. Reclamante: BÓRIS ABRAMOVICH BEREZOVSKY. Data do Julgamento: 18/11/2009. Publicação: DJe 16/12/2009. RSTJ vol. 217 p. 308. Grifo da Autora.

40. AgReg em Carta Rogatória nº 3.162, Relator Min. Cesar Asfor Rocha, publicado no DJe 06/09/2010, RSTJ vol. 220 p. 17. O acórdão ficou assim ementado: “Nos termos do decidido no julgamento do Agravo Regimental na Carta Rogatória n. 998/IT e da Reclamação n. 2645/SP, a realização de quebra de sigilo bancário ou de sequestro de bens por meio de carta rogatória depende de decisão proferida na Justiça estrangeira, a ser delibada por esta Corte. – Ausente a decisão a ser submetida a juízo de delibação, como ocorre no caso dos autos, o cumprimento do pedido se dá por meio do auxílio direto, previsto no parágrafo único do art. 7º da Resolução n. 9/2005 deste Tribunal”.

formas de cooperação jurídica previstas nas referidas fontes normativas internacionais”.⁴¹

Além do expressivo número de ministros do STJ que votaram pela constitucionalidade do *auxílio direto passivo*,⁴² o Caso Berezovsky é ainda mais importante porque foi relatado pelo Ministro Teori Zavascki, atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Já no agravo regimental oposto na carta rogatória 3162, o caso era de *pedido de sequestro de bens* formulado pelo Ministério Público da Suíça para instruir procedimento criminal de lavagem de dinheiro e falsificação de documentos, dirigido à apreciação da Justiça Federal em São Paulo (auxílio direto).

Por unanimidade, e expressamente se reportando ao precedente criado pela Reclamação 2645, a Corte Especial do STJ decidiu que *era cabível o auxílio direto*. De acordo com o Relator, Ministro Cesar Asfor Rocha, “o auxílio direto é pedido administrativo intergovernamental fundado em tratado internacional de cooperação judiciária, no qual o juiz do Estado requerido é provocado por autoridade nacional a proferir decisão em processo de cognição plena”.⁴³

4. Conclusão: pela convivência entre os institutos

Além da diferenciação entre a carta rogatória e o auxílio direto demonstrada no quadro-resumo, defendemos que a Constituição não foi violada pela existência de auxílio direto contendo pedido de assistência jurídica.

Sugerimos situar a *convivência* entre a carta rogatória e o auxílio direto a partir de um novo ponto de vista, cuja análise se volta à verificação de ser possível – ou não – a existência de dois ou mais veículos incidindo sobre determinado pedido cooperacional. Constatamos que há crescente *diluição* do vínculo entre determinados veículos e conteúdos, como se vê no caso do Protocolo de Las Leñas no seio do Mercosul, que permite a homologação de sentença estrangeira por meio do veículo “carta rogatória”.⁴⁴

No nosso entender, a utilização de *instrumentos* para tentar compreender a cooperação penal (como, no caso, a carta rogatória penal e o auxílio direto) pode transmitir a – equivocada – ideia de que tais instrumentos são fins em si mesmos, quando, no máximo, devem assegurar a comunicação eficiente e justa entre os Estados.

Os veículos – ou seja, os instrumentos utilizados – podem conter diversos conteúdos de prestação cooperacional entre Estados, a depender do tratado ou da prática costumeira

41. Reclamação nº 2.645-SP, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, acórdão publicado em 16 de dezembro de 2009. Reclamante: BÓRIS ABRAMOVICH BEREZOVSKY. Data do Julgamento: 18/11/2009. Publicação: DJe 16/12/2009. RSTJ vol. 217 p. 308.

42. A decisão na Reclamação nº 2.645 foi tomada com os seguintes votos: Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Sidnei Beneti, Felix Fischer, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão, Nancy Andrichi, Laurita Vaz, Luiz Fux e João Otávio de Noronha votaram com o Ministro Relator, Min. Teori Zavascki.

43. AgReg em Carta Rogatória nº 3.162, Relator Min. Cesar Asfor Rocha, publicado no DJe 06/09/2010, RSTJ vol. 220 p. 17.

44. Ver mais em ABADE, 2013. Também ver a estrutura da cooperação jurídica internacional em artigo de André de Carvalho Ramos nesta coletânea.

internacional. Por isso, não é inconstitucional a veiculação de pedido de assistência jurídica penal em instrumento que não seja a carta rogatória.⁴⁵

A Constituição brasileira, enfim, fez menção a alguns veículos e não os listou de modo exaustivo. Nem sequer proibiu que o Brasil, em nome da cooperação em prol do desenvolvimento da humanidade (art. 4º, inciso IX) adotasse outros, por meio da ratificação de tratados internacionais de cooperação jurídica internacional. Os tratados de assistência jurídica internacional em matéria penal, ao instituírem um novo veículo, apenas exerceram aquilo que a Constituição determinou: aprofundaram a cooperação e lançaram mão de mais um instrumento para viabilizá-la.

Oxalá que, assim, seja mantida a porta aberta para a aceitação das novas espécies cooperacionais penais, essenciais para que o Brasil realize o acesso à justiça penal e zele pela igualdade na aplicação da lei penal em um mundo globalizado.

45. Como também não é inconstitucional a veiculação de pedido de execução de comando penal estrangeiro por meio da "Transferência de Presos", tema para outro artigo.

REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Cooperação judiciária internacional. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA E COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO, 2002, São Paulo. *Anais...* São Paulo: AJUFE, 2002. p. 107-121.

_____. Persecução penal contemporânea dos crimes de colarinho branco: os crimes contra o sistema financeiro nacional e a assistência legal internacional. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; HENRIQUES FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras; CAZETTA, Ubiratan (Org.). *Crimes contra o sistema financeiro nacional: 20 anos da Lei n. 7.492/1986*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ARAÚJO, Nadia de. Prefácio. In: CASELLA, Paulo B.; SANCHEZ, Rodrigo E. (Org.). *Cooperação judiciária internacional*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2002.

_____. *Direito internacional privado*. Teoria e prática brasileira. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

CASELLA, Paulo Borba; SANCHEZ, Rodrigo Elian (Org.). *Cooperação judiciária internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIPP, Gilson Langaro. Carta rogatória e cooperação internacional. *Revista CEJ*, Brasília, ano XI, n. 38, p. 39-43, jul./set. 2007.

GEIGER, Rudolf. Legal assistance between States in criminal matters. In: BERNHARDT, Rudolf (Ed.). *Encyclopedia of public international law*. Amsterdam; New York: North Holland Publishing Co, 1992. vol. III, p. 201-209.

GILMORE, W. C. *Mutual assistance in criminal and business regulatory matters*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

GRÜTZNER, Heinrich. International judicial assistance and cooperation in criminal matters. In: BASSIOUNI, M. Cherif; NANDA, Ved P. *A treatise on international criminal law*. Springfield: Charles C. Thomas Publisher, 1973. v. II – Jurisdiction and Cooperation.

JIMENO BULNES, Mar. Las nuevas tecnologías en el ámbito de la cooperación judicial y policial europea. *Revista de Estudios Europeos*, n. 31, p. 97-124, maio/ago. 2002.

MADRUGA FILHO, Antenor P. O Brasil e a jurisprudência do STF na Idade Média da cooperação jurídica internacional *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 54, p. 291-311, maio/jun. 2005.

NADELMANN, Ethan. Negotiations in criminal law assistance treaties. *American Journal of International Law*, n. 33, p. 467-504, 1985.

ROCHA, Manuel António Lopes; MARTINS, Teresa Alves. *Cooperação judiciária internacional em matéria penal*. Lisboa: Aquitas; Editorial Notícias, 1992.

SILVA, Ricardo Perlingueiro Mendes da. Anotações sobre o anteprojeto de lei de cooperação jurídica internacional. *Revista de Processo*, n. 129, p. 133-160, nov. 2005.

SOUZA, Bernardo Pimentel. Carta rogatória: observações à luz da Emenda Constitucional n. 45 de 2004. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Leituras complementares de processo civil*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.

TIBURCIO, Carmen. As cartas rogatórias executórias no direito brasileiro no âmbito do Mercosul. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 348, p. 77-88, out./nov. 1999.

VALLADÃO, Haroldo. Da cooperação internacional em processos criminais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. LXXXVII, n. 400, p. 463-488, 1933.

ZIMMERMANN, Robert. *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*. Berne: Staempfli Ed., 1999.

Cooperação internacional penal: conceitos básicos

Patrícia Maria Núñez Weber*

1. Abrangência e modalidades de cooperação penal internacional

1.1. Abrangência

Cooperação penal internacional engloba o conjunto de mecanismos que propiciam interação de Estados na efetivação da justiça penal, em atenção a procedimentos ou processos específicos.

São equivalentes os termos jurisdicional, judiciária ou jurídica, empregados para qualificar a cooperação penal internacional, distinguindo-a da cooperação administrativa.

Por sua vez, cooperação administrativa internacional, em sentido próprio ou estrito, é aquela não vinculada a demanda ou feito criminal, mas destinada a aprimoramento tecnológico, à troca de informações, à criação e manutenção de banco de dados, à criação de estratégias de atuação entre os órgãos envolvidos. O termo também é empregado, no entanto, para designar cooperação entre autoridades administrativas, que independa de pronunciamento judicial.

As modalidades de cooperação jurídica penal vigentes no Brasil são extradição, entrega ao Tribunal Penal Internacional, transferência de apenados, homologação de sentença penal estrangeira, carta rogatória e auxílio direto. Passemos a breve menção de tais institutos.

1.2. Extradicação

Extradicação é o instituto básico da cooperação penal internacional. Consiste no ato jurídico pelo qual um Estado entrega indivíduo acusado de fato delituoso ou já condenado à justiça de outro Estado, competente para julgá-lo e puni-lo. Pressupõe que o crime tenha sido cometido no território do Estado requerente ou que ao extraditando sejam aplicáveis as leis penais daquele Estado, bem como exista sentença final privativa de liberdade ou prisão decretada por autoridade competente do Estado solicitante. O instituto encontra-se regulado nos arts. 76 a 94 da Lei nº 6.815/1980, com substanciais alterações processadas pela Lei nº 6.964/1981.

Objetivo do instituto é a submissão do estrangeiro à aplicação da lei penal do seu país de origem. Nossa Constituição Federal, no art. 5º, inciso LI, veda extradição de brasileiros natos e naturalizados, por crimes que sejam posteriores à naturalização. No caso de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes, por exceção constitucional, o brasileiro naturalizado pode ser extraditado por crimes cometidos após a naturalização.

* Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestra em Direito Processual pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro. Procuradora da República. Membro do Grupo Executivo da Secretaria de Cooperação Jurídica Internacional do Ministério Público Federal.

A autoridade nacional competente para processamento dos pedidos de extradição continua sendo o Supremo Tribunal Federal, inclusive após a Emenda Constitucional nº 45/2004.

A análise da Corte Suprema será limitada aos aspectos previstos na legislação aplicável. Trata-se do sistema de contenciosidade limitada, aplicável a outros institutos de cooperação, como homologação de sentenças estrangeiras e cartas rogatórias. Celso de Mello bem define o sistema, nos seguintes termos:

[...] O sistema de contenciosidade limitada, que caracteriza o regime jurídico da extradição passiva no direito positivo brasileiro, não permite qualquer indagação probatória pertinente ao ilícito criminal cuja persecução, no exterior, justificou o ajuizamento da demanda extraditacional perante o Supremo Tribunal Federal. – Revelar-se-á excepcionalmente possível, no entanto, a análise, pelo Supremo Tribunal Federal, de aspectos materiais concernentes à própria substância da imputação penal, sempre que tal exame se mostrar indispensável à solução de controvérsia pertinente (a) à ocorrência de prescrição penal, (b) à observância do princípio da dupla tipicidade ou (c) à configuração eventualmente política tanto do delito atribuído ao extraditando quanto das razões que levaram o Estado estrangeiro a requerer a extradição de determinada pessoa ao Governo brasileiro. Inocorrência, na espécie, de qualquer dessas hipóteses.¹

1.3. Entrega ao Tribunal Penal Internacional

Entrega ao Tribunal Penal Internacional consiste no ato jurídico pelo qual o Estado requerido entrega indivíduo processado ou condenado por crime de atribuição do órgão jurisdicional internacional, do qual o próprio Estado requerido faz parte. Trata-se de mecanismo regulado pelo Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional,² nos arts. 89 a 92.

O Tribunal Penal Internacional recebeu tratamento constitucional pela EC nº 45/2004, figurando no § 4º do art. 5º da Carta Magna como direito ou garantia fundamental.

Discussão interessante refere-se à aplicação, ao Tribunal Penal Internacional, da vedação imposta no art. 5º, LI, da CF. O entendimento doutrinário predominante é de viabilizar a entrega de nacionais e naturalizados ao Tribunal Penal Internacional, uma vez que a vedação constitucional se refere à extradição. No caso, não há encaminhamento do brasileiro a Estado ou organismo estrangeiro, mas a tribunal internacional do qual nosso país é integrante.³

1. Ext. 1.082/STF, Relator Ministro Celso de Mello, julgamento em 19/6/2008, Tribunal Pleno. Cabe destacar que o ministro entende, como se depreende de seu voto, que a Constituição Federal, ao prever a possibilidade de extradição de brasileiro naturalizado, por crime cometido após a naturalização, em caso de *comprovado* envolvimento com tráfico ilícito de drogas, estabeleceu sistema de contenciosidade mais amplo, com análise do mérito necessária à demonstração do comprovado envolvimento no crime.

2. Promulgado no Brasil pelo Decreto Executivo nº 2/2002.

3. Merece leitura a citação feita por Carlos Eduardo Adriano Japiassu (*O Tribunal Penal Internacional. A Internacionalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 214) acerca da elaboração doutrinária de Tarciso Dal Maso Jardim (*O Tribunal Penal Internacional e sua importância para os Direitos Humanos*. In: *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2000).

1.4. Homologação de sentença penal estrangeira

Homologação de sentença estrangeira é ação destinada a conceder eficácia extraterritorial às sentenças prolatadas por autoridades competentes de outro país.

No Brasil, a matéria é regulada pelo art. 9º do Código Penal, com a redação que lhe deu a Lei nº 7.209/1984. O ordenamento pátrio não admite homologação de sentença penal estrangeira para fins de privação de liberdade, mas para obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis, inclusive confisco, e para sujeitá-lo a medida de segurança.^{4,5}

A vedação à aplicação de lei estrangeira relativa a direito público (*public taboo law*) norteia a recusa à homologação de sentenças penais, para os seus efeitos próprios.

Nos termos do art. 63 do Código Penal, sentença penal estrangeira pode acarretar outra relevante consequência, a reincidência. Nessa hipótese, o Código Penal não determina necessidade de homologação, pois a decisão judicial será apreciada como prova, no processo penal em curso no Brasil, a fim de propiciar majoração da pena pela reincidência.

O Supremo Tribunal Federal, na sentença estrangeira (SE) nº 5.705, Relator Celso de Mello, embora tenha negado existência de efeito executivo próprio a sentença penal estrangeira, reconheceu ser ela hábil a gerar consequências em solo pátrio, decorrentes de sua simples existência, como reincidência e detração. Somente para os efeitos previstos no art. 9º do Código Penal (reparação do dano, restituições e outros efeitos civis, inclusive confisco, e medida de segurança), seria necessária a prévia homologação.

Com a evolução da cooperação internacional, tem sido possível atribuir relativo efeito executório a sentença penal estrangeira, no cumprimento de penas privativas de liberdade, graças ao instituto da transferência de condenados. Transferência de condenados para cumprimento de sentença penal no país de origem propicia execução de pena privativa de liberdade em local diverso daquele da condenação.

De forma inovadora em solo nacional, o projeto de lei de cooperação jurídica internacional do Ministério da Justiça prevê, no § 5º do art. 13, possibilidade de homologação de decisão penal estrangeira para produção de amplos efeitos penais,⁶ a par dos requisitos necessários para transferência de apenados.

4. Art. 9º do Código Penal: "A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para: I – obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis; II – sujeitá-lo a medida de segurança. Parágrafo único. A homologação depende: a) para os efeitos previstos no inciso I, de pedido da parte interessada; b) para os outros efeitos, da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça."

5. O Código de Processo Penal regula a matéria nos arts. 787-790.

6. O Projeto de Lei de Cooperação Jurídica Internacional foi elaborado a partir de comissão constituída por meio da Portaria nº 2.199, de 10 de agosto de 2004, publicada no Diário Oficial da União em 17 de agosto de 2004, com os seguintes integrantes: Cláudia Maria de Freitas Chagas, que a presidiria; Antenor Pereira Madruga Filho, que a coordenaria; Athos Gusmão Carneiro; Carmen Beatriz de Lemos Tiburcio Rodrigues; Edson Oliveira Almeida; Gilson Langaro Dipp; Jorge Nogueira Fontoura; Manoel Antonio da Fonseca Couto Gomes Pereira; Márcio Pereira Pinto Garcia; Maria Rosa Guimarães Loula; Milton Nunes Toledo Júnior; Nádia de Araújo e Walter Nunes da Silva Júnior. Disponível em: <www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado>. Acesso em: 28 jun. 2009.

1.5. Transferência de apenados

Transferência de presos consiste em ato bilateral internacional por meio do qual se transporta à fase de cumprimento de pena, em regra privativa de liberdade, do país onde se encontra o estrangeiro para o de sua nacionalidade, em caso de concordância do indivíduo envolvido.⁷ Tal instituto tem cunho humanitário, pois permite que o cumprimento de pena privativa de liberdade ocorra no meio familiar e social do condenado.

Pressupõe, no Brasil, tratado de transferência com o país requerente. Segundo informações do site do Ministério da Justiça, nosso país possui acordos em vigor com Argentina, Canadá, Chile, Espanha, Paraguai, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte.⁸

Em regra, tratados preveem respeito ao *quantum* e à natureza da pena imposta pelo Estado remetente, tendo o Estado receptor competência quanto à execução dela e à resolução dos incidentes daí advindos. A rescisão do julgado compete somente ao país remetente.

Trata-se da adoção do sistema, pelo Brasil, da aplicação indireta da lei processual estrangeira, no qual o Poder Judiciário do Estado responsável pela execução da pena não pode alterar o mérito da decisão alienígena.

Em contraposição, no sistema da nacionalização da decisão, a decisão estrangeira, uma vez homologada, passa a ser considerada como se fora prolatada por juiz nacional de primeira instância, havendo possibilidade de alteração do mérito do julgado por meio de recursos ou de revisão criminal. João Marcello de Araújo Junior cita como exemplo do sistema de aplicação indireta da lei processual penal estrangeira a Itália, e como exemplo do sistema da nacionalização da decisão alienígena, Cuba.⁹

1.6. Carta rogatória e auxílio direto

Carta rogatória é instrumento processual utilizado por um Estado, destinado à solicitação do cumprimento de medida no âmbito territorial de outro, que seja útil à instrução de feito no primeiro.

Auxílio direto é cooperação prestada por autoridade nacional apta a atender à demanda externa, no uso de suas atribuições legais, como se procedimento nacional fosse, embora oriundo de solicitação de Estado estrangeiro encaminhada por intermédio da autoridade central brasileira.

Os dois instrumentos, em solo pátrio, são empregados para propiciar cooperação em medidas processuais penais.

Em muitos países, a instrumentalização da assistência jurídica mútua, por intermédio das autoridades centrais, substituiu o uso das tradicionais cartas rogatórias.¹⁰ No Brasil, a

7. SOUZA, 2007, p. 272-273.

8. Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 30 ago. 2010.

9. ARAÚJO JUNIOR, 1995, p. 105-115.

10. Os Estados Unidos da América não aceitam pedido de cooperação jurídica penal via carta rogatória, sob

questão é complexa, em decorrência de haver previsão constitucional sobre competência do Superior Tribunal de Justiça para concessão de exequatur às rogatórias.

1.7. Transferência de processos penais e mandado de detenção europeu

Trata-se de institutos inexistentes no Brasil. A transferência de processos penais está idealizada no Projeto de Lei do Ministério da Justiça, com base em tratados multilaterais e em leis alienígenas. Como esclarece o próprio projeto, na transferência de processos penais, um Estado envia processo relativo a infração prevista na sua legislação e instaurado em sua jurisdição a Estado estrangeiro, nos casos em que essa transferência seja considerada necessária à boa administração da justiça e, em especial, quando estejam envolvidas mais de uma jurisdição, a fim de centralizar a instrução dos processos. Essa forma de cooperação já existia em alguns tratados internacionais multilaterais como a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, de 2000, a Convenção Europeia sobre Transferência de Processos Penais, de 1972, e a Convenção Europeia de Assistência Jurídica em Matéria Penal, de 1959. A Lei portuguesa nº 144/1999 também serviu de inspiração para a proposição.

O instituto congrega, portanto, busca da melhor administração da justiça, em decorrência da possibilidade de reunião de feitos tramitando em Estados diferentes, bem como interesses humanitários, referentes ao envio do processo para o país na qual o acusado reside ou tenha família.¹¹

Por fim, o mandado de detenção europeu é definido no art. 1º da Lei espanhola 3/2003 como “uma decisão judicial ditada por um Estado membro da União Europeia com vista à detenção e entrega por outro Estado membro de uma pessoa reclamada para a realização de medidas penais ou para a execução de uma pena ou uma medida de segurança privativas de liberdade”.¹²

Destaca Javier-Alberto Zaragoza Aguado que os princípios que regem o mandado de detenção europeu são: a) cooperação judicial direta entre autoridades judiciais, com substituição do lento procedimento da extradição mediante supressão da intervenção governamental; b) ampla supressão do princípio da dupla incriminação e redução ao mínimo dos motivos de denegação do pedido de detenção; c) criação de documento único, simples e breve, que enseje redução de trâmites; d) redução dos prazos sobre a

fundamento da necessidade de utilização do Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal (MLAT) firmado entre os dois países, incorporado em solo pátrio por meio do Decreto nº 3.810/2001. A Lei portuguesa de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal, Lei nº 144/1999, não regula as cartas rogatórias, mas tão somente o auxílio jurídico mútuo em matéria penal (Disponível em: <www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis>, acesso em: 28 jun. 2009). De igual forma, a Lei argentina nº 24.767/1997 (disponível em: <www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/refworld/rwmain>, acesso em: 28 jun. 2009) e a Lei suíça (Federal Act on International Mutual Assistance in Criminal Matters – IMAC), adotada em 20 de março de 1981 (disponível em: <www.assetrecovery.org/kc/node>, acesso em: 28 de junho de 2009).

11. Quanto ao instituto, é positiva a leitura dos arts. 79 a 94 da Lei portuguesa nº 144/1999 – Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal, disponível no site da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa (<<http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/leis>>, acesso em: 28 jun. 2009).

12. Livre tradução de “una resolución judicial dictada en un Estado miembro de la Union Europea con vistas a la detención y la entrega por otro Estado miembro de una persona a la que se reclama para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad.” Dispositivo citado por AGUADO, 2006, p. 94.

tramitação e decisão acerca da entrega do reclamado; e e) inclusão de mecanismos que permitam celeridade da cooperação e ação da justiça.¹³

2. Regime jurídico da cooperação internacional em medidas processuais penais no Brasil

2.1. Definição e diferenciações

Cooperação jurídica internacional em medidas processuais penais é o conjunto dos atos que podem ser solicitados por um Estado a outro, visando ao desenvolvimento regular (preparação e consecução) de demanda criminal.

Raúl Cervini destaca que a cooperação judicial penal internacional pode ser esquematizada funcionalmente como um conjunto de *atividades processuais* (cuja projeção não se esgota nas simples formas), regulares (normais), concretas e de diversos níveis, cumpridas por órgãos jurisdicionais 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 intrínseco do auxílio requerido.¹⁴

Há inúmeras medidas processuais passíveis de ser objeto de cooperação internacional, como notificações; 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 comparecimento a fim de prestar testemunho no Estado requerente; traslado de pessoas sujeitas a processo penal para comparecimento como testemunhas no Estado requerente; medidas acautelatórias sobre bens; cumprimento de outras solicitações a respeito de bens, como, por exemplo, sequestro; entrega de documentos e outros elementos de prova; apreensão, transferência de bens confiscados e outras medidas de natureza similar; e retenção de bens para efeitos do cumprimento de sentenças judiciais que imponham indenizações ou multas impostas por sentença judicial.¹⁵

Verifica-se da enumeração o caráter diversificado das medidas de auxílio possíveis. Ademais, elas possuem *caráter subsidiário* em relação às demais modalidades de cooperação jurisdicional penal.

Homologação e execução de sentença penal estrangeira, para indenização civil ou aplicação de medida de segurança, possuem características próprias que as distinguem da cooperação em medidas processuais.

Elas pressupõem término do *processo penal de conhecimento*. Diante disso, são requisitos exigíveis a demonstração do trânsito em julgado da decisão, bem como da exigência de citação do réu ou configuração legal de sua revelia.¹⁶ O instituto, portanto, conforme

13. Ibidem, p. 92.

14. CERVINI; TAVARES, 2000, p. 51.

15. Elenco de medidas extraído do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais – MERCOSUL, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 3.468, de 17 de maio de 2000.

16. A Resolução nº 9, de 4 de maio de 2005, que “dispõe, em caráter transitório, sobre competência acrescida ao

admitido no nosso sistema jurídico, limita-se à dação de eficácia à sentença definitiva que encerre ação penal, com efeitos restritos.

Tal clareza é fundamental, uma vez que tratamento diverso há de ser dado em relação às inúmeras outras decisões proferidas no curso do processo penal de conhecimento (decisões incidentais), bem como em relação àquelas proferidas nas cautelares penais (em regra, assumem forma também de decisões incidentais na ação principal; nenhum óbice haverá, no entanto, se foram exaradas em procedimentos autônomos). A efetivação de tais medidas processuais depende, portanto, de requisitos diversos daqueles empregados para homologação de sentenças estrangeiras definitivas, não devendo ser exigível, necessariamente, trânsito em julgado da condenação e citação do réu ou configuração legal de sua revelia.¹⁷

De outro lado, o tratamento da matéria em relação a todas as medidas que importem privação de liberdade também diverge. Trata-se de medidas de mais alto grau de aptidão de violação de direitos fundamentais, visto que cerceiam a liberdade de locomoção dos afetados. O instituto básico no Brasil é a extradição, com peculiaridades não aplicáveis aos demais mecanismos de cooperação, como proteção aos nacionais e naturalizados brasileiros, em relação aos crimes cometidos após a naturalização.

Convém ainda delimitar com precisão o campo da cooperação penal internacional administrativa, em sentido estrito. Cooperação administrativa internacional, em sentido próprio ou estrito, é aquela não vinculada à demanda ou feito criminal específico, destinada ao aprimoramento tecnológico, à troca de informações, banco de dados, estratégias de atuação. Como exemplos de atos de cooperação administrativa relativos a dados criminais, podemos referir a realizada por meio da Interpol (nos termos do art. 2º e seguintes de sua Constituição, que reúne 187 países-membros, entre os quais o Brasil), a cooperação entre o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários com instituições financeiras internacionais análogas (nos termos do art. 2º, § 4º, II, alínea b, da Lei Complementar nº 105/2001), a cooperação entre nossa unidade de inteligência financeira, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), com autoridades pertinentes de outros países e organismos internacionais (nos termos, entre outros atos legais, do art. 12 do Decreto nº 2.799/1998), cooperação entre Ministérios Públicos de diversos países, por meio de redes de cooperação, como a IberRed (Rede Ibero-americana de Cooperação Jurídica Internacional).

Dispõe a Resolução nº 40 do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI/FATF) sobre branqueamento de capitais, a necessidade de cooperação entre autoridades análogas de diversos países para troca de informações sobre prática de delitos de lavagem e outros subjacentes.

Enfim, a troca de informações, experiências, estratégias, conhecimentos, bem como atuação conjunta de órgãos de diversos países, faz-se cada vez mais necessária na busca de um mínimo de articulação mundial em face da organização da criminalidade atual.

Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional nº 45/2004”, preconiza no art. 5º: “Constituem requisitos indispensáveis à homologação de sentença estrangeira: I – haver sido proferida por autoridade competente; II – terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; III – ter transitado em julgado; e IV – estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil.” 17. A igualdade de tratamento gerou a jurisprudência, hoje superada, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, quanto à impossibilidade de concessão de exequatur a cartas rogatórias executórias.

2.2. Mudanças no processo de cooperação jurídica penal

Nas últimas décadas, as necessidades de ampliação, celeridade e eficácia da cooperação internacional ensejaram profundas mudanças no processo cooperativo.

Destacam-se, em especial, três profundas alterações:

a) institucionalização de autoridades centrais, a partir de órgãos ou instituições já existentes nos países envolvidos na cooperação internacional, destinadas a recebimento e encaminhamento de pedidos de cooperação;

b) necessidade de ampliação das autoridades hábeis a formular e cumprir pedidos de cooperação, tramitados por intermédio das autoridades centrais, conforme os âmbitos de atribuição e competência disciplinados em cada um dos ordenamentos internos envolvidos; e

c) necessidade de adaptação constante, quanto aos limites e meios das medidas de cooperação, tendo em vista a diversidade dos sistemas jurídicos, bem como a busca da eficácia máxima no processo cooperativo, modulada e limitada pelo respeito aos direitos das pessoas afetadas.

Essa trajetória ensejou regulação da cooperação por medidas processuais penais em diversos diplomas multilaterais, regionais e bilaterais, que privilegiam as características acima expostas. Tais diplomas, em geral, denominam-se como de assistência ou auxílio mútuo em matéria penal. A noção de assistência bem delimita a expansão buscada e necessária à cooperação processual penal.¹⁸

2.3. Instituição da autoridade central

Autoridade central é um órgão técnico-administrativo destinado a facilitar a cooperação internacional.¹⁹

A instituição da figura da autoridade central, em atenção a previsões contidas em tratados internacionais, propiciou avanço na cooperação penal internacional. Tem como

18. Marcelo Miller, em sua interessante dissertação de mestrado *Auxílio Mútuo em Matéria Penal. A Moldura Jurídica de uma nova vertente de cooperação internacional* (dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual do Rio de Janeiro para obtenção do título de mestre em Direito), analisa os tratados internacionais de cooperação em vigor, alguns já citados, e formula uma teoria de cooperação por auxílio mútuo, considerando as cartas rogatórias instrumento tradicional diferenciado, com sua disciplina própria. Ousamos entender, no entanto, que as regras previstas nos diplomas legais de cooperação aplicam-se tanto às rogatórias quanto ao auxílio direto, respeitadas as características de cada veículo. A terminologia “auxílio direto” foi adotada pela Resolução nº 9 do Superior Tribunal de Justiça, que disciplina, em caráter transitório, a competência acrescida ao tribunal pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

19. Informações relevantes sobre as autoridades centrais de vários países e sobre os diplomas legais em vigor em matéria de cooperação penal são obtidas no site da Procuradoria-Geral da República/Cooperação Jurídica Internacional/Redes de Cooperação (<<http://ccji.pgr.mpf.gov.br/institucional/redes-de-cooperacao-juridica>>). Encontramos os países e os dados pertinentes às seguintes redes de cooperação: Rede Hemisférica de Intercâmbio de Informações para Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal e de Extradicação; Rede Ibero-americana de Cooperação Judicial (IberRed); e Rede de Cooperação Jurídica e Judiciária Internacional dos Países de Língua Portuguesa – Rede Jurídica e Judiciária da CPLP (Comunidade dos Países de Língua Portuguesa).

função permitir intercâmbio mais efetivo e célere entre Estados, bem como o desenvolvimento de conhecimento agregado sobre a matéria.

A autoridade central detém importantes competências positivas, como envio de informações a Estados estrangeiros, encaminhamento de pedidos, auxílio técnico a autoridades nacionais envolvidas na cooperação, celebração de compromissos de reciprocidade para cooperação em caso concreto.

O preceito da reciprocidade possibilita que Estados cooperem com outros sem prévio tratado ou acordo internacional por via de compromissos mutuamente assumidos para determinado caso concreto.²⁰ Outrossim, quanto a eventuais competências negativas, ou seja, denegação de pedidos, cautelas há que observar.

A autoridade central não se pode apropriar de competências que, por mandato constitucional, são de exclusiva atribuição do sistema de autoridades jurisdicionais.

Denegação de plano de pedido de Estado estrangeiro, pela autoridade central, parece-nos possível somente nos casos de ausência de requisitos formais no pedido, de caráter essencial, após desatendimento de solicitação de complementação feita ao Estado requerente, e de descumprimento grave pelo Estado requerente de acordo celebrado com o Brasil, seja em virtude de ausência de prestação de assistência, seja por infringência a condição previamente acordada em ato de cooperação.

Tais situações de descumprimento de pactos ligados à cooperação internacional necessitam ser superadas e analisadas, até conjuntamente, pela autoridade central, pelo Ministério da Justiça (quando não for ele autoridade central) e pelo Ministério das Relações Exteriores. Não é o poder judiciário instância apropriada para apreciação final de questões diplomáticas.

No entanto, todas as demais questões materiais ligadas ao ato de cooperação em si devem ser apreciadas e solucionadas pelo Poder Judiciário nacional.

No Brasil, o Ministério da Justiça é a autoridade central designada pela maioria dos tratados bilaterais de cooperação em matéria penal. No entanto, no Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal entre Brasil e Portugal, incorporado pelo Decreto nº 1.320, de 30 de novembro de 1994, e no Tratado de Assistência Mútua em Matéria Penal entre Brasil e Canadá, incorporado pelo Decreto nº 6.747, de 22 de janeiro de 2009, a autoridade central é a Procuradoria-Geral da República.

No âmbito penal, o Ministério Público Federal é o responsável pela propositura das demandas necessárias à cooperação internacional em medidas processuais penais perante a Justiça Federal, nos termos do art. 1º da Portaria Conjunta nº 1, de 27 de outubro de 2005. Haverá coincidência de funções quando a autoridade central também for a Procuradoria-Geral da República, circunstância hábil a gerar maior celeridade nos feitos.

20. O art. 8º da Lei nº 9.613/1998 possibilita a constrição de bens oriundos de crimes praticados no estrangeiro com base na realização de compromissos de reciprocidade. O Superior Tribunal de Justiça, aliás, já se manifestou sobre a possibilidade de o princípio da reciprocidade fundar cooperação jurídica internacional. CR nº 2.260, 2007: "A cooperação judicial internacional por carta rogatória não se fundamenta apenas em acordos específicos firmados entre o Brasil e os países rogantes. Funda-se, também, na garantia, expressa no pedido rogatório, de aplicação do princípio da reciprocidade. Agravo regimental improvido."

Na Procuradoria-Geral da República foi criada a Secretaria de Cooperação Jurídica Internacional, com um grupo executivo, destinada a dinamizar a realização da cooperação internacional em solo pátrio.

2.4. Princípios fundamentais

Podemos destacar, a partir dos diplomas legais que regem a cooperação penal internacional em medidas processuais, os seguintes princípios.

2.4.1. Aplicação da norma mais favorável à cooperação (*favor comissionis* ou *pro solitudine*)

Tal princípio decorre da busca de harmonia das próprias relações internacionais. O atendimento ao ato solicitado, considerado dever internacional, é a regra. Sua impossibilidade deve ser fundamentada, seja em face de algum impedimento legal, seja em face de ofensa a outros princípios aplicáveis, como o respeito a direitos fundamentais porventura afetados.

O dever de prestação de cooperação penal em medidas processuais tem até sido positivado, cada vez mais, em acordos internacionais, sejam de cunho predominantemente material ou processual, sejam multilaterais, regionais ou bilaterais. Como exemplos, citamos o art. 7º da Convenção da ONU contra o Tráfico Ilícito de Substâncias Entorpecentes, o art. 18 da Convenção contra o Crime Organizado Transnacional, o art. XIV da Convenção Interamericana contra a Corrupção, o art. V do Acordo em Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Brasil e os EUA.

Em decorrência desse princípio, temos que: a) a denegação do atendimento à solicitação do Estado estrangeiro precisa ser justificada ao requerente, o mais rápido possível; b) a inviabilidade do atendimento integral do pleito não obsta a busca do atendimento parcial ou segundo formalidades específicas permitidas pelo direito interno do Estado requerido, sempre que tais tentativas sejam de interesse do Estado requerente.

Cabe ainda registrar a função hermenêutica do princípio, a determinar que incide interpretação restritiva sobre cláusulas impeditivas de cooperação internacional, mesmo quando sejam conceitos abertos, como ordem pública.

2.4.2. Paridade, na maior medida possível, de igualdade de tratamento entre demanda nacional e estrangeira quanto à otimização no atendimento ao pleito

Em face deste princípio, não se afigura possível que o sistema jurídico de Estado requerido preveja obstáculos desproporcionais ao cumprimento de medidas solicitadas pelo Estado estrangeiro quando tais entraves não existam em relação a medidas nacionais.

Exemplo da situação existia em face da compreensão exposta em julgados nacionais, hoje em superação, quanto à impossibilidade de atendimento no Brasil de medidas que implicassem qualquer ato coercitivo. Tais medidas, no entanto, eram perfeitamente cumpridas quando determinadas por juiz pátrio, independentemente de serem incidentais aos processos, a denotar desproporcionalidade de tratamento entre demanda nacional e alienígena.

Paridade de tratamento também deverá orientar o labor dos intérpretes na compreensão dos requisitos exigíveis e dos limites das medidas chamadas de segundo grau, conforme denominação já apreciada. Aposição de obstáculos majorados em contraposição ao atendimento de idênticas medidas nacionais implica tratamento prejudicial ao pleito de Estado estrangeiro, com as consequências para o desenvolvimento regular do processo penal internacional.

2.4.3. Aplicação à cooperação internacional das garantias e direitos fundamentais

Não há dúvida de que todo o arcabouço de conquistas em relação aos direitos e garantias fundamentais há que acompanhar o ato de cooperação, inclusive em medidas processuais penais. Tal arcabouço tem ganhado concreção nos dispositivos constantes em tratados e leis relativos à impossibilidade da cooperação quando presentes determinadas circunstâncias.

Mesmo que tais óbices não fossem objeto de regulação legal, eles decorrem da inafastável necessidade de respeito à ordem pública interna e internacional para atendimento a pedido de cooperação.

Ada Pellegrini Grinover observa que dois valores relevantes, de certo modo antagônicos, têm emergido recentemente na cooperação internacional em matéria penal: de um lado, a necessidade de intensificar a 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 na matéria e, conseqüentemente, como limite à cooperação internacional em matéria penal. Algumas cláusulas atinentes a direitos fundamentais têm caráter eminentemente processual, como o *ne bis in idem*, a observância das garantias do devido processo legal perante o Estado requerido, o controle da observância dessas garantias no Estado requerente, pelo requerido, a proibição dos tribunais de exceção etc.²¹

Imposição de tais princípios à cooperação jurídica internacional penal significa efetivação dos princípios basilares do devido processo penal: contraditório, ampla defesa, prazo razoável, garantia dos direitos das vítimas e dos acusados.

REFERÊNCIAS

AGUADO, Javier-Alberto Zaragoza. Nuevos instrumentos de cooperación judicial: la orden europea de detención. In: SERRANO, Nicolas González-Cuéllar et al. *Mecanismos de Cooperación Judicial Internacional*. Navarra: Centro de Estudios Jurídicos e Editorial Aranzadi, 2006.

ALMEIDA, Edson Oliveira de. *A questão do contraditório prévio na cooperação jurídica internacional em matéria penal*. Disponível em: <http://ccji.pgr.mpf.gov.br/documentos/docs_documento/contraditorio_previo.pdf>. Acesso em: jan. 2008.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. Cooperação internacional na luta contra o crime. Transferência de condenados. Execução de sentença penal estrangeira. Novo conceito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 3, n. 10, abr.-jun. 1995.

21. GRINOVER, 1995, p. 40-83.

_____. *Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994.

ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado*. Teoria e prática brasileira. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ARAÚJO, Nadia de; GAMA JR., Lauro. *Sentenças estrangeiras e cartas rogatórias: novas perspectivas da cooperação internacional*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 14 ago. 2007.

ARAÚJO, Nádia de; SALLES, Carlos Alberto de; ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Medidas de cooperação interjurisdicional no Mercosul. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30,,: p. 77-113, maio 2005.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to international criminal law*. New York: Transnational, 2003.

CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille (Org.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Tradução de Silvio Antunha. São Paulo: Manole, 2004.

CASTRO, Amilcar de. *Direito internacional privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Acordo de assistência judiciária em matéria penal entre o Brasil e EUA. *Revista Consulex*, ano V, n. 105, p. 54-58, 31 maio 2001.

FARIA, José Eduardo de. Tema Cooperação Jurídica Internacional. In: *Seminário Cooperação Jurídica Internacional*. Transcrição. Realizado mediante parceria da Associação dos Juizes Federais e Associação Nacional dos Procuradores da República. Brasília, [S.d.].

FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da Constituição*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Lineamentos gerais do novo processo penal na América Latina – Argentina, Brasil e o código modelo para a Ibero-américa. *Revista de Processo*, ano 15, n. 58, p. 120-134, abr.-jun. 1990..

_____. Processo penal transnacional: linhas evolutivas e garantias processuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 9, 1995.

_____. As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal. *Revista de Processo*, n. 81, p. 160-177, 1996.

JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O tribunal penal internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOULA, Maria Rosa Guimarães. *Auxílio direto em matéria civil: novo instrumento brasileiro de cooperação*

jurídica internacional. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional e Integração Econômica, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

MACHADO, Máira Rocha. Cooperação penal internacional no Brasil: as cartas rogatórias passivas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 53, p. 98-118, mar.-abr. 2005.

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

_____. Localização e repatriamento de bens no exterior. In: SEMINÁRIO COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. Transcrição. Realização conjunta da Associação dos Juizes Federais do Brasil e da Associação Nacional dos Procuradores da República. Brasília, [S..d].

MILLER, Marcelo Paranhos de Oliveira. *Auxílio mútuo em matéria penal: a moldura jurídica de uma nova vertente de cooperação internacional*. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

SCHMIDT, Ricardo Pippi. *Cooperação dos juízes em zona de fronteira do Mercosul*. In: *Direito e Democracia: Revista de Ciências Jurídicas – Ulbra*, Canoas, v. 1, n. 2, p. 239-46, jul.-dez. 2000.

SERRANO, Nicolás González-Cuéllar et al. *Mecanismos de cooperación judicial internacional*. Navarra: Arazandi, 2006.

SILVA, Celso de Albuquerque. *Interpretação constitucional operativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Anotações sobre o anteprojeto de lei de cooperação jurídica internacional. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, n. 129, p. 133-167, nov. 2005.

_____. Cooperação jurídica internacional e auxílio direito. *Revista CEJ*, Brasília, n. 32, p. 75-79, jan.-mar. 2006.

SIMÕES, Euclides Dâmaso. Cooperação na recuperação de ativos: da partilha à repatriação integral. *Revista do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público*, Portugal, n. 105, 2006.

SOARES, Boni de Moraes. Autoridade central: da Conferência de Haia à experiência brasileira. *Cadernos do Departamento de Direito da PUC/RJ*, Rio de Janeiro, p. 14 jan.-jun. 2008..

SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. *Presos estrangeiros no Brasil: aspectos Jurídicos e Criminológicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUZA, Solange Mendes de. *Cooperação jurídica penal no Mercosul: novas possibilidades*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TIBURCIO, Carmen. *Temas de direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Cooperação Jurídica Internacional

Saulo José Casali Bahia*

Palavras-chave: Cooperação jurídica internacional. Carta rogatória. Auxílio direto. Apostilas. Comunicações diretas.

INTRODUÇÃO

A cooperação jurídica internacional vem merecendo atenção crescente da comunidade jurídica brasileira, que não poderia ficar inerte diante do crescimento de incidentes judiciais relacionados à circulação internacional de pessoas, capitais e bens.

Assim, tanto na área cível quanto na área penal o tema vem tomando corpo progressivamente, ocupando discussões e seminários no País.

1. O Poder Judiciário e a cooperação jurídica internacional

Há grande ausência do Poder Judiciário no tocante ao debate e à regulamentação relativamente à cooperação jurídica internacional. Assim, outros atores passaram a monopolizar essa iniciativa, tão afeita à atividade judicante, mas tratada fundamentalmente por órgãos do Poder Executivo. Em parte, isso se explica porque a Presidência da República é o órgão de representação exterior do Estado brasileiro. Entretanto, na medida em que o interesse do Poder Judiciário é direto na matéria, ao menos deveria estar próximo ao Poder Executivo nas discussões pertinentes. É preciso ocorrer, assim, uma mudança de mentalidade por parte do Poder Judiciário quanto à cooperação jurídica internacional, que, de resto, adota postura demasiadamente conservadora.

Há cerca de dez anos, o jurista Antenor Madruga já advertia para o atraso da mentalidade judiciária brasileira sobre o tema, em palestra que intitulou de *O Brasil e a jurisprudência do STF na Idade Média da cooperação jurídica internacional*.¹ Naquele momento, discutiam-se as dificuldades do Supremo Tribunal Federal (STF) para admitir a carta rogatória executória. E como muitas diligências reclamadas ao Brasil não se prendiam ao cumprimento de sentenças estrangeiras, tínhamos o País se recusando à colaboração com o Judiciário de outros países em uma grande variedade de casos. Hoje as dificuldades passaram a ser de outra ordem, já que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), após a Emenda Constitucional nº 45/2004 haver-lhe transferido a competência para a concessão de *exequatur* em cartas rogatórias e para a homologação de sentenças estrangeiras, surpreendentemente, na regulação que fez (Resolução nº 9/2005), passou a admitir cartas rogatórias executórias,

* Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (2013-2015). Juiz federal da Seção Judiciária da Bahia. Professor associado da Universidade Federal da Bahia. Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo). E-mail: saulocasalibahia@uol.com.br.

1. Conferência proferida no 10º seminário do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) em São Paulo, 2004. Artigo revisado disponível em: <<http://zip.net/bbqKMZ>> ou <<http://www.rogatoria.com.br/cji/wp-content/uploads/2009/08/MADRUGA-Antenor-STF.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2014.

sendo o problema então superado. Até mesmo a modalidade de auxílio direto foi prevista na regulamentação (art. 7º, parágrafo único²).

Hoje, outras dificuldades se colocam, como a viabilização prática do auxílio direto (havendo ainda grande resistência, como se vê na jurisprudência do STF), o reconhecimento do papel da autoridade central, além de outras que serão vistas a seguir.

Como se disse, ainda inexistia a mentalidade consolidada quanto a caber ao Judiciário exercer um papel novo no campo da cooperação jurídica internacional.

2. Os desafios à cooperação jurídica internacional

O crime ultrapassa as fronteiras nacionais, em razão do interesse de aumento de ganhos, de ocultação de ações ou de burla à persecução penal, pondo em xeque a democracia e a paz social, encontrando-se os ordenamentos jurídicos despreparados para enfrentar essa nova realidade. O mesmo pode ser dito quanto à área cível, onde as fronteiras diminuem a todo instante.

Faltam técnicas e institutos apropriados e, principalmente, como já dito, uma nova mentalidade a respeito da questão.

A persistência do dogma ou do apreço incondicional à soberania constitui atualmente a maior dificuldade para viabilização e para desenvolvimento da cooperação internacional.

Todavia, o mundo mudou, com a internacionalização das relações sociais, sendo que os pedidos de cooperação vêm dobrando a cada grupo menor de anos, segundo algumas estatísticas.

Classicamente, a cooperação jurídica internacional era considerada, salvo previsão em tratado, um dever moral ou imperfeito dos Estados. Sobrelevava nos diferentes países a concepção de defesa do interesse nacional ou do nacional. Isso era muito mais importante do que a efetividade da justiça internacional ou do que interesses da comunidade internacional ou de outros países, colocados em segundo plano. O STF vem sendo um grande tributário dessa tradição, bastando lembrar a Carta Rogatória nº 10.484/2003, na qual a Suíça realizava pedido de quebra de sigilo bancário. O STF afastou a pretensão, dizendo não caber no Brasil carta rogatória executória, deixando claro, na ocasião, que o pedido atentava contra a ordem pública brasileira, como se a ordem pública brasileira não ficasse muito mais comprometida com o acobertamento de crimes no território do Brasil. Essa era a visão de ordem pública brasileira em 2003, visão esta que continua, como se vê exemplos recentes. Como já disse Antenor Madruga, no artigo citado,

é fundamental desenvolver entre nossos juízes e operadores do direito uma cultura de cooperação internacional. Não podemos mais formar gerações de juristas ensimesmados no direito interno, desatentos aos aspectos internacionais da problemática jurídica.³

2. "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."

3. Conferência proferida no 10º seminário do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) em São Paulo,

Devemos lembrar que o *exequatur* foi previsto em tempo no qual era a autoridade administrativa federal quem o concedia no Brasil, nos termos da Lei nº 221, de 1894, donde não ser oferecido quando se tratasse de medida com natureza executória. O Executivo, evidente, não deveria, na ocasião, sentir-se confortável em situações nas quais coubesse melhor análise ou deliberação pelo Judiciário.

A soberania, assim, sem dúvida alguma, surge como a principal barreira à cooperação jurídica internacional.

Mas não é a única. Devem-se somar a essa dificuldade as despesas judiciais, os custos com traduções e procuradores, o emprego de idiomas diversos, os burocráticos procedimentos, a lentidão, o envolvimento de diferentes instâncias de diferentes poderes e órgãos etc.

3. Mudanças na seara da cooperação jurídica internacional

A cooperação jurídica internacional passou a vivenciar novo ambiente recentemente, e as mudanças se prendem a diferentes fatores.

Pode-se destacar o fenômeno das comunicações diretas. Cada vez mais se encontram tratados (ou iniciativas baseadas na reciprocidade) que preveem comunicações entre órgãos do Judiciário com eliminação das autoridades diplomáticas. Buscou-se, com as comunicações diretas, afastar do processo aqueles que não possuem relação direta ou de fato na atividade a executar. Com as comunicações diretas, evita-se ainda o inconveniente de fazer com que autoridades do Executivo assumam atividades sem conexão com suas tarefas principais, participando dos atos de cooperação de forma demasiadamente desinteressada, formal ou burocrática.

Outro fenômeno consistiu na criação de autoridades centrais, em que servidores ou órgãos escolhidos passaram a se destacar pela sua especialização, pela relação e pertinência das próprias atividades com o tema e pelo conhecimento da matéria. Marco desse fenômeno foi o Tratado da Haia sobre Cooperação Civil, de 1965.

Um terceiro fenômeno foi a facilitação da legalização de documentos, operando-se, assim, o fim da legalização consular. O Brasil está caminhando para ver aprovada no Congresso Nacional a Convenção sobre Apostilas, que prevê, inclusive, o modo eletrônico, iniciativa que se adivinha como redutora de custos, de burocracia e de tempo. Dizem que a apostila é a base de toda a cooperação jurídica internacional, já que, sem autenticidade ou validade do documento que embasa a cooperação, esta não caminha em sentido algum.

Outro fenômeno foi a possibilidade de cartas rogatórias executórias, tendo o STF endossado o entendimento do STJ quanto à sua possibilidade, instrumentalizada pela Resolução nº 9/2005 (vide a CR nº 438).

Quinto fenômeno consiste no auxílio direto, que rompe com o limitado elenco de meios cooperativos consubstanciado na carta rogatória e na homologação de sentença estrangeira.

2004. Artigo revisado disponível em: <<http://zip.net/bbqKMZ>> ou <<http://www.rogatoria.com.br/cji/wp-content/uploads/2009/08/MADRUGA-Antenor-STF.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2014.

Mas, como dito, ainda se observa certo conservadorismo na jurisprudência do STF, ainda refratária a esta modalidade de cooperação. Não se pode esquecer da Reclamação nº 717, de 1998 (Caso Livramento Rivera), no qual foi reafirmado o entendimento de que não caberia no direito brasileiro o auxílio direto. Ou do *habeas corpus* (HC) nº 105.905, de 2011, em que a 1ª Turma do STF exigiu *exequatur* para bloqueio/sequestro de bens. Nesse processo, a Advocacia-Geral da União ingressou com medida cautelar, mas o relator entendeu que isso seria uma cooperação entre aspás, porque o que se tem é execução do título executivo penal condenatório estrangeiro. A ordem de *habeas corpus* foi então concedida. Um dos ministros chegou a afirmar que a prática de auxílio direto abalaria a *soberania nacional*.

Mesmo assim, o auxílio direto vem sendo praticado no direito brasileiro, verificando-se diversas iniciativas da AGU, que tem ingressado com ações que chegam mesmo a substituir, por vezes, o cumprimento de sentença estrangeira. Felizmente, o STJ parece encampar entendimento diverso do STF em alguns precedentes, a exemplo da Reclamação nº 2.645/SP e do HC 147.375/RJ. Neste último tem-se:

[...] INDIGITADA VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 368 E 783 DO CÓDIGO PENAL. AVENTADA EXCLUSIVIDADE DA CARTA ROGATÓRIA PARA A OBTENÇÃO DE DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES NO EXTERIOR. EXISTÊNCIA DE OUTROS MEIOS DE COOPERAÇÃO ENTRE OS PAÍSES ADMITIDOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO. EIVA INOCORRENTE.

1. A carta rogatória não constitui o único e exclusivo meio de solicitação de providências pelo juízo nacional ao estrangeiro, prevendo o direito processual internacional outras formas de auxílio como as convenções e acordos internacionais.

2. O entendimento atual é o de que os acordos bilaterais, tal como o ora questionado, são preferíveis às cartas rogatórias, uma vez que visam a eliminar a via diplomática como meio de cooperação entre os países, possibilitando o auxílio direto e a agilização das medidas requeridas.

3. Como se sabe, o ordenamento jurídico deve ser interpretado de forma sistêmica, não se podendo excluir, notadamente em se tratando de direito internacional, outros diplomas legais necessários à correta compreensão e interpretação dos temas postos em discussão, mostrando-se, assim, totalmente incabível e despropositado, ignorar-se a existência de Acordo de Assistência Judiciária celebrado entre o Brasil e os Estados Unidos da América, regularmente introduzido no direito pátrio mediante o Decreto 3.810/2001, e que permite a obtenção de diligências diretamente por meio das Autoridades Centrais designadas. [...]

4. Ordem denegada.⁴

Sexta mudança corresponde à nova previsão em tratados ou na prática entre Estados da recusa a alguns clássicos limites à cooperação, como a ordem pública. Também a entrega de nacionais vem deixando de ser obstáculo, o que já é realidade quando se fala do Tribunal Penal Internacional, que a prevê, ou de acordos para cumprimento de pena.

4. STJ. Quinta Turma. HC 147.375/RJ (2009/0179484-8). Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgamento: 22/11/2011. Diário da Justiça eletrônico, 19 dez. 2011.

Finalmente, outra mudança de mentalidade corresponde ao abandono progressivo do princípio da dupla incriminação. Afinal de contas, a quem isso interessa? Qual o sentido de que um crime assim reconhecido por uma sociedade estrangeira deva ter o mesmo conceito no Brasil, numa prática universalizadora de costumes?

O princípio da dupla incriminação vem sendo relativizado na esfera internacional. A convenção de assistência mútua em matéria penal celebrada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) não exige a dupla incriminação, embora possa exigí-la quando se tratar de embargos, sequestro de bens, inspeções, buscas ou confiscos. As experiências internacionais variam desde a exigência de dupla incriminação para qualquer cooperação (caso de Portugal, EUA, França, China, Coreia e Cuba), de exigência apenas se houver medida coercitiva (caso da Colômbia, EUA, Itália, Peru, Suíça, Suriname e Ucrânia) e do afastamento total (caso da Espanha e Canadá).

Outras mudanças no cenário atual correspondem à formação de equipes conjuntas de cooperação (previstas na Convenção de Palermo), à utilização de novas técnicas (a exemplo da videoconferência, com a presença remota de tradutor), à criação de redes (a exemplo da rede judicial europeia e da Rede Ibero-americana de Cooperação Jurídica Internacional, a IberRed) e à criação de juízes de ligação ou de enlace.

4. Anteprojeto de lei sobre cooperação jurídica internacional em matéria penal

No campo da cooperação jurídica internacional brasileira, cabe mencionar o anteprojeto de lei sobre cooperação jurídica internacional em matéria penal, elaborado no âmbito do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), do Ministério da Justiça, que ainda carece de análise por aquele órgão. O anteprojeto foi também discutido no grupo de trabalho sobre cooperação jurídica internacional do Conselho Nacional de Justiça, extinto em 2014.

O anteprojeto de lei de cooperação jurídica internacional referido cuida tanto da cooperação ativa quanto da passiva e dispõe como meios o auxílio direto no procedimento investigativo e no processo penal, a carta rogatória (inclusive executória), a homologação de sentença estrangeira e a extradição (absorvida do Estatuto do Estrangeiro). Como objetos, por sua vez, têm-se as citações e as intimações, a produção de provas, as medidas assecuratórias e a transferência de procedimentos e processos.

Pode-se destacar, em plano geral, que o anteprojeto exacerba o papel da autoridade central, já que exige trâmite de qualquer pedido de cooperação por meio dela (art. 8º, §§ 1º e 3º, e art. 48), que é escolhida pelo Presidente da República, sob a justificativa da necessidade de controle do fluxo da cooperação. Esta exacerbação, por certo, cria burocracia desnecessária e esbarra na ideia de fomento ao auxílio direto.

Tenta-se, por outro lado, facilitar o reconhecimento da validade ou da autenticidade do documento estrangeiro. Se este passa pela autoridade central (arts. 3º, parágrafo único, e 8º, § 2º), ocorre dispensa de tradutor juramentado, facilitando o acesso à justiça e diminuindo custos para os interessados. Há certo conservadorismo quando o anteprojeto ainda reconhece peso à soberania brasileira ao permitir que o perdão ou que uma causa extintiva de punibilidade segundo a lei brasileira atuem, e ainda se exige a dupla inci-

minação (salvo se a medida não possuir natureza coercitiva, mas esse avanço pode vir a ser esvaziado, como aconteceu nos EUA, se a medida não coercitiva vier a ser associada a uma medida coercitiva, o que retiraria a viabilidade da primeira). Também não se permite extraditar se a pena for menor do que um ano (art. 29), previsão criticada por importar em mais um mecanismo de fomento à impunidade. Não há sentido na interferência brasileira no *ius persequendi in iudicio* ou no *ius executionis* estrangeiro.

Soberania e ordem pública continuam sendo motivos de recusa à cooperação, algo também de todo criticável, pois não faz sentido o Brasil assumir compromisso internacional e depois alegar sua própria soberania para descumprir a obrigação contraída.

Há, todavia, avanço quanto à conceituação do auxílio direto (art. 10), embora se deixem dúvidas quanto à necessidade de que não caracterizem decisão judicial (o que praticamente esvazia o instituto) e se sujeitem ao contraditório perante a autoridade brasileira (sem esclarecer os limites a essa discussão). No Brasil, deve ser requerido pelo Ministério Público Federal ou pela Polícia Federal (art. 11).

Foi prevista a carta rogatória por quem não tem iniciativa do procedimento, mantendo-se a via diplomática. Inovou-se, entretanto, com a previsão de salvo-conduto exigido pela autoridade central ao Estado requerente, mas aprovada pela autoridade judiciária brasileira (art. 17). Fez-se previsão de medidas assecuratórias sobre bens imóveis apenas por auxílio direto (art. 20). E devido talvez à gênese do anteprojeto no DRCI, os bens, direitos e valores sujeitos a medidas assecuratórias permanecem no território nacional, devendo haver restituição após concluída a instrução (art. 21), sendo que se previu perda de instrumentos e produtos de crime em favor da União, podendo ser repartidos com o Estado requerente (art. 27).

Previu-se a transferência de investigações ou processos pelo juiz (art. 22), a transferência do condenado acordada pela autoridade central (art. 24) e que a autoridade judiciária poderá condicionar a expedição de pedido de cooperação ativa à demonstração prévia de sua imprescindibilidade (art. 49). Há possibilidade de consulta dos autos da cooperação ativa na autoridade central (art. 48), autos estes com registros formais (art. 49). Há regramento específico (arts. 55 a 58) para a cooperação jurídica internacional nas zonas fronteiriças, definidas pela autoridade central (quando deveria sê-lo pelos tribunais competentes). Nessas zonas, permite-se auxílio direto sem tramitação pela autoridade central ou pela via diplomática, bastando informação à autoridade central (art. 56). Apesar disso, previu-se o poder de a autoridade central excluir pedidos de auxílio direto em algumas situações (art. 57, parágrafo único).

Esses são, em suma, os pontos principais do anteprojeto de lei proposto pela DRCI, que já teve sugestões realizadas pelo extinto grupo de trabalho sobre cooperação jurídica internacional do Conselho Nacional de Justiça.

5. Perspectivas da cooperação jurídica internacional

Sem dúvida alguma, a cooperação jurídica internacional constrói a ideia de um espaço comum de justiça, com reconhecimento mútuo de jurisdições. Embora não se exija para ela a harmonização de legislações, é evidente que a transformação do mundo em uma aldeia global termina por promover essa ideia, inegavelmente ligada à relativização do dogma da soberania.

Sobre tal relativização, na União Europeia não mais se fala em extradição, mas em ordem de prisão e entrega, ao menos desde 2002, assim como foi abolida a ideia de exequatur, diante do reconhecimento automático de decisões e pedidos. Podem-se mencionar o Regulamento nº 44/2001 do Conselho da União Europeia, para reconhecimento e execução em matéria cível e comercial, o Regulamento nº 805/2004, que criou o título executivo europeu para créditos não impugnados, o Regulamento nº 2.001/2003, que trata de reconhecimento e execução em matéria matrimonial e de responsabilidade parental, o Regulamento nº 4/2009 sobre alimentos etc.

Muito aguarda ser feito no âmbito da cooperação jurídica internacional, pelo Brasil. Mas justamente por isso é que se tem a certeza de que muito ainda se fará, com a mudança da mentalidade atual e maior participação ativa do Poder Judiciário.

Dados eletrônicos e cooperação internacional: limites jurisdicionais

Antenor Madruga*

Luciano Feldens**

1. Apresentação do problema

Desde sua expansão, na década de 1990, já se prenunciava que a rede global de computadores desafiaria a relação entre as fronteiras físicas e o poder dos Estados sobre o comportamento de seus jurisdicionados.¹ No âmbito dessa *sociedade em rede* (Castells), ações humanas – lícitas e ilícitas – investiram-se de acentuado grau de ubiquidade, estimulando reflexões jurídico-políticas que se iniciariam por determinar *se, quando e em que medida* tribunais locais possuem jurisdição sobre atividades conduzidas pela internet.²

Nesse permanente contexto de pesquisa, aqui nos propomos a identificar o regime jurídico a ser observado pela autoridade judicial brasileira na pretensão de obter, como elemento de prova em investigação criminal ou ação penal, conteúdo digital hospedado em mídias fisicamente localizadas em jurisdições estrangeiras e utilizado em aplicações de internet no território nacional.

Sobre a mesa de debate extremam-se duas concepções – que podem, diante de circunstâncias concretas, sofrer alguma variação: a) de um lado, prestigia-se a arquitetura jurídico-política tradicional, com ênfase na soberania das nações e na bilateralidade inerente às regras de cooperação jurídica; b) de outro, vislumbra-se o apelo a maior “efetividade” nas investigações, o que reclamaria execução de diligências externas à margem da assistência do país em que esteja fisicamente alojada a informação perseguida ou sediado o provedor de aplicações de internet ou de conexão.

2. A discussão no panorama internacional

2.1. Manifestação concreta do problema: Microsoft versus USA

Em dezembro de 2013, um juiz norte-americano determinou a busca e a apreensão

* Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado. Foi Secretário Nacional de Justiça e Diretor do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça. E-mail: Antenor@feldensmadruga.com.br

** Doutor em Direito Constitucional. Mestre em Direito. Especialista em Direito Penal. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Ex-Procurador da República. Advogado. E-mail: Luciano@feldensmadruga.com.br

1. JOHNSON; POST 1996, p. 1370. Recentemente: SVANTESSON, 2015. Disponível em: <<http://zip.net/bhq7Jg>> ou <<http://www.itnews.com.au/Feature/400008,cloud-computing-demands-a-rethink-of-international-law.aspx#ixzz3QzkekyIP>>.

2. AUGUST, 2002, p. 565.

de contas de e-mail hospedadas pela Microsoft em seu centro de dados do programa Outlook em Dublin, na Irlanda. A Microsoft contestou a decisão na Corte de Apelações do Segundo Circuito dos Estados Unidos, alegando que o cumprimento da ordem acarretaria grave violação às normas de direito internacional, de modo que se mostraria necessária a utilização dos mecanismos de cooperação internacional (MLAT) para obtenção dos dados. A empresa fez constar a densidade do problema:

A data de hoje representa um marco importante em nosso processo relativo a tentativa do governo dos Estados Unidos de usar um mandado de busca para obrigar a Microsoft a obter e entregar e-mails de seus clientes armazenados na Irlanda. 10 grupos estão ingressando com petições de “amigos da corte”, assinados por 28 líderes do segmento de tecnologia e mídia, 35 cientistas da computação e 23 associações comerciais. [...] Acreditamos que quando um governo quer obter e-mails que estão armazenados em outros países, é necessário fazê-lo em conformidade com as leis domésticas e internacionais. Em contraste a isso, o uso unilateral de um mandado de busca emitido por um juiz americano para outro país coloca os direitos fundamentais de privacidade e as relações internacionais cordiais em risco.³

A apelação apresentada pela Microsoft inaugura-se com a descrição de situação hipotética, a partir da qual indaga: como reagiriam os Estados Unidos se um governo estrangeiro tentasse obter comunicações pessoais de um jornalista americano, em território americano, à margem da cooperação internacional? Eis a hipótese:

Imagine esse cenário: Diretores locais da *Stadtpolizei* investigam um crime na sede do Deutsche Bank, em Frankfurt. Eles enviam um mandado para apreender cartas que um repórter do *The New York Times* armazena em um cofre em uma agência do Deutsche Bank em Manhattan.

O banco cumpre o mandado e o gerente da agência em Nova York abre o cofre do repórter com uma chave mestra e envia por fax todas as cartas particulares ao *Stadtpolizei* [...].

A autoridade norte-americana declara “que está indignada com a decisão de ignorar os procedimentos formais que a União Europeia e os Estados Unidos acordaram para fins de cooperação bilateral”.

O Ministro das Relações Exteriores da Alemanha responde “Nós não conduzimos uma busca extraterritorial. Nenhum policial alemão pôs os pés em território norte-americano. O *Stadtpolizei* meramente ordenou uma empresa alemã que produzisse seus próprios registros, que eram de sua posse, custódia e controle”⁴.

3. BRAD, 2014 (tradução livre). No original: “Today represents an important milestone in our litigation concerning the U.S. Government’s attempt to use a search warrant to compel Microsoft to obtain and turn over email of a customer stored in Ireland. That’s because 10 groups are filing their ‘friend of the court’ briefs in New York today. Today’s ten briefs are signed by 28 leading technology and media companies, 35 leading computer scientists, and 23 trade associations and advocacy organizations that together represent millions of members on both sides of the Atlantic. [...] We believe that when one government wants to obtain email that is stored in another country, it needs to do so in a manner that respects existing domestic and international laws. In contrast, the U.S. Government’s unilateral use of a search warrant to reach email in another country puts both fundamental privacy rights and cordial international relations at risk. And as today’s briefs demonstrate, the impacts of this step are far-reaching.”

4. U.S. COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT, [S.d.] . (tradução livre). No original: “Imagine this scenario.

2.2. A unilateralidade da ação norte-americana: crítica e riscos

Os Estados Unidos têm se utilizado recorrentemente de medidas unilaterais,⁵ não sem crítica e resistência da comunidade internacional, que as considera violadoras do direito internacional e da independência dos demais Estados soberanos.

Em *United States v. Bank of Nova Scotia*, a Suprema Corte dos Estados Unidos admitiu que o banco Nova Scotia, em Miami, Florida, fosse obrigado a produzir dados bancários existentes em sua filial das Bahamas, a despeito da lei bahamense de proteção ao sigilo bancário e da inexistência de cooperação jurídica internacional:

O procedimento de assistência judiciária não empresta a devida deferência aos interesses dos Estados Unidos. Em essência, o banco pede ao tribunal para exigir que o nosso governo peça aos tribunais das Bahamas para ser autorizado a fazer algo lícito, sob leis dos Estados Unidos. Conclui-se que tal procedimento é contrário aos interesses da nossa nação e se sobrepõem aos interesses das Bahamas.⁶

Após esse precedente, os Estados Unidos passaram a utilizar as chamadas “intimações Nova Scotia” (*Nova Scotia subpoenas*) para, unilateralmente, obter provas no exterior, tendo como fundamento a jurisdição sobre pessoas localizadas no território norte-americano.

David Gerber, professor associado da Faculdade de Direito Chicago-Kent, assim se refere às iniciativas extraterritoriais de produção de prova no interesse dos Estados Unidos⁷:

Operando com base nos conceitos nacionais de justiça, os tribunais americanos se consideram autorizados a aplicar extraterritorialmente as regras americanas de produção de prova (por exemplo, para determinar conduta fora dos Estados Unidos).

Officers of the local Stadtpolizei investigating a suspected leak to the press descend on Deutsche Bank headquarters in Frankfurt, Germany. They serve a warrant to seize a bundle of private letters that a New York Times reporter is storing in a safe deposit box at a Deutsche Bank USA branch in Manhattan. The bank complies by ordering the New York branch manager to open the reporter's box with a master key, rummage through it, and fax the private letters to the Stadtpolizei. The U.S. Secretary of State fumes: 'We are outraged by the decision to bypass existing formal procedures that the European Union and the United States have agreed on for bilateral cooperation [...]' Germany's Foreign Minister responds: 'We did not conduct an extraterritorial search — in fact we didn't search anything at all. No German officer ever set foot in the United States. The Stadtpolizei merely ordered a German company to produce its own business records, which were in its own possession, custody, and control. [...]': No way would that response satisfy the U.S. Government. The letters the reporter placed in a safe deposit box in Manhattan are her private correspondence, not the bank's business records."

5. Aponte-se, paradigmaticamente, o caso *United States v. Humberto Alvarez Machain*, no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos estabeleceu que o Judiciário norte-americano é competente para processar criminalmente cidadão estrangeiro abduzido à força de território mexicano por oficiais norte-americanos, sem autorização das autoridades mexicanas. *United States v. Humberto Alvarez Machain*, 504 U.S. 91 (1992).

6. *United States v. The Bank of Nova Scotia*, 462 US 1119 (1983) (tradução livre). No original: "The judicial assistance procedure does not afford due deference to the United States' interests. In essence, the bank asks the court to require our government to ask the courts of the Bahamas to be allowed to do something lawful under United States law. We conclude such a procedure to be contrary to the interests of our nation and outweigh the interests of the Bahamas."

7. GERBER, 1986, p. 745 (tradução livre). No original: "Operating on the basis of domestic concepts of justice, American courts consider themselves justified in applying American discovery rules extraterritorially (i.e., to require conduct outside the United States). In response, foreign governments seek to protect their own interests and concepts of justice by attempting to prevent or limit such applications. The measures taken have included diplomatic pressure on the United States government, participation in U.S. litigation, and, in some cases, the passage of so-called 'blocking legislation'".

Em resposta, governos estrangeiros procuram proteger seus próprios interesses e conceitos de justiça, tentando impedir ou limitar tais aplicações. As medidas tomadas incluem a pressão diplomática sobre o governo dos Estados Unidos, a participação no contencioso dos EUA, e, em alguns casos, a edição da chamada “legislação de bloqueio.”

David Small, ex-Consultor Jurídico Adjunto do Departamento de Estado dos Estados Unidos, ressalta que

[os Estados Unidos] são o mais relevante alvo de reclamação internacional sobre extraterritorialidade [...] na ausência de canais viáveis de cooperação, os Estados Unidos se reservam o direito de tomar medidas unilaterais, tais como as ordens para que pessoas sujeitas à jurisdição *in personam* das cortes americanas produzam provas onde quer que estejam localizadas.” E conclui seu artigo advertindo: “aqueles preocupados com extraterritorialidade devem permanecer vigilantes. Há a certeza de haver escaramuças e batalhas pela frente.”⁸

O próprio Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DOJ) reconhece que atos unilaterais com efeitos extraterritoriais são controversos e criticados por outros países. Assim, o DOJ determina a seus procuradores a obtenção de autorização interna prévia para a utilização das intimações “*Nova Scotia*”:

Como o uso de medidas unilaterais compulsórias pode afetar negativamente a relação com autoridades estrangeiras, todos os procuradores federais⁹ devem obter autorização escrita por meio do OIA (Gabinete de Assuntos Internacionais) antes de emitir quaisquer intimações a pessoas ou entidades nos Estados Unidos para provas localizadas no exterior.¹⁰

A preocupação não é descabida, haja vista que medidas dessa natureza estimulam reações com relevante impacto político e econômico. Em parecer oferecido na demanda envolvendo a Microsoft e o governo norte-americano, na qual ingressaram na condição de *amici contributors*, os grupos Verizon Communications Inc., Cisco Systems, Inc., Hewlett-Packard Co., Ebay Inc., Salesforce.Com, Inc. e Infor criticaram a ação governamental norte-americana e denunciaram os potenciais efeitos desse comportamento:

A decisão permitindo que o governo dos Estados Unidos requeira a divulgação de conteúdo armazenado em centros de dados no exterior é arrebatadora em seus

8. SMALL, 1987, p. 284, 289 e 302 (tradução livre). No original: [284] “While the United States is not alone in asserting extraterritorial jurisdiction, it is the most prolific source of extraterritorial law, regulation, and enforcement action. Not surprisingly, it is the most significant target of international complaint about extraterritoriality.” [289] “Absent viable cooperative channels, they reserve the right to take unilateral measures, such as demands that persons subject to the *in personam* jurisdiction of U.S. courts provide evidence from wherever located.” [302] “... those concerned with extraterritoriality must remain vigilant. There are sure to be skirmishes and battles ahead.”

9. N. do E.: Os procuradores federais (*federal prosecutors*) dos EUA equivalem aos membros do Ministério Público Federal brasileiro, isto é, aos procuradores da República, não aos procuradores federais brasileiros, que são advogados públicos, membros da Advocacia-Geral da União.

10. *Criminal Resources Manual* – 279 Subpoenas (tradução livre). No original: “Since the use of unilateral compulsory measures can adversely affect the Law enforcement relationship with the foreign country, all federal prosecutors must obtain written approval through OIA (Office of International Affairs) before issuing any subpoenas to persons or entities in the United States for records located abroad”.

objetivos e impacto. Ela afeta não só o serviço de e-mail objeto desse caso, mas uma série de outros serviços de comunicação, fornecedores de armazenamento de dados e empresas de tecnologia. Irá expor empresas americanas a riscos legais em outros países e prejudicar economicamente os negócios americanos. Vai prejudicar nossos acordos internacionais e a cooperação internacional. Isso vai estimular retaliação por parte dos governos estrangeiros, que vão ameaçar os direitos de privacidade de americanos e não americanos. [...] O governo americano visa contornar esse sistema estabelecido há muito tempo e, de forma unilateral, obter a prova no exterior através de um mandado de busca em uma empresa norte-americana. A escolha desse meio de obtenção foi feita não pela inexistência de outra forma, mas porque o governo americano acredita que sua abordagem unilateral é mais rápida e mais fácil.¹¹

Adicionalmente, sustentam os *amici curiæ* que as recentes revelações sobre práticas de inteligência dos Estados Unidos aumentaram a sensibilidade dos estrangeiros sobre o acesso do governo americano a dados situados no exterior, circunstância que colocou as empresas americanas em desvantagem competitiva em relação aos seus concorrentes estrangeiros. Concluem estimando que essa desconfiança resultará na perda de dezenas de bilhões de dólares em negócios por empresas norte-americanas ao longo dos próximos anos.

2.3. O engajamento das comunidades científica e política em torno da solução bilateral

A relevância do caso vem mobilizando extensa lista de cientistas da computação, associações comerciais, provedores de internet e especialistas em direito digital e internacional, bem como representantes políticos das comunidades envolvidas, que ingressaram na causa, em apoio à Microsoft, como *amici contributors*.

Anthony J. Colangelo, professor de direito internacional da Southern Methodist University, anotou que nem o governo norte-americano nem a Microsoft podem apreender registros localizados em um servidor sediado na Irlanda, pois tal ação é claramente dirigida ao território irlandês e efetua uma busca sujeita à soberania daquele país, sendo que “os princípios fundamentais de soberania e não-intervenção impedem uma nação de exercer autoridade de aplicação da lei na jurisdição de outro país sem o seu consentimento.”¹²

11. U.S. COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT, [S.d.]. No original: “The District Court’s decision allowing the U.S. government to demand the disclosure of the contents of customer communications (as opposed to Microsoft’s own business records) stored in overseas data centers is extraordinarily sweeping in its scope and impact. It affects not only the e-mail service at issue in the case, but a host of other communication services, data storage providers, and technology companies. It will expose American businesses to legal jeopardy in other countries and damage American businesses economically. It will upset our international agreements and undermine international cooperation. And it will spur retaliation by foreign governments, which will threaten the privacy of Americans and non-Americans alike [...] The U.S. government in this case seeks to circumvent this long-established system and unilaterally obtain foreign evidence by serving a search warrant on a U.S. company — not because it could not otherwise obtain the evidence, but because it believes its unilateral approach is faster and easier.”

12. No original: “Yet neither the government nor Microsoft can consummate the seizure of the records at issue without collecting the information from a server in Ireland, where those records are stored. Such an action is plainly directed at the territory of Ireland and effectuates a search subject to the sovereignty of Ireland” [...] “Under customary international law, fundamental principles of state sovereignty and non-intervention preclude one nation from exercising law enforcement authority in the jurisdiction of another, without that nation’s consent. One state’s sovereignty over its territory necessarily acts as a limit upon the actions of all other nations within its territory”. (U.S. COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT [S.d.], p. 24).

Em conjunto, BSA – The Software Alliance, Center for Democracy and Technology, Chamber of Commerce of the United States of America, National Association of Manufacturers e The App Association lançaram manifestação no processo, apontando que:¹³

A posição tomada pelo governo nesse caso é que o Departamento de Justiça é livre para ignorar as leis de outras nações e exigir a apresentação de dados de pessoas e empresas não americanas armazenados em outros países sempre que o prestador de serviços em nuvem estiver sujeito à jurisdição americana. Essa intrusão na soberania de outras nações é incompatível com os princípios de direito internacional e irá inevitavelmente produzir conflitos com as leis de outras nações, bem como ignorar os procedimentos adotados pelos Estados Unidos e outras nações para obtenção transnacional de provas.

O Governo da Irlanda igualmente interveio na demanda para expressar seu “interesse genuíno e legítimo sobre potenciais violações de seus direitos de soberania no que dizem respeito à sua jurisdição sobre seu território.” Assentou, nesse tom, que

a Irlanda não aceita qualquer afirmação de que é obrigada a intervir em processo judicial estrangeiro para proteger seus direitos de soberania em matéria de competência, ou que a não intervenção da Irlanda é evidência de seu consentimento para uma eventual violação do mesmo.¹⁴

Jan Philipp Albrecht, membro do Parlamento Europeu, foi a fundo, trazendo o interesse dos cidadãos europeus para a discussão:

a recusa por parte do Estados Unidos em reconhecer que a conta de e-mail em questão está localizada em uma jurisdição estrangeira e sujeita a regras estrangeiras de proteção de dados não é apenas ofensiva à sensibilidade dos cidadãos europeus, mas também reforça o já forte sentimento de muitos cidadãos da União Europeia de que seus dados não estão seguros quando utilizam serviços de TI oferecidos por empresas norte-americanas.¹⁵

13. Idem, [S.d.]. No original: “The government’s position in this case is that prosecutors are free to ignore the laws of other nations and require production of data of non-U.S. individuals and businesses stored in other nations whenever the cloud services provider is subject to the jurisdiction of the United States. That intrusion into other nations’ sovereignty over their own territory is itself inconsistent with international law principles,⁷ will inevitably produce conflicts with other nations’ laws, and ignores the procedures adopted by the United States and other nations to obtain evidence located outside their borders.”

14. Idem, [S.d.] No original: “Ireland is an internationally-recognized sovereign nation state. The United States recognizes and maintains diplomatic relations with Ireland. The warrant under appeal orders Appellant to produce in the United States documents that it maintains reside in Ireland. Ireland has a genuine and legitimate interest in potential infringements by other states of its sovereign rights with respect to its jurisdiction over its territory. [...] Ireland does not accept any implication that it is required to intervene into foreign court proceedings to protect its sovereign rights in respect of its jurisdiction, or that Ireland not intervening is evidence of consent to a potential infringement thereof.”

15. Ibidem, [S.d.] No original: “The refusal of the U.S. Attorney to recognize that the email account at issue is located in a foreign jurisdiction and subject to foreign data protection rules is not only offensive to the sensitivities of European citizens but also reinforces the already strong sentiment of many EU citizens that their data is not “safe” when they use IT services offered by U.S. corporations.”

3. O regime jurídico brasileiro: premissas discursivas à resolução do problema

3.1. A ubiquidade da informação eletrônica: armazenamento físico e acesso remoto

A resolução das questões jurídicas originárias desse novo cenário de interação social pressupõe compreensão de premissa técnica relacionada à infraestrutura subjacente aos sistemas de internet: toda informação eletrônica – constituída por dígitos binários 0 ou 1 (bit) organizados em blocos de bits (byte, kB, MB, GB, TB etc.) – está armazenada em meio físico (*data centers*, discos rígidos, fitas magnéticas etc.).

Texto ou fotografia eletrônica, tal como seus congêneres em papel, também estão localizados em determinado endereço físico. Registros, dados pessoais e dados de comunicações eletrônicas armazenados por provedores (de conexão e de aplicações de internet) estão igualmente localizados em determinado endereço físico, possivelmente em jurisdição distinta da do provedor.

Essa realidade não é alterada quando nos utilizamos de serviços que permitem acesso remoto a esses dados, o que é viabilizado, precisamente, pela internet.¹⁶

Exemplificativamente, ao fazermos uso da *cloud computing* (computação em “nuvem”) estamos, na verdade, acessando dados hospedados em tradicionais meios físicos (*hard drives*), localizados em grandes estruturas (*data centers*) administradas pelos provedores de serviços.¹⁷ Daí por que devemos mitigar a sensação de que a internet e a computação em nuvem perfazem um espaço (ciberespaço) abstrato e intangível, desprovido de aspectos geográficos.¹⁸

Esse ponto foi explicitamente enfatizado na demanda judicial movida pela Microsoft contra os Estados Unidos. Na ocasião, a *Computer and Data Science Experts*¹⁹ emitiu manifestação técnica apontando que:

A adequada resolução desse recurso exige uma compreensão de alguns pontos fundamentais sobre a infraestrutura e as práticas subjacentes ao *cloud computing*. [...]:

16. U.S. COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT, [S.d.].

17. Ao descrever o funcionamento de um *data center* localizado nos Estados Unidos, uma reportagem especial da *The Economist* desmistificou a sensação, ainda hoje muito comum, de que a internet teria se desvincilhado completamente dos territórios: um sofisticado sistema de segurança, com scanners e câmaras de vídeo, impede a entrada de visitantes não autorizados; no interior, fileiras de computadores em gaiolas de metal fechadas; o zumbido ensurdecedor do ar-condicionado; não há janelas, há poucas pessoas e as luzes são acionadas por sensores de movimento. Grande parte dos maiores sites do mundo vive em edifícios como este. (THE ECONOMIST, 2001).

18. Como pontua, a respeito, Motta Filho, na computação em nuvem há inúmeras máquinas (hardwares) que gerenciam por meio de softwares as mais diversas informações de vários lugares do planeta, num tráfego constante e ininterrupto de dados. (MOTTA FILHO, 2014, p. 175).

19. O Parecer foi elaborado por 35 experts em ciência da computação: “Amici are leading researchers in fields that include computer systems, networking, distributed systems, computer security, cryptography, and computer architecture—the foundations of cloud computing. They include members of the National Academy of Engineering and the National Academy of Sciences; winners of the Turing Award (the “Nobel Prize” of computer science) [...]. While many have industry experience, all are now faculty members at the leading computer science programs, including MIT, Stanford, Berkeley, Carnegie Mellon, Cornell, the University of Washington, Princeton, Georgia Tech, and Harvard, among others.”

(1) os e-mails acessíveis “na nuvem” são armazenados em pelo menos um local físico identificável; (2) a “nuvem” permite o acesso facilitado aos dados, não novas técnicas de armazenamento desses dados; (3) os e-mails dos clientes estão protegidos pela confidencialidade do titular da conta.²⁰

Decerto, talvez a mais relevante diferença entre o documento em papel, armazenado em arquivos de pastas suspensas, e o documento eletrônico, armazenado em mídias digitais, consiste na possibilidade de este documento eletrônico estar disponível para ser acessado, copiado ou movido, quase que instantaneamente, para qualquer lugar conectado à internet. De modo que o documento eletrônico que está armazenado em servidor remoto está disponível, também, na memória do terminal conectado à rede, ainda que apenas durante o tempo de acesso.

Em resumo, a informação eletrônica existe em pelo menos dois lugares: o local de seu armazenamento físico (servidor, *data center*) e o local de onde é acessada remotamente.

3.2. Diferenciação entre normas de direito material e normas processuais atinentes à cooperação jurídica internacional

Outra premissa de análise corresponde à necessária distinção entre regras materiais que compõem o *standard* brasileiro sobre privacidade, proteção e sigilo de dados, ou mesmo que dispõem sobre a jurisdição brasileira em matéria penal, e as regras processuais reitoras da cooperação jurídica internacional.

A aplicação da lei brasileira ao crime cometido no território nacional, com a consequente afirmação da jurisdição penal da autoridade brasileira, é regra de direito material penal (art. 5.º do Código Penal), a qual não se confunde e tampouco colide com as normas incidentes sobre a coleta de elementos de prova situados no exterior.

Nesse contexto de discussão, Patricia Bellia bem anota que as provas de um delito podem estar armazenadas além das fronteiras, mesmo quando o fato investigado não tem, em si, nenhum elemento transnacional:

[...] A localização física de provas eletrônicas depende, muitas vezes, da arquitetura da rede: uma subsidiária americana de uma empresa francesa pode abrigar todos os seus dados em um servidor fisicamente localizado na França; dois cidadãos japoneses podem subscrever uma conta na *America Online* e terem seus correios eletrônicos armazenados em servidores da AOL localizados em Virgínia.²¹

20. No original: “Amici respectfully submit that the proper resolution of this appeal requires an understanding of certain fundamental points regarding the infrastructure and practices underlying cloud-based email. Thus, amici submit this brief to explain the significance of cloud computing and to clarify at least the following three points: (1) emails accessible ‘in the cloud’ are stored in at least one identifiable physical location; (2) the ‘cloud’ enables easier access to data, not new storage techniques; (3) customer emails are secured as the confidential property of the account holder.” (U.S. COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT, [S.d.]).

21. BELLIA, 2001, p. 56 (tradução livre). No original: “The physical location of electronic evidence therefore often depends upon the fortuity of network architecture: an American subsidiary of a French corporation may house all of its data on a server that is physically located in France; two Japanese citizens might subscribe to America Online and have their electronic mail stored on AOL’s Virginia servers.”

Na verdade, a jurisdição do Estado requerente para investigar, processar e julgar crime é elemento pressuposto – e não substitutivo – da cooperação solicitada ao Estado onde deva ser cumprida a ordem judicial ou realizada a diligência.

O Desembargador Federal Abel Gomes, ao relatar acórdão da Primeira Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região no Mandado de Segurança nº 0010585-65.2013.4.02.0000, questionou se é

razoável que as autoridades da persecução penal tenham que se valer dos ainda demorados e complicados trâmites de obtenção de informações e provas, por meio de MLAT, se o fato delituoso foi praticado no Brasil, tendo como alvos das investigações e-mails de pessoas aqui residentes ou domiciliadas e que daqui trocaram as mensagens”. No mesmo sentido, argumentou a Ministra Laurita Vaz, ao relatar questão de ordem levada à Corte Especial: “Ora, o que se pretende é a entrega de mensagens remetidas e recebidas por brasileiros em território brasileiro, envolvendo supostos crimes submetidos indubitavelmente à jurisdição brasileira.

Respeitosamente, a premissa de análise não leva à consequência pretendida. Voltamos ao ponto: o lugar da remessa ou recepção de mensagens, assim como a residência ou domicílio das pessoas que as veiculam pode, circunstancialmente, revelar-se determinante para afirmação da jurisdição da autoridade brasileira para processar e julgar eventual delito. Entretanto, tais circunstâncias em nada autorizam o juiz ou tribunal brasileiro a impor cumprimento de suas ordens ou diligências no exterior, à margem do procedimento de cooperação jurídica internacional.²²

4. O regime jurídico brasileiro (II): diretrizes normativas para a obtenção de prova armazenada em território estrangeiro

4.1. A proscrição constitucional de medidas unilaterais

Dentre os princípios constitucionais que regem a República Federativa do Brasil no plano de suas relações internacionais situam-se: a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, I), da autodeterminação dos povos (art. 4º, III), da igualdade entre Estados (art. 4º, V) e da cooperação entre os povos para progresso da humanidade (art. 4º, IX).²³ Todos a indicar que a Constituição do Brasil proscreve a adoção de soluções unilaterais para resolução de problemas que afetem outras soberanias.

Isso significa dizer, em termos práticos, que o Estado brasileiro está, no âmbito de suas relações internacionais, constitucionalmente proibido de procurar, assim como de

22. Enaltecendo a diferença entre regras de direito material e regras de cooperação jurídica internacional, Patricia Bellia enfatiza: “First, at least outside of the internet context, states are not limited to regulating conduct that occurs within their borders. Rather, international law permits states to prescribe laws governing extraterritorial conduct in certain circumstances, including when that conduct has harmful effects within its borders. Second, customary international law generally prohibits states from conducting investigations in another state’s territory without that state’s consent. Countries ordinarily cope with the gap between their power to prescribe laws and their power to enforce such laws by relying upon a range of legal assistance mechanisms.” (BELLIA, 2001, p. 44).

23. Adicionalmente, a Constituição também estabeleceu competências específicas para processamento de cartas rogatórias, homologação de sentença estrangeira (art. 105, I, i) e de processos de extradição (art. 102, I, g).

aceitar (princípio da reciprocidade), soluções unilaterais – isto é, à margem da cooperação internacional –, para alcance de pessoas e coisas localizadas em jurisdição estrangeira,²⁴ ainda que essas soluções unilaterais se insinuem mais “efetivas”.

Além de impróprias, são inválidas decisões que trazem os argumentos de lentidão e complexidade à estatura de fundamento (em todo o caso, fundamento utilitarista) para afastar a cooperação jurídica internacional. Pode-se até imaginar – mas nada mais do que isso – a frustração da autoridade policial em não poder efetuar uma prisão porque o procurado atravessou a fronteira nacional. Porém, a demora ou “complicação” no uso dos procedimentos de cooperação jurídica internacional há de se resolver por meios distintos que não o recurso a soluções unilaterais, marginalizantes do Estado estrangeiro, onde a diligência deve, juridicamente, ser cumprida. Por motivos semelhantes, não se admite recurso à justiça privada ao argumento da convencional lentidão da justiça estatal, também inafastável por disposição constitucional (art. 5º, XXXV, da CRFB).

4.2. A opção político-normativa pela bilateralidade: tratados de cooperação jurídica internacional e organização institucional

É da tradição do direito brasileiro que as diligências processuais (v.g., citações, notificações, buscas e apreensões, quebras de sigilos, investigações e prisões) determinadas por um Estado sobre pessoas, coisas e dados situados no território de outro Estado devam ser realizadas em respeito ao princípio da soberania, por meio de assistência jurídica internacional. Assim reconhece, historicamente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.²⁵

Os reflexos dessa orientação político-normativa consubstanciam-se na adesão brasileira à maioria das convenções multilaterais, mundiais e regionais, que regulam a assistência jurídica internacional. Além destas, o Brasil firmou dezenas de tratados bilaterais que regulamentam aspectos de assistência jurídica recíproca em matéria penal, extradição e transferência de pessoas condenadas. Soma-se a esse elenco vasta quantidade de memorandos de entendimento com previsão de procedimentos de cooperação firmados pelos órgãos administrativos brasileiros com seus congêneres no exterior.

No plano institucional, em 2004 o Brasil promoveu a estruturação do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), no Ministério da Justiça, competindo-lhe participar da negociação de acordos de cooperação internacional e exercer a função de autoridade central para tramitação de solicitações cooperação jurídica, ativas e passivas.²⁶ Ainda no plano institucional, destaca-se também a criação

24. MADRUGA, 2011.

25. Em simples caso de citação enviada do exterior para o Brasil, sem atenção aos mecanismos de cooperação jurídica internacional, nosso Supremo Tribunal Federal invocou a ordem pública e a soberania nacional para afirmar “que as diligências processuais devem ser executadas no Brasil segundo a forma estabelecida no Direito brasileiro, donde a conclusão de que não é admissível, no Brasil, que funcionário estrangeiro pratique diligência em seu país e que tal diligência tenha eficácia em nossa jurisdição”. SE 2671 AgR, Relator: Min. Antonio Neder, Tribunal Pleno, julgado em 4/6/1980, Diário da Justiça, 1.º jul. 1980, p. 4.943; RTJ, v. 95, n. 3, p. 1.017.

26. Em matéria penal, além do clássico mecanismo de extradição, viabilizam-se a produção de provas em outras jurisdições, a recuperação de ativos localizados no exterior e a transferência de presos e de processos. Além do DRCI, uma pluralidade de órgãos pertencentes à administração pública brasileira recorre diariamente a procedimentos de cooperação jurídica internacional para efetivação de diligências cujo desenvolvimento depende de providên-

no Ministério Público Federal da Secretaria de Cooperação Jurídica Internacional (SCI), vinculada ao Gabinete do Procurador-Geral da República, que, em 2015, completa seu primeiro decênio. Conforme se extrai da apresentação da SCI na internet,

uma das funções da Secretaria de Cooperação Jurídica Internacional é facilitar o acesso de autoridades estrangeiras e organismos internacionais a informações sobre prazos e procedimentos jurídicos específicos em cada país, e buscar soluções, inclusive por meio de contatos informais, por meio das redes de cooperação, para as mais diversas questões jurídicas²⁷.

Em observância a esse regime normativo e institucional, o Juiz Federal José Paulo Baltazar Júnior, em voto vencido no julgamento do Mandado de Segurança no 2009.04.00.011335-1, julgado pela 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em 11 de junho de 2013,²⁸ corretamente chamou a atenção para os riscos das soluções unilaterais à moda

cias que estão fora de nosso alcance territorial: Advocacia-Geral da União, Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários (CVM), Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Controladoria-Geral da União (GCU), Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), Receita Federal, Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, Ministério das Relações Exteriores, Ministério Público Estadual e Federal, Polícia Federal, Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e Superintendência de Seguros Privados. O mapeamento e a apreciação crítica dos órgãos nacionais que possuem relevante envolvimento com a matéria fez parte do “Projeto BRAX66 – Fortalecimento da Secretaria Nacional de Justiça em cooperação jurídica internacional, extradição e combate à lavagem de dinheiro”, que resultou na elaboração de anteprojeto que dispõe sobre cooperação internacional em matéria penal.

27. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, [S.d.].

28. A decisão está assim ementada: “PROCESSUAL PENAL. MANDADO DE SEGURANÇA. GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA. QUEBRA DE SIGILO DE E-MAIL (G-MAIL). ALEGAÇÃO DE QUE OS DADOS ENCONTRAM-SE ARMAZENADOS NO EXTERIOR E DA NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DO ACORDO DE COOPERAÇÃO EM MATÉRIA PENAL ENTRE O BRASIL E OS EUA (MLAT). IMPROCEDÊNCIA. FORNECIMENTO DOS DADOS PELA EMPRESA SEDIADA EM TERRITÓRIO NACIONAL. ARTIGOS 7.º DO CÓDIGO PENAL, 88 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E 1126 DO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES. 1. A Google Brasil Internet Ltda. foi constituída nos termos da legislação brasileira (art. 1126 do CC), sendo indiscutível que o domicílio da aludida pessoa jurídica para as demandas havidas em território nacional é efetivamente o Brasil (art. 88 do CPC). 2. Embora sejam pessoas jurídicas diversas, a Google Brasil Internet Ltda. e a Google Inc., fazem parte do mesmo grupo econômico, sendo sócias da empresa situada no Brasil justamente a Google Inc., a Google Internacional e a LLC, ambas constituídas nos EUA. 3. O dever legal de prestar informações recai sobre a empresa sediada em território nacional, devendo esta tomar as medidas necessárias para o cumprimento da ordem emanada da autoridade judiciária brasileira – fornecimento de dados relativos à quebra de e-mail (Gmail) –, sendo descabida a invocação de leis americanas para se esquivar de atendimento à requisição judicial, quando o fato investigado foi praticado por brasileiro em território nacional (art. 7.º do CP). 4. Se, por um lado, a empresa auferir lucros com a atividade desenvolvida no Brasil, deve, por outro, dar fiel cumprimento à ordem judicial, como ocorre com qualquer cidadão ou entidade constituída segundo as normas do país. 5. Não se pode olvidar o efetivo avanço que o ‘Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América’ (MLAT) trouxe para a investigação criminal, principalmente na repressão a crimes de maior gravidade (tráfico de entorpecentes e de armas de fogo, lavagem de dinheiro, pedofilia etc.). Entretanto, não se justifica a imposição ao Judiciário de utilizar referido acordo de cooperação quando a empresa possui sede em território nacional, bem como meios para atender, de forma mais célere e menos burocrática, a solicitação judicial. 6. Não há qualquer inconstitucionalidade na não utilização, em determinadas hipóteses – principalmente nos casos de urgência – do ‘MLAT’, uma vez que o artigo 17 do referido acordo possibilita o uso de outros instrumentos para produção de provas. 7. Revela-se extremamente temerário vincular as autoridades judiciais brasileiras à legislação do local em que os dados, em tese, encontram-se armazenados, uma vez que a empresa pode, por qualquer motivo, simplesmente fazer a opção de transferir o servidor para qualquer país do mundo que não mantenha acordo de cooperação com o Brasil, o que, certamente, dificultará ainda mais a investigação criminal. 8. A Google Brasil Internet Ltda. efetivamente possui meios – técnicos e jurídicos – de prestar as informações requisitadas pela autoridade judiciária brasileira, constituindo-se a recusa no fornecimento dos dados solicitados mero estratagema da empresa

estadunidense, bem como para a impropriedade de sua adoção no direito brasileiro:

Embora legais à luz do direito norte-americano, tais práticas não são bem-vindas nos países visados, por criar atritos e resistências a outras formas de cooperação [...]. Com efeito, essas medidas extraterritoriais são consideradas agressivas à soberania de outros países, o que levou o Reino Unido, por exemplo, a insistir em uma cláusula vedando o recurso a medidas coercitivas extraterritoriais em um tratado de cooperação com os EUA (GANE, C.; MACKAREL, M. *The Admissibility of Evidence Obtained from Abroad into Criminal Proceedings: The Interpretation of Mutual Legal Assistance Treaties and Use of Evidence Irregularly Obtained*, *Eur. J. Crime Crim. L. & Crim. Just.*, n. 4, p. 98, 104), enquanto outros tratados firmados pelos EUA pelo menos apontam para o tratado de cooperação como um recurso prioritário ou preferencial (ZAGARIS, Bruce; RESNICK, Jessica., *The Mexico-U.S. Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Treaty: Another Step Toward the Harmonization of International Law Enforcement*, *Ariz. J. Int'l & Comp. L.*, n. 14, p 1, 34.). [...]

Por tais razões, embora não desconheça os precedentes em sentido contrário (STJ, Inq. 784/DF, Laurita Vaz, Corte Especial, m., 17.4.13; TRF4, MS 0021816-40.2010.404.0000, 7.^a T., Tadaaqui Hirose, u., 1.4.11 ; TRF3, AC 0008498- 98.2010.4.03.6181/SP, 5.^a T., Nekatschalow, D.E. 6.12.10), tenho que não é dado ao juiz brasileiro determinar a interceptação telemática da conta mantida por brasileiro, quando, fisicamente, os dados estão localizados nos EUA. A vigorar a tese contrária, seria dado ao juiz brasileiro determinar à filial de um banco estrangeiro que apresentasse documentos mantidos na sua matriz no exterior, ou, de modo mais radical, a determinar a interceptação telefônica de terminais mantidos no exterior pela controladora estrangeira de empresa brasileira [...].

Nessa linha de compreensão, Baltazar Júnior trouxe à luz outro argumento em defesa do uso da cooperação internacional: não pode juiz brasileiro exigir que subsidiária de empresa estrangeira instalada no Brasil pratique atos que possam levar à responsabilização civil e criminal da pessoa jurídica detentora dos dados e seus dirigentes em território de outro país.²⁹

– ou mesmo das controladoras – o que não pode ser admitido, principalmente em razão da volatilidade dos dados que são transmitidos pela via eletrônica (os quais, por questão de segurança, devem estar replicados em vários locais do mundo) cujos registros podem ser facilmente deletados. 9. Precedente da Corte Especial do STJ e deste Tribunal. Ordem denegada.”Tribunal Regional Federal da 4.^a Região. Sétima Turma. Mandado de segurança 2009.04.00.011335-1. Relatora para acórdão: Juíza Federal Salise Monteiro Sanchothene. j. em 11 jul. 2013.

29. Conforme o voto: “Determinada a interceptação telemática, mediante ‘quebra de sigilo de e-mail, com acesso e gravação das mensagens originadas e recebidas, relativamente’ a determinado endereço eletrônico, respondeu a impetrante que as informações estão armazenadas nos EUA e, portanto, sujeitas à legislação daquele país, a qual não contempla a possibilidade de seu fornecimento a autoridade judicial estrangeira, sem a ordem de juiz americano. Acrescentou que a implementação da ordem do juiz brasileiro poderia implicar em sanções criminais e civis naquele país e que o pedido somente poderia ser cumprido mediante cooperação jurídica internacional. Efetivamente, o fato de as controladoras e a informação buscada estarem localizadas em outro país confere aquele País a competência legislativa e jurisdicional em relação à produção da prova quanto aos dados lá existentes, o que leva à existência de um conflito internacional de jurisdição. Assim como não há dúvida de que se aplica-se a lei brasileira e é competente o juiz brasileiro para decidir sobre a produção de prova acerca de fatos criminosos ocorridos no Brasil, tampouco há dúvida de que se aplica a lei norte-americana e é competente o juiz norte-americano em relação a dados protegidos armazenados naquele País. Quer dizer, no Brasil, o descumprimento da ordem acarreta uma possível responsabilização penal por desobediência, ou mesmo sanções pecuniárias. Nos EUA, o cumprimento da ordem da autoridade impetrada acarretaria riscos de responsabilização

O professor e procurador da República Vladimir Aras, Secretário de Cooperação Jurídica Internacional da Procuradoria-Geral da República, também defende a utilização de mecanismos de cooperação jurídica internacional para obtenção de dados digitais localizados no exterior:

Dados de usuários de Internet e dados de acesso a aplicações de Internet mantidos no Brasil também podem interessar a Estados estrangeiros. E vice-versa, já que a Internet é uma ferramenta global. Por isto, dados de usuários no exterior podem ser úteis a investigações brasileiras. Sendo assim, torna-se necessário construir um quadro normativo adequado para a cooperação entre diferentes jurisdições, especialmente mediante a implementação de tratados de cooperação internacional, que podem ser usados para obtenção transnacional de provas, inclusive *digital evidence*.³⁰

O prestígio à solução bilateral, além alinhar-se a postura de respeito – alheio e próprio – à soberania das nações, ajusta-se à concepção vigorante no – e desejada pelo – comércio internacional. A esse propósito, a Câmara de Comércio Internacional (ICC) diagnosticou os desafios de mobilidade impostos pela internet à efetivação de medidas jurisdicionais (interceptações). Em setembro de 2012, a entidade elaborou o relatório *Using Mutual Legal Assistance Treaties (MLATs) to Improve Cross-Border Lawful Intercept Procedures*. O documento reconhece que a resposta para a controvérsia encontra-se nos mecanismos de cooperação internacional:

A necessidade de cooperação internacional está aumentando pois, cada vez mais, os provedores estão localizados remotamente e muitas vezes em diferentes países dos indivíduos e empresas que utilizam seus serviços. [...] tornou-se comum para

penal e civil dos responsáveis, nos EUA, fato que não pode ser ignorado. Caracterizado está, então, o conflito internacional de jurisdição, pois são aplicáveis ordens jurídicas soberanas e distintas sobre os mesmos fatos [...]. Ainda que se admitisse não haver, no caso concreto, propriamente uma pretensão de aplicação extraterritorial da lei brasileira, não se pode exigir da impetrante que pratique atos que possam levar à responsabilização civil e criminal da pessoa jurídica e seus dirigentes em território de outro país, com o qual as controladoras da empresa nacional tem inegáveis vínculos. Embora discutindo o tema do ponto de vista da entrega de documentos cobertos por sigilo bancário situados no exterior, cuja entrega foi determinada a agência ou sucursal local, o trecho seguinte oferece interessante subsídio ao caso em análise, com destaques por minha conta: Mais importante é que o estado aplicador da lei não pode determinar à agência do banco estrangeiro que produza documentos se a produção acarretar uma ilegalidade ou uma infração penal sob a *lex situs*. Isso decorre do princípio já mencionado, nomeadamente que, como regra de direito internacional, a nenhum estado é, em princípio, dado o direito de exigir uma ilegalidade ou a perpetração de um crime no território de outro estado. Esse princípio também incorpora o princípio de não-intervenção. (STESSENS, Guy. *Money Laundering. A New International Law Enforcement Model*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 324). No caso dos autos, então, a utilização do tratado parece ser a via adequada para a solução do impasse instaurado, no qual a prova apresenta elementos de contato com jurisdições distintas ou há um acentuado grau de coerção na obtenção da prova, caso em que não é dado a um país impor-se em território estrangeiro. Quer dizer, o tratado deve ser invocado quando a prova não pode ser obtida ou fornecida com base na legislação nacional de cada país, o que é o caso dos autos.”

30. Aras aventa, até, a possibilidade de notificação do provedor de conteúdo para fins de preservação dos dados até que a cooperação internacional se concretize. (ARAS, 2014). Disponível em: <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2014/05/05/breves-comentarios-ao-marco-civil-da-internet>> A propósito, conforme Patricia Bellia, “the difficulties that law enforcement officials have in coping with electronic evidence have prompted states to move beyond traditional legal assistance arrangements in computer crime cases. In negotiations in two multilateral organizations, countries have considered adopting domestic measures that would require internet service providers and other entities to rapidly preserve data based on requests from foreign states. First, in October 1999, the Group of Eight industrialized nations (‘G-8’) adopted certain principles relating to cross-border access to stored computer data. Under these principles, each state ‘shall ensure’ its ability to secure rapid preservation of data stored in a computer system within its territory when another state requests such preservation.” (BELLIA, 2001, p. 44).

as LEAs (*Law Enforcement Agencies*) fazerem uso de mecanismos de cooperação internacional para atenderem às necessidades urgentes de acesso a comunicações e conteúdo localizados fora de suas jurisdições.³¹

Essa também é a postura compartilhada pelo professor Ulrich Sieber, Diretor do Departamento de Direito Penal Internacional do Max Planck Institute (Freiburg, Alemanha). Ao reconhecer os limites geográficos da ação estatal no contexto de investigação sobre crimes informáticos, Sieber aponta inexistir meio substitutivo à cooperação internacional entre os órgãos estatais de controle, os quais e cada qual devem atuar estritamente nos limites de sua jurisdição.³²

4.3. O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014)

a) Regulação da internet no Brasil: possibilidade de armazenamento de dados no exterior

A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, “(Marco Civil da Internet)”, estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para uso da internet no Brasil. Entretanto, convém sublinhar: a lei não exigiu que as operações de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet sejam realizadas no Brasil. Veja-se, a respeito, o que dispõe o art. 11:

Art. 11. Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de Internet em que **pelo menos um desses atos ocorra em território nacional**, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os

31. A manifestação da Câmara de Comércio Internacional (ICC), no relatório *Using Mutual Legal Assistance Treaties (MLATs) to Improve Cross-Border Lawful Intercept Procedures*, relata as diferentes formas de reação adotadas pelos países diante do fenômeno de ubiquidade dos dados eletrônicos. Segundo o relatório, alguns têm respondido de forma a barrar quaisquer fatores transfronteiriços (mandando provedores estabelecerem seus servidores em território local, por exemplo), o que não considera uma postura adequada. Aponta que a melhor saída seria o aprimoramento da cooperação entre os governos por meio dos MLATs: “Some countries have responded to these trends through legal/regulatory changes that seek to confine the circumstances in which cross-border LI [lawful intercept] is required. In particular, some countries have recently mandated that CSPs [communications service providers] (whether traditional telecommunications companies, content providers or equipment providers) establish local servers to assist with potential LEA needs. In most circumstances, this is not an appropriate or necessary solution. It puts undue expense on providers (which is ultimately borne by end users), can deter carriers from operating in countries imposing such requirements (which causes self-inflicted harm to economic development), and fails to eliminate the need for access to data held in a third country (which is an increasing reality of changing communications networks). A much better solution – in terms of effectiveness, promotion of innovation, and cost – is to improve cooperation between governments. MLATs and similar processes are and should remain a primary vehicle for such cooperation.” (INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, 2012, p. 6).

32. SIEBER, 1998, p. 132. No original: “Computer-related crimes have a strong international dimension and so has its investigation: The ubiquity of information in modern communication systems makes it irrelevant as to where perpetrators and victims of crimes are situated in terms of geography. There is no need for the perpetrator or the victim of a crime to move or to meet in person. Illegal actions such as computer manipulations in one country can have direct, immediate effects in the computer systems of another country, thus leading to damages e.g. to life or property or to the dissemination of unlawful material in international computer networks. The internet shows that frontiers between countries do not factually interfere with the internet traffic and do not prevent internet users to exchange information and eventually to enter into electronic agreements. On the contrary, law enforcement authorities generally have to respect borders of their states. As representatives of the national state they only can act legally within their own jurisdiction, unless international treaties provide a clear legal basis. Thus, the international character of computer networks calls for international co-operation of police and law-enforcement authorities.”

direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros.

§ 1º O disposto no caput aplica-se aos dados coletados em território nacional e ao conteúdo das comunicações, desde que pelo menos um dos terminais esteja localizado no Brasil.

§ 2º O disposto no caput aplica-se mesmo que as atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior, desde que ofereça serviço ao público brasileiro ou pelo menos uma integrante do mesmo grupo econômico possua estabelecimento no Brasil.
[...]

Ao estabelecer, como elemento de conexão com a legislação brasileira a realização de “pelo menos um desses atos” em território nacional, a lei está admitindo a hipótese em que algum, alguns ou todos esses atos ocorram fora do território nacional. Do art. 11, *caput*, percebem-se, pois, as seguintes situações:

I. se todos esses atos (coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet) ocorrerem fora do território nacional, estaria ausente qualquer conexão com a legislação brasileira;

II. se “pelo menos um desses atos” ocorrer em território nacional, atrai-se a incidência da legislação brasileira, especialmente das disposições respeitantes aos “direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros”; no mesmo sentido, os §§ 1º e 2º desse art. 11 estabelecem elementos de conexão de determinados atos com a legislação brasileira;

III. a localização de “pelo menos um dos terminais” de comunicação no Brasil atrai aplicação da legislação brasileira para coleta de dados em território nacional e ao conteúdo das comunicações (§ 1º);

IV. a oferta de serviços ao público brasileiro ou a existência de estabelecimento no Brasil por “pelo menos uma [pessoa jurídica] integrante do mesmo grupo econômico” atrai a incidência da legislação brasileira para as atividades desenvolvidas por pessoa jurídica sediada no exterior (§ 2º).

Em resumo, o quadro normativo autoriza que serviços de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações sejam prestados tanto no Brasil quanto no exterior, por provedores de conexão e de aplicações de internet brasileiros ou estrangeiros.

Comporta enfatizar, ainda, que a incidência da lei brasileira – motivada por quaisquer dos critérios de atração revelados pelo art. 11 – não leva à conclusão de que a autoridade judiciária brasileira estaria autorizada a emitir ordens com eficácia no exterior, sem concurso da assistência jurídica internacional e observância dos princípios que governam a convivência internacional na ótica da Constituição brasileira.

b) Inexistência da obrigação de provedores estrangeiros instalarem *data centers* no Brasil

Nesse espectro de análise, merece registro que durante a tramitação do então Projeto de Lei nº 2.126 cogitou-se da inclusão de dispositivo que obrigaria empresas provedoras de conteúdo de internet a instalar *data centers* no Brasil, para fins de armazenamento de dados eletrônicos de brasileiros. A razão de ser do dispositivo, indica a manifestação do relator do projeto, Deputado Alessandro Molon, seria justamente elidir os mecanismos de cooperação internacional:

Criamos um novo artigo 12 (inexistente na versão anterior) que estabelece que o Poder Executivo, por meio de Decreto, poderá obrigar os grandes provedores comerciais a instalarem ou utilizarem bancos de dados em território brasileiro [...]. Essas modificações foram promovidas tendo em vista que hoje há questionamentos em relação a qual jurisdição é aplicável quando os dados de brasileiros estão localizados no exterior. Não é incomum se ouvir que não se aplica a lei brasileira à nossa proteção quando nossos dados estão localizados no exterior. Para dirimir dúvidas, acolhendo sugestão do Governo, optamos por incluir este dispositivo no Marco Civil da Internet.³³

O dispositivo, alvo de inúmeras críticas,³⁴ foi retirado da redação do projeto de lei durante sua tramitação na Câmara dos Deputados.³⁵

c) Integração normativa com as disposições de cooperação jurídica internacional

Nada se encontra no chamado “Marco Civil” da Internet que excepcione os princípios e normas de cooperação jurídica internacional. Ao contrário, o art. 2º, I, da Lei nº 12.965/2014 traz como fundamento expresso da disciplina do uso da internet no Brasil o “reconhecimento da escala mundial da rede”; ademais, após elencar no artigo 3º os princípios que disciplinam esse uso, ressalva em seu parágrafo único, textualmente: “os princípios expressos nesta Lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Ressalte-se, ainda, que as normas de cooperação jurídica internacional também

33. CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2014, p. 39. O Parecer foi apresentado à Câmara dos Deputados em 12/2/2014, pelo Deputado Alessandro Molon.

34. Um dos idealizadores do Marco Civil da internet, o Diretor do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro, Ronaldo Lemos, sustenta que a instalação forçada de *data centers* logicamente afugentaria as empresas de internet, bem como tornaria os brasileiros cidadãos de segunda classe nos serviços americanos e europeus: “Os sites terão receio de oferecer serviços a usuários brasileiros com medo de, no futuro, ter que montar um *data center* local”. Além disso, destacou que a medida a ser tomada para conferir efetividade à obtenção de dados eletrônicos no exterior é a melhoria dos mecanismos de cooperação jurídica internacional. (VEJA, 2013)

35. “Após diversas reuniões com lideranças da base aliada, o governo cedeu em um ponto considerado polêmico: a obrigação de que empresas provedoras de conexão e aplicações de Internet manterem em território nacional estrutura de armazenamento de dados, os chamados *data centers*. O artigo 12 do texto do relator, deputado Alessandro Molon (PT-RJ), determinava que o governo poderia, por meio de decreto, obrigar os provedores de conexão – ‘que exerçam suas atividades de forma organizada, profissional e com finalidades econômicas – a instalarem ou utilizarem estruturas para armazenamento, gerenciamento e disseminação de dados em território nacional, considerando o porte dos provedores, seu faturamento no Brasil e a amplitude da oferta do serviço ao público brasileiro’. Após reunião, no início da noite desta terça-feira, com líderes do PSD, PCdoB, PSD, PR e PROS o governo admitiu retirar o artigo que gerou descontentamento com alguns partidos da base aliada.” (AGÊNCIA BRASIL, 2014).

compõem a legislação brasileira a que se refere o art. 11 da Lei nº 12.965/2014. Nessa perspectiva, convém sublinhar que o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, celebrado em Brasília, em 14 de outubro de 1997, aprovado pelo Congresso Nacional e promulgado pelo Presidente da República (Decreto nº 3.810, de 2 de maio de 2001), tem força de lei.

4.4. Competência em razão do lugar do provedor e do lugar de armazenamento

O documento eletrônico disponível na internet, conforme ressaltado, existe em, pelo menos, dois lugares: o de seu armazenamento físico e o de controle legal de seu acesso. Essa relativa ubiquidade do dado eletrônico tem evidentes repercussões legais, inclusive sobre a definição da autoridade competente para determinar acesso a essas informações, quando potencialmente afetadas jurisdições diversas.

Não temos como afastar a conclusão de que o provedor de aplicações de internet que possui acesso ao documento eletrônico (capacidade de abri-lo ou descarregá-lo no terminal) está sujeito a ordem judicial que determine compartilhamento dessa informação eletrônica. A autoridade judiciária competente para determinar essa ordem é a do Estado em que esteja sediado o provedor. Assim, se o provedor que efetivamente tem controle sobre o dado eletrônico (poder de acesso, domínio das senhas) estiver sediado no Brasil, não haveria necessidade de submeter a ordem judicial ao procedimento de cooperação ou assistência de autoridades estrangeiras, situadas no território em que se encontre a mídia que fisicamente armazena os dados perseguidos. O teste de jurisdição (ou de “competência internacional”) para a ordem judicial que determina a produção de documentos eletrônicos seria, portanto, o lugar do provedor de conexão ou de aplicações de internet.

Por outro lado, se o escopo da ordem judicial não fosse compartilhamento do dado eletrônico, mas a apreensão física da mídia que armazena os dados no exterior (CD, *pen drive*, HD, servidor etc.), a cooperação jurídica internacional se imporia. Da mesma maneira, impõe-se o recurso à cooperação jurídica internacional se a ordem judicial tem como destinatário provedor que controla os dados, mas que não está sediado no território nacional e não sujeito à lei brasileira.

Assim, se os dados pretendidos pela autoridade judiciária brasileira estão sob controle (de acesso) de empresa sediada em jurisdição estrangeira, apenas aquela autoridade judiciária, nos termos da lei local, poderia compelir o provedor a compartilhamento judicial. Para obter esses dados em poder da pessoa jurídica estrangeira, a autoridade judiciária brasileira deveria recorrer à cooperação jurídica internacional.

4.5. Distinção entre provedor e representante comercial

Haverá situações em que o provedor de conexão ou de aplicação de internet estrangeiro estará representado no Brasil por outra empresa, inclusive pertencente ao seu grupo econômico. Nesse arranjo, o provedor, empresa sediada no exterior, controla os registros de dados pessoais e de comunicações dos usuários das aplicações de internet no Brasil, enquanto a empresa brasileira apenas comercializa os produtos e serviços da empresa estrangeira.

Não há, ressalte-se, ilegalidade nesse desenho empresarial. Provedores de conexão e de aplicações de internet estrangeiros podem, mesmo a distância, prestar serviços a usuários brasileiros. Podem, opcionalmente, constituir pessoa jurídica no Brasil, integrante de seu grupo econômico, com finalidade meramente comercial e não operacional. A Lei nº 12.965/2014 expressamente consagra com fundamento do uso da internet no Brasil à livre iniciativa (art. 2º, V) e o reconhecimento da escala mundial da rede (art. 2º, I). Entretanto, ainda que essa pessoa ou coisa estivesse ilegalmente no exterior, em desafio à lei brasileira, não poderia a autoridade judiciária brasileira desconsiderar os meios de cooperação jurídica internacional para alcançá-la.

Efetivamente, não se deve confundir lei aplicável e foro competente. Ainda que a lei brasileira seja aplicável, o juiz brasileiro, a despeito de ser competente para impulsionar o processo e julgar a causa, não o será para determinar buscas e apreensões ou cumprimento de suas ordens no exterior à margem da cooperação jurídica internacional.

Nesses termos, a autoridade judiciária brasileira (leia-se, o Estado brasileiro) não pode determinar a provedor estrangeiro, ou a qualquer pessoa sediada no território de outro Estado soberano, sem recorrer à cooperação jurídica internacional, que compartilhe dados que armazena ou sobre os quais tem controle. Pelos mesmos fundamentos e princípios de soberania, independência nacional, autodeterminação dos povos, não intervenção e cooperação internacional, expressos na Constituição Federal, o direito brasileiro não permite que os Estados Unidos determinem, sem intermediação do Estado brasileiro, o cumprimento no Brasil de suas ordens e diligências.

Admitir que o Brasil unilateralmente obrigue provedor estrangeiro a enviar ao país os dados sobre os quais tem controle físico ou virtual seria, por reciprocidade, admitir que Estado estrangeiro, sem pedido de cooperação, determinasse a provedor brasileiro que enviasse ao exterior dados que controle ou armazene.

Autoridade judiciária brasileira tampouco pode usar de meios indiretos, igualmente à margem da cooperação jurídica internacional, para forçar o cumprimento no exterior de suas ordens judiciais ou diligências. Assim, não é dado ao juiz brasileiro poder de coagir representante ou pessoa jurídica do mesmo grupo econômico do provedor estrangeiro para, indiretamente, forçá-lo a compartilhamento dos dados eletrônicos que armazene ou hospede no exterior. Destaque-se que o representante comercial brasileiro, ainda que integrante do mesmo grupo econômico, não necessariamente tem – e a legislação brasileira não exige que o tenha – controle ou poder de acesso aos dados armazenados no exterior.

5. CONCLUSÕES

Apresentamos, a modo de síntese, as seguintes conclusões:

1. O documento eletrônico disponível na internet existe em, pelo menos, dois lugares, o de seu armazenamento físico e o de seu acesso remoto. O provedor de aplicações de internet ou de conexão está sujeito à ordem judicial que determine o compartilhamento dessa informação eletrônica. A autoridade judiciária competente para determinar essa ordem é a do Estado em que esteja sediado o provedor.

2. O regime jurídico brasileiro proscreve, em gênero, ação unilateral tendente a obtenção de prova armazenada em território estrangeiro. Especificamente, juiz brasileiro não tem o poder de, à margem de cooperação jurídica internacional, coagir provedor de internet estrangeiro, ou pessoa jurídica do mesmo grupo econômico sediada no Brasil, a compartilhar dados eletrônicos hospedados no exterior.

3. Ao disciplinar o uso da internet no Brasil, a Lei nº 12.965/2014 não autorizou autoridade judiciária brasileira a determinar diligências e cumprimento de ordens judiciais no exterior; antes, ao contrário: a lei reconhece, como fundamento da disciplina do uso da internet no Brasil, a “escala mundial da rede” (art. 2º, I), estabelecendo, em prestígio às regras de direito internacional, que “os princípios expressos nesta lei não excluem outros previstos no ordenamento jurídico pátrio relacionados à matéria ou nos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (art. 3º, parágrafo único).

4. Sob a ótica da reciprocidade, caso se conferisse à autoridade judiciária brasileira poder para determinar diligências a serem executadas em jurisdições estrangeiras, teríamos de admitir como igualmente válidas, no Brasil, ordens judiciais estrangeiras que, por jurisdição própria e unilateral, dispusessem sobre pessoas ou bens no território nacional, em clara afetação à soberania nacional; logo, à Constituição do Brasil.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. *Governo pretende votar Marco Civil da Internet amanhã*. 18 mar. 2014. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2014-03/governo-pretende-votar-marco-civil-da-internet-amanha>>.

ARAS, Vladimir. Breves comentários ao Marco Civil da Internet. *Blog do Vlad*, 5 maio 2014. Disponível em: <<https://blogdovladimir.wordpress.com/2014/05/05/breves-comentarios-ao-marco-civil-da-internet/>>.

AUGUST, Ray. International Cyber-jurisdiction: a comparative analysis. *American Business Law Journal*, v. 39, p. 565,

BELLIA, Patricia L. Chasing bits across borders. *The University of Chicago Legal Forum*, paper 454, p. 56, 2001.

BRAD, Smith. Business, Media and civil society speak up in key privacy case. *The Official Microsoft Blog*, 15 Dec. 2014. Disponível em: <<http://zip.net/brq7Jp>>; <<http://blogs.microsoft.com/blog/2014/12/15/business-media-civil-society-speak-key-privacy-case/>>.2002.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Substitutivo oferecido em plenário em substituição à Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 2.126, de 2011, do Poder Executivo*. 2014. Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EF31C8C62307027E5020D6F42869C1C2.proposicoesWeb1?codteor=1225789&filename=Tramitacao-PL+2126/2011>.

GERBER, David. Extraterritorial discovery and the conflict of procedural systems: Germany and the United States. *American Journal of Comparative Law*, v. 34, p. 745, 1986.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Using mutual legal assistance treaties (MLATs) to improve cross-border lawful intercept procedures*. 2012. Disponível em: <<http://www.iccindiaonline.org/policy-statement/3.pdf>>.

JOHNSON, David R; POST, David. Law and borders – the rise of law in cyberspace. *Stanford Law Review*, v. 48, n. 5, 1996, p. 1370.

MADRUGA, Antenor. A decisão extraterritorial sem cooperação. *Consultor Jurídico*, 6 jul. 2011. Disponível em: <<http://zip.net/bsq7Qd>> ou <<http://www.conjur.com.br/2011-jul-06/decisao-extraterritorial-nao-cumprida-acordo-cooperacao>>.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Secretaria de Cooperação Jurídica Internacional. *Apresentação*. [S.d.]. Disponível em: <<http://www.internacional.mpf.mp.br/institucional/apresentacao>>. Acesso em: 1.º fev. 2015.

MOTTA FILHO, Marcello. Ensaio jurídico sobre a computação em nuvem (cloud computing). *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 116, p. 175, 2014.

SIEBER, Ulrich. *Legal aspects of computer-related crime in the information society*. [S.l.]: European Commission – University of Würzburg, 1998. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/english/COMCRIME%20Study.pdf>>.

SMALL, David H. Managing extraterritorial jurisdictional problems: the United States government approach. *50 Law & Contemporary Problems*, v. 289, p. 284; 289; 302, 1987.

STESSENS, Guy. *Money laundering: a new international law enforcement model*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

SVANTESSON, Dan Jerker B. Cloud computing demands a rethink of international law. *ITNews*, 4 Feb. 2015. Disponível em: <<http://zip.net/bhq7Jg>> ou <<http://www.itnews.com.au/Feature/400008,cloud-computing-demands-a-rethink-of-international-law.aspx#ixzz3QzkekyIP>>.

THE ECONOMIST. *Putting it in its place*. 9 Aug. 2001. Disponível em: <<http://www.economist.com/node/729808>>.

U.S. COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT. Microsoft v. USA – Brief of *Amicus Curiae* Anthony J. Colangelo, International Law Scholar, as *Amici Curiae* Supporting Appellant. [S.d.]. Disponível em: <<http://zip.net/blq60G>>; <https://www.eff.org/files/2014/12/15/colangelo_microsoft_ireland_second_circuit_amicus_brief.pdf>.

_____. Microsoft v. USA – Brief of *Amicus Curiae* BSA – The Software Alliance, Center for Democracy and Technology, Chamber of Commerce of the United States of America, National Association of Manufacturers and The App Association as *Amici Curiae* Supporting Appellant. [S.d.]. Disponível em: <<http://zip.net/bgq7pR>>; <http://www.bsa.org/~media/Files/Policy/AmicusBriefs/BSA_etal_amicus_MSFT_USA_12152014.pdf>

_____. Microsoft v. USA – Brief of Appellant, p. 1-2. [S.d.]. Disponível em: <<http://zip.net/byq779>>; <<http://digitalconstitution.com/wp-content/uploads/2014/12/Microsoft-Opening-Brief-120820141.pdf>>.

_____. Microsoft v. USA – Brief of *Amicus Curiae* Verizon Communications Inc., Cisco Systems, Inc., Hewlett-Packard Co., Ebay Inc., Salesforce.Com, Inc. and Infor, as *Amici Curiae* Supporting Appellant. Disponível em: <<http://zip.net/brq7Jq>>; <<https://cdt.org/files/2014/12/14-2985-Amicus-brief-of-Verizon-Cisco-HP-eBay-Salesforce.com-and-Infor.pdf>>

_____. Microsoft v. USA – Brief of *Amicus Curiae* Ireland, as *Amici Curiae* Supporting Appellant. Disponível em: <<http://zip.net/bsq7Qc>>; <<http://digitalconstitution.com/wp-content/uploads/2014/12/Ireland-Amicus-Brief.pdf>>.

U.S. Court of Appeals for the Second Circuit. Microsoft v. USA – Brief of *Amicus Curiae* Jan Philipp Albrecht, Member of The European Parliament, as *Amici Curiae* Supporting Appellant. Disponível em <<http://zip.net/bbq7BB>>; <<http://digitalconstitution.com/wp-content/uploads/2014/12/albrecht-microsoft-ireland-amicus-brief1.pdf>>.

_____. Microsoft v. USA – Brief of *Amicus Curiae* Computer And Data Science Experts as *Amici Curiae* Supporting Appellant. Disponível em: <<http://zip.net/bmq7x5>>; <https://www.eff.org/files/2014/12/15/computer_science_experts_microsoft_ireland_amicus_brief.pdf>.

_____. *Microsoft v. USA – Brief of Amicus Curiae Computer And Data Science Experts as Amici Curiae Supporting Appellant*. Disponível em: <<http://zip.net/bmq7x5>>; <https://www.eff.org/files/2014/12/15/computer_science_experts_microsoft_ireland_amicus_brief.pdf>.

VEJA. *Tiro do governo vai sair pela culatra, prevê idealizador do Marco Civil*. 28 set. 2013. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/vida-digital/tiro-do-governo-vai-sair-pela-culatra-diz-idealizador-do-marco-civil/>>.

Elaboração de pedido de cooperação jurídica internacional em matéria penal

Isalino Antonio Giacomet Junior*

Palavras-chave: Cooperação jurídica internacional. Elaboração de pedidos. Formulário de auxílio jurídico internacional. Requisitos

Diante da realidade atual, consubstanciada na quase total inexistência de limites fronteiriços para a prática criminosa, bem como considerando a crescente ampliação da delinquência transnacional, as autoridades estatais responsáveis pela condução de investigações criminais, pela persecução e pelo julgamento de processos penais começaram a perceber o conseqüente aumento da necessidade de obtenção de diligências e elementos probatórios no exterior, a fim de colaborar com a elucidação da autoria e materialidade de determinada conduta criminosa e com apuração da verdade real dos fatos.

Surge, conseqüentemente, para as autoridades competentes do Poder Judiciário, dos Ministérios Públicos e das Polícias Judiciárias que atuam diretamente com processos penais e investigações criminais, assim como para advogados que lidam com a matéria, o relevante desafio de desbravar princípios, regras e peculiaridades do direito penal e processual internacional, de forma a fazer valer efetivamente a aplicação da lei e a realização da justiça criminal, mesmo quando determinado inquérito, investigação ou processo penal necessite de medidas – instrutórias, probatórias, cautelares ou mesmo decisórias – a serem obtidas fora do território nacional.

Diante dessa notória e atual realidade consistente na ampliação da internacionalização do crime, as autoridades responsáveis pela apuração e julgamento de casos penais – ao se depararem, na prática, com algum processo no qual seja imprescindível utilizar ferramentas adequadas à obtenção de diligências e provas no exterior – frequentemente se perguntam como fazer solicitação de auxílio jurídico a país estrangeiro. A quem solicitar? O que demonstrar? Que tipo de medidas se pode solicitar? Como proceder para a prova obtida ser considerada válida juridicamente?

No Brasil, atualmente, apesar do razoável esforço que a utilização de alguma medida de cooperação jurídica internacional ainda demanda por parte das autoridades e interessados que necessitem solicitar diligências processuais no exterior – pois não prescinde da busca de conhecimentos específicos e não rotineiros –, especialmente com o surgimento de mecanismos inovadores de auxílio jurídico internacional em matéria penal e com o

* Delegado de Polícia Federal e Coordenador-Geral de Recuperação de ativos e de Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal do DRCl/SNJ/MJ.

estabelecimento de uma autoridade central nacional¹ responsável pela coordenação e pelo trâmite dos pedidos de cooperação jurídica internacional, denota-se que a *expertise* desse órgão vem funcionando crescentemente como verdadeiro disseminador e facilitador de conhecimento, em virtude da atuação prática reiterada e aprofundada com tema extremamente detalhado e especializado, qual seja, a cooperação jurídica internacional.

Atuando na condição de autoridade central brasileira para demandas de cooperação jurídica internacional, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), órgão integrante da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça, entre as diversas atribuições que lhe são designadas, vem prestando constante suporte e orientações às autoridades brasileiras competentes que necessitem de auxílio jurídico internacional para instrução de seus inquéritos policiais e processos penais.

Entre diversas iniciativas, o DRCI, por meio de sua Coordenação-Geral de Recuperação de Ativos, após estudos e pesquisas, elaborou um “formulário de auxílio jurídico internacional em matéria penal”, atualizado e adaptado ano a ano, com o objetivo de disponibilizar modelo que sirva de referência para elaboração de pedidos de cooperação jurídica internacional em assuntos criminais.

Tal formulário foi confeccionado com base nas exigências comuns previstas em acordos e convenções sobre auxílio jurídico em matéria penal firmados e ratificados pelo Brasil, condensando, em único documento descritivo, todos os requisitos legais, formais e materiais que devem ser cuidadosamente esclarecidos pelas autoridades requerentes brasileiras, na elaboração de solicitação de cooperação jurídica internacional, seja ela encaminhada na modalidade de carta rogatória ou de auxílio direto.²

De fato, ao se analisar detidamente os tratados internacionais sobre assistência jurídica em matéria penal ratificados pelo Brasil, observa-se que, em regra, esses instrumentos legais trazem dispositivos que prescrevem as informações obrigatórias que devem ser inseridas em pedido de cooperação jurídica internacional, de forma a tornar a medida

1. No Brasil, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) da Secretaria Nacional de Justiça (SNJ), do Ministério da Justiça, exerce a função de autoridade central para análise e tramitação dos pedidos de cooperação jurídica internacional, conforme preceitua o art. 11, IV, do Decreto nº 6.061, de 15 de março de 2007. Em matéria penal, tal função é exercida pelo DRCI para a quase totalidade dos pedidos, excetuando-se duas situações: para casos que tramitam com base no Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Federativa Portuguesa (Decreto nº 1.320, de 30 de novembro de 1994) e para aqueles que tramitam com base no Acordo de Assistência Mútua em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Canadá (Decreto nº 6.747, de 22 de janeiro de 2009). Nessas duas hipóteses a autoridade central prevista nos acordos é a Procuradoria-Geral da República. Entretanto, para os pedidos de cooperação jurídica internacional que envolvam o Canadá, diversos deles são tramitados também por intermédio do DRCI, com base na Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal (Decreto nº 6.340, de 3 de janeiro de 2008), firmada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), da qual ambos os países fazem parte..

2. Apesar das diferenças doutrinárias e práticas mencionadas entre cartas rogatórias e o instrumento do auxílio direto, especialmente tendo em vista a diferença relacionada ao fato de que nas primeiras ocorre cumprimento de determinação judicial estrangeira e que no auxílio direto o próprio Estado requerido recebe e internaliza o pedido, cumprindo-o como se fosse procedimento nacional. O fato é que nos pedidos ativos de cooperação jurídica internacional essas diferenças, nos pedidos ativos, não possuem relevância prática sobre a tramitação e o atendimento dos pedidos no exterior, pois, independentemente da nomenclatura adotada, o pedido de cooperação jurídica internacional deverá tramitar por intermédio da autoridade central e, no exterior, será diligenciado e cumprido pelo Estado requerido de acordo com sua própria legislação.

solicitada apta a ser diligenciada e cumprida pelo país requerido. Podemos classificar essas informações fundamentais como os requisitos formais e materiais de um pedido de cooperação jurídica internacional.

Em relação aos requisitos formais de um pedido de auxílio jurídico internacional em matéria penal, o teor dos tratados internacionais e a experiência sobre o assunto permitem mencionar que, inicialmente, toda e qualquer solicitação deve ser realizada em duas vias: a versão original na língua portuguesa, devidamente assinada pela autoridade requerente, e a segunda via, traduzida para o idioma aceito pelo Estado requerido. Em que pese a algumas poucas exceções, os Estados estrangeiros não costumam exigir que a tradução seja juramentada, mas a autoridade requerente deve zelar para que seja fidedigna e de boa qualidade, sob pena de o pedido nem ser analisado.

Ademais, a assinatura da versão original do pedido, conforme experiência prática e reiterados casos concretos, a assinatura eletrônica – prevista em lei e comumente utilizada por diversos órgãos do Poder Judiciário e outras instituições públicas no Brasil – tem sido considerada como válida pelos Estados estrangeiros. Tal aceitação somente foi possível após reiteradas explicações prestadas pelo DRCI a autoridades estrangeiras acerca do instituto.³

Com relação aos requisitos materiais, que dizem respeito diretamente ao conteúdo a ser esclarecido em pedido de cooperação jurídica internacional em matéria penal, inicialmente, podemos indicar como primeiro item obrigatório – a fim de que todo pedido dessa natureza possa ser atendido – o correto “**destinatário**” da solicitação, informação consistente na correta autoridade central estrangeira para a qual é endereçado o pedido. Por exemplo, nos Estados Unidos da América, a autoridade central é o Departamento de Justiça. Tal informação é relevante, pois há casos em que, em um mesmo país, a autoridade central pode ser diferente, a depender do tratado internacional que serve de base jurídica para a solicitação.

Convém ainda salientar que caso a autoridade demandante tenha dúvidas sobre qual é a autoridade central correta do país requerido, há como obter tal informação neste manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos ou também solicitar orientações ao DRCI sobre esse dado, por intermédio do e-mail institucional cooperacaopenal@mj.gov.br, fontes de consulta que, aliás, podem ser utilizadas pelos interessados para retirada de dúvidas ou obtenção de esclarecimentos sobre qualquer outro assunto envolvendo pedidos de cooperação jurídica internacional em matéria penal e recuperação de ativos.

Um segundo item essencial que deve ser apostado no texto da solicitação de auxílio jurídico internacional consiste na denominada “**autoridade remetente**”, que nada mais

3. No Brasil, a assinatura eletrônica está prevista na Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que dispõe sobre a informatização do processo judicial, entre outras providências. A previsão legal e a possibilidade de aceitação de assinatura eletrônica em processos judiciais é tendência e visa a dinamizar trâmite e prazos processuais. Por exemplo, casos de cooperação jurídica internacional endereçados ao Uruguai firmados por meio de assinatura eletrônica por juízes brasileiros não eram aceitos pelas autoridades uruguaias. Somente após diversos contatos entre Autoridades Centrais, foi possível elucidar e ajustar os ordenamentos jurídicos de ambos países em relação ao assunto, e atualmente o Uruguai não recusa cumprimento de pedidos firmados por assinatura eletrônica, desde que seja anexada a integralidade do texto da lei brasileira que regulamenta a utilização desse tipo de assinatura com a versão em espanhol. Ciente de tal necessidade específica com o Uruguai, sempre que pedido dessa natureza deve ser direcionado àquele país, o DRCI, atuando como autoridade central e conhecendo a exigência do país vizinho, anexa a lei em todos os pedidos, possibilitando cumprimento naquele país.

é do que a autoridade central brasileira competente para analisar e tramitar o pedido de cooperação. Em matéria penal, ressalta-se que o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça é o órgão da administração pública federal designado pela legislação nacional e internacional firmada pelo Brasil, para atuar como autoridade central brasileira na quase totalidade das solicitações ativas e passivas de cooperação jurídica internacional. Ademais, tal informação é importante para que as autoridades estrangeiras também tenham conhecimento sobre a origem e a tramitação correta dos pedidos oriundos do Brasil.

O terceiro requisito material que não deve deixar de constar em pedido de cooperação jurídica internacional consiste na discriminação exata da “**autoridade requerente**”, sendo importante a indicação do órgão e da autoridade competente responsável pelo inquérito policial ou outro procedimento de investigação criminal regularmente previsto em lei, ou ainda pela ação penal em curso, informando o cargo, o nome completo e os dados de contato, tais como e-mails ou telefone.

Trata-se de informações sobre a própria autoridade que assina o pedido – sejam Juízes, membros do Ministério Público ou delegados de polícia –, as quais são importantes, pois, a depender da característica do caso, eventualmente a autoridade estrangeira designada para executar o cumprimento da solicitação de auxílio jurídico no país requerido pode necessitar de esclarecimento pontual sobre o pedido, podendo, se entender conveniente e a legislação estrangeira permitir, retirar essas dúvidas ou prestar esclarecimento por meio de contato direto com a autoridade requerente brasileira que elaborou o pedido.

Essa troca direta de informações entre as autoridades requerente e requerida deve ser pontual, visando apenas sanar eventuais dúvidas ou tratar de questões técnicas ou logísticas, não podendo servir para tramitação direta da solicitação ou para transmissão da resposta dada a pedido de cooperação jurídica internacional, sob pena de as provas produzidas serem consideradas ilegais em virtude da não observância do procedimento legal e da cadeia de custódia das diligências realizadas previstos nos tratados internacionais, que prescrevem obrigatoriedade da tramitação por intermédio das Autoridades Centrais.

O quarto requisito material de pedido de cooperação jurídica internacional consiste na descrição da “**referência**” do caso, devendo o signatário da solicitação fornecer expressamente dados que possam identificar e individualizar o inquérito ou processo penal no qual se solicita o auxílio jurídico internacional. Costuma-se exigir descrição do número correto do inquérito policial ou processo penal, bem como outras informações que ajudem na identificação do caso, tais como o nome da operação policial ou caso criminal, se houver.

A primeira condição de existência para atendimento à solicitação de cooperação jurídica internacional em matéria penal é justamente a vinculação a determinado procedimento penal concreto, para o qual a medida solicitada terá serventia como ato instrutório, probatório ou decisório. Em regra, não é admitido cumprimento de pedido de auxílio jurídico em matéria penal, sem regular instauração prévia do respectivo procedimento de natureza penal, iniciado e conduzido de forma legítima no país demandante.

Assim, antes da elaboração de qualquer pedido de cooperação jurídica, a autoridade brasileira interessada deve providenciar a instauração do competente procedimento penal

no Brasil, o qual, somente ele, servirá de referência para o pedido. Acordos e convenções internacionais costumam exigir o cumprimento do que se denomina de princípio da especialidade na cooperação jurídica internacional, ou seja, as medidas pleiteadas e obtidas podem ser validamente utilizadas, única e exclusivamente, em proveito do inquérito ou processo penal referenciado e discriminado no pedido de cooperação.

Na hipótese de o Estado requerente necessitar utilizar as mesmas provas obtidas para instrução de outro procedimento não referenciado no pedido inicial, deverá ser providenciada, pela autoridade interessada, solicitação de auxílio jurídico ao Estado requerido, visando ao compartilhamento dessas provas, e somente após a autorização deste, tais elementos probatórios poderão ser legitimamente utilizados e atuados no processo para o qual se pediu o compartilhamento, sendo que tal procedimento tem natureza muito similar à de prova emprestada, que somente é válida se houver deferimento da autoridade competente para o procedimento.

O quinto requisito imprescindível de pedido de cooperação jurídica internacional – talvez o mais importante deles – versa sobre a elucidação dos “**fatos**” que são investigados ou processados penalmente no Brasil e que servem de fundamento fático ao pedido. Com relação a esse item, a experiência na análise de casos de auxílio jurídico internacional demonstra que a autoridade requerente deve se esmerar no sentido de expor narrativa clara, objetiva e completa dos fatos investigados, descrevendo os elementos essenciais dos acontecimentos, assim como circunstâncias sobre lugar, data e maneira pela qual a infração foi cometida, esclarecendo detalhadamente o nexos de causalidade entre a investigação ou processo em curso, os suspeitos ou réus e a assistência jurídica requerida.

Em regra, de acordo com a legislação dos países estrangeiros, as autoridades do Estado requerido necessitam de uma premissa factual e de nexos causal que demonstre necessidade do cumprimento do pedido de cooperação jurídica internacional. Não é rara a ocorrência de respostas de determinados países – especialmente nos casos de solicitação de quebra de sigilo bancário ou telemático – negando o cumprimento da diligência, sob o argumento de que, no pedido de cooperação jurídica internacional, não houve suficiente demonstração do nexos causal entre os crimes investigados, as pessoas envolvidas e as medidas pleiteadas por parte do Estado requerente, devendo este esclarecer de forma mais precisa, tais informações.

Outro aspecto de extrema relevância, que podemos enumerar como sexto requisito material de uma solicitação de auxílio jurídico internacional em matéria penal, trata-se da “**transcrição dos dispositivos legais**”. Nesse item, a autoridade requerente responsável pela formulação do pedido deve inserir cópia literal dos tipos penais e dispositivos legais previstos nos códigos, leis esparsas, legislação infraconstitucional ou mesmo na Constituição, que envolvam os fatos investigados e a medida solicitada. Não basta mencionar o artigo do tipo penal imputado à pessoa investigada, faz-se necessário transcrever integral e literalmente o texto da norma. A finalidade é demonstrar ao Estado requerido os termos da legislação vigente no Brasil e o teor dos delitos investigados.

Isso permite, por exemplo, que as autoridades estrangeiras demandadas avaliem se a descrição da conduta prevista no tipo penal também é considerada como crime no país estrangeiro – viabilizando assim a análise do princípio da dupla incriminação –,

especialmente naquelas hipóteses em que os tratados internacionais autorizam o Estado requerido a não cumprir determinada diligência processual em matéria penal, caso o crime investigado no Estado requerente e descrito no pedido de cooperação não seja tido também como crime no Estado requerido.

Podemos elencar como sétimo requisito na elaboração de pedido de cooperação jurídica internacional a “**descrição da assistência solicitada**”. De acordo com os acordos e convenções internacionais sobre auxílio jurídico em matéria penal, é possível verificar que a possibilidade de cooperação é ampla, pois são diversas as diligências possíveis no exterior pelas autoridades do Estado requerente.

Em matéria penal, as medidas que podem ser objeto de cumprimento no Estado requerido são variadas, podendo se estender desde simples atos de comunicação processual (tais como citações e intimações processuais penais), passando por diligências de obtenção de provas testemunhais (como interrogatórios de acusados e réus e depoimentos de testemunhas), provas periciais (tais como perícias de local de crime, laudos de necropsia, perícias contábeis etc.) e provas documentais (documentos, antecedentes criminais, certidões, informações sobre empresas etc.), quebras de sigilo (bancário, financeiro, fiscal, telemático e telefônico) e compartilhamento de provas, até medidas cautelares constritivas sobre ativos (tais como sequestros, arrestos e apreensões de bens, bloqueio de valores etc.) e solicitações de repatriação de bens e valores ao Brasil.

Em quaisquer dessas hipóteses, as medidas solicitadas ao Estado requerido estrangeiro devem ser descritas de forma precisa e clara no pedido de auxílio jurídico internacional e demonstrar coerência com os fatos e crimes investigados. Obviamente, para cada uma dessas possíveis solicitações, a experiência revela que, em geral, os Estados estrangeiros costumam exigir informações básicas que permitam a identificação do alvo da diligência ou facilitem o entendimento e a execução da medida no exterior.

Assim, por exemplo, nos casos de solicitação da mera localização de pessoa ou de citações, intimações ou notificações em geral, as autoridades dos Estados requeridos costumam exigir que no pedido de cooperação esteja exposta a qualificação mais completa possível da pessoa a ser encontrada, incluindo nome completo, data de nascimento, nacionalidade, números de documentos de identificação e nome dos pais, se possível, assim como identificação do correto endereço para localização da pessoa.

De maneira similar, esses mesmos dados são exigidos para solicitações de oitivas de pessoas, seja para interrogatórios de investigados ou réus, seja para depoimento de testemunhas. Além disso, para tal finalidade, os pedidos de cooperação também devem descrever expressamente os quesitos a serem perguntados à pessoa a ser ouvida e explicação da relação da pessoa com o crime apurado e de que forma ela seria útil para esclarecimento dos fatos. Ainda nesse caso, a autoridade requerente deve atentar para solicitar que a audiência para inquirição da pessoa seja solicitada para data razoável, não muito próxima, que permita ao Estado requerido cumprir a diligência dentro do prazo solicitado. Na prática, em geral, sugere-se que o pedido para realização de audiências não seja solicitado para prazo menor do que noventa dias, pois nesses casos há grandes chances de não cumprimento, podendo, entretanto, ser atendido em casos excepcionais.

Da mesma forma, caso a solicitação de auxílio jurídico pretenda obter provas em geral, como laudos, documentos, certidões e outras, deve-se indicar de forma clara e precisa o objeto da diligência, permitindo que as autoridades do Estado requerido compreendam o que é solicitado, bem como a maneira, o local e como diligenciar e providenciar o cumprimento do pedido da forma mais adequada.

Especificamente em relação a pedidos que envolvam afastamento de sigilo bancário e obtenção de documentos bancários, o Estado requerente deve fornecer as informações mais detalhadas possíveis sobre o objeto da medida, especificando conta bancária ou outro serviço financeiro. Costuma-se exigir descrição da agência, nome do banco (códigos ABA e IBAN) e número da conta estrangeira de que se pretende obter os dados, indicação do titular, período do qual se solicitam as informações, tipos de documentos solicitados (extratos bancários, documentos de abertura de conta etc.), relação entre o titular, a conta bancária e os crimes apurados, bem como a decisão judicial de quebra do sigilo bancário, nos casos em que for necessária.

Quando a solicitação de auxílio jurídico requer afastamento do sigilo telemático de determinado investigado ou réu no exterior, a autoridade requerente deve se preocupar em solicitar com antecedência a preservação dos dados, medida que pode ser obtida diretamente com o representante da Rede 24/7⁴ no Brasil. Além disso, o pedido de cooperação deve descrever o número do *Internet Protocol* (IP) alvo da diligência, com informações sobre hora de acesso, fuso horário do local de acesso, endereço eletrônico completo, objeto da medida e localização da sociedade provedora dos respectivos serviços de internet e que detém as informações pleiteadas. Obviamente, algumas informações poderão variar a depender da medida exata das diligências solicitadas, tais como o acesso a simples dados cadastrais de usuários ou a quebra de sigilo sobre o conteúdo de e-mails, perfis de redes sociais ou páginas de internet.

Como mais um exemplo, nos casos em se pleiteiem medidas cautelares constritivas sobre bens e valores, tais como decretação de bloqueios, sequestros, arrestos, buscas e apreensões de bens, documentos ou valores, o Estado requerente deve se esmerar em fornecer cópia da decisão judicial brasileira que decreta a medida cautelar sobre os ativos localizados no exterior, identificação detalhada dos bens, documentos ou valores e localização deles, esclarecendo a necessidade de proceder à medida cautelar de urgência, sob pena de comprometer a utilidade da própria solicitação de assistência jurídica.

Quando o Estado requerente solicita não só medida cautelar constritiva sobre bens e valores, mas também repatriação desses ativos identificados no exterior, os Estados requeridos, amparados nos tratados internacionais, costumam exigir também, como

4. A Rede 24/7 consiste em ferramenta de cooperação estabelecida e implementada pelo G-8 (grupo dos sete países mais industrializados e desenvolvidos economicamente, mais a Rússia), da qual o Brasil faz parte com mais de quarenta países, com especial utilidade na prestação de assistência em benefício de investigações que envolvam delitos cibernéticos ou colheita de provas eletrônicas. A Rede 24/7 é célere e as comunicações podem ser feitas diretamente por telefone ou mensagens eletrônicas, porém tem uso limitado à preservação de vestígios relativos a crimes praticados por meio do espaço cibernético, com a finalidade de evitar perda de informações, providência investigativa de extrema importância nesses tipos de crimes. Para obtenção propriamente dita das informações, em regra, ainda são necessários os procedimentos de cooperação jurídica internacional. No Brasil, essa rede é operacionalizada e representada pelo Departamento de Polícia Federal, e, como o próprio nome indica, encontra-se em condições de prestar atendimento ininterrupto às autoridades requerentes.

condição indispensável, cópia da decisão judicial que decretou o confisco dos ativos e uma *affidavit* (declaração) da autoridade requerente sobre a situação processual da ação penal, confirmando que houve trânsito em julgado e que a decisão é final, sem possibilidade de ser objeto de recursos processuais.

Longe de ser formalidade inútil, a necessidade do melhor detalhamento possível sobre a descrição de cada tipo de assistência solicitada visa a fazer que os pedidos de cooperação jurídica internacional tenham mais probabilidades de serem cumpridos no exterior, evitando que os Estados requeridos recusem atendimento às solicitações de auxílio jurídico sob o argumento de que se trata do que se denomina de *fishing expedition*, expressão utilizada internacionalmente no âmbito da cooperação jurídica para indicar que o pedido formulado foi genérico e não individualizou suficientemente o que se pretende obter no exterior.

Pode-se exemplificar esse tipo de ocorrência quando no pedido de auxílio jurídico o Estado requerente solicita bloqueio de todo e qualquer valor encontrado em nome da pessoa investigada, ou quando se requer quebra de sigilo bancário de todas as contas eventualmente encontradas em nome de determinada empresa, sem fornecer mais especificações sobre as diligências solicitadas. Os Estados não costumam enxergar com bons olhos essas solicitações elaboradas abertamente, caracterizando *fishing expedition*, pois, como o nome indica, pode haver entendimento de que o Estado requerente não envidou esforços suficientes para delimitar o conteúdo do pedido e está “jogando a rede” para ver o que consegue encontrar no exterior, além de transferir parcela da investigação criminal para o Estado requerido, pois é este que terá que se esforçar para encontrar bens ou valores.

Os exemplos mencionados – sobre os requisitos que devem ser esclarecidos no que tange à descrição da assistência solicitada, de acordo com a natureza de cada diligência possível de ser obtida no exterior – foram retratados de maneira geral, levando em conta a observação prática sobre como a maioria dos países se comporta quando recebe solicitações de auxílio jurídico internacional em matéria penal. Alguns países podem ser mais rigorosos em alguns tópicos e em outros não, e peculiaridades de determinados países não são objeto deste estudo, mas, caso a autoridade brasileira requerente necessite obter esclarecimentos sobre especificidades de determinados Estados estrangeiros com relação à cooperação jurídica internacional em matéria penal, tais informações também podem ser solicitadas ao DRCI.

Convém ainda que a autoridade requerente esclareça no pedido de cooperação um oitavo requisito material, qual seja, o “**objetivo da solicitação**”, de forma a esclarecer expressamente a finalidade almejada por meio da assistência, explicando relevância e utilidade da medida solicitada para o inquérito policial ou processo penal. Por exemplo, pode-se esclarecer ao Estado requerido que, no caso de pedido de citações e interrogatórios, o processo criminal instaurado no Brasil somente terá andamento após consumação da citação do réu, ato por meio do qual tomará conhecimento da acusação contra si formulada, e mediante interrogatório judicial do réu, em audiência a ser designada, quando poderá ele confessar ou negar os crimes que lhe são atribuídos.

Outro exemplo que pode ser citado é aquele referente aos pedidos que envolvam quebras de sigilo bancário, nos quais a autoridade requerente, em tese, pode elucidar ao Estado requerido que a obtenção de tal medida é fundamental para localização de recursos desviados para possibilitar a caracterização de sua origem criminoso e ainda verificar

o caminho do dinheiro, a ocorrência de outros beneficiários e a persistência do crime de lavagem de dinheiro.

Um nono tópico exigido nas solicitações de auxílio jurídico internacional refere-se ao que podemos denominar de “**procedimentos a serem observados**”, no qual a autoridade requerente deve expor observações específicas a serem solicitadas ao Estado requerido. Dentre as informações relevantes que podem ser inseridas nesse tópico do pedido de cooperação, podem-se citar alguns casos. Por exemplo, quando necessário, a autoridade requerente deve consignar a importância e a razão do sigilo na tramitação do pedido de cooperação, devendo o pedido ser cumprido sob sigilo no Estado requerido, sob pena de frustração da diligência solicitada – hipótese que ocorre especialmente em pedidos de quebra de sigilo telemático, busca e apreensão e medidas cautelares sobre ativos.

Outra situação usual aparece em pedidos de interrogatório de réus, nos quais a autoridade requerente brasileira pode mencionar a importância de que seja observado, pela autoridade que irá realizá-lo, o direito constitucional de permanecer em silêncio durante o interrogatório, reservado ao interrogado. Naqueles casos em que se faz necessária a localização de pessoa, a autoridade requerente brasileira pode consignar no pedido que, caso o alvo da diligência não seja encontrado no endereço indicado, a autoridade responsável pelo cumprimento da solicitação no Estado requerido realize pesquisas nas concessionárias de luz, água e telefone, cadastros municipais, listas telefônicas ou outros bancos de dados disponíveis no Estado requerido, a fim de tentar encontrá-lo também nesses endereços. Podem ser inseridas no pedido de cooperação jurídica internacional outras informações julgadas relevantes sobre o funcionamento do processo penal brasileiro quanto à obtenção e manuseio das informações ou documentos.

Nos tratados internacionais sobre assistência jurídica em matéria penal prevalece o princípio de que as regras processuais sobre produção da prova na cooperação jurídica internacional são aquelas previstas no ordenamento jurídico do Estado requerido. De modo geral, o Estado requerente não pode exigir que formalidade ou procedimento legal específico seja observado pelo Estado requerido. Caso a diligência no exterior seja cumprida de acordo com a lei do Estado estrangeiro, as provas produzidas e restituídas às autoridades requerentes brasileiras podem ser utilizadas validamente no inquérito policial ou no processo penal brasileiro, pois, sob o ponto de vista da cooperação jurídica internacional, houve observância nas normas competentes.

Exemplo característico dessa situação encontra-se nos casos em que juiz brasileiro solicita que réu seja citado no exterior. Como a lei processual brasileira exige inicialmente citação pessoal do réu, juízes brasileiros descrevem, em seus pedidos de cooperação jurídica internacional, a necessidade de que o réu seja citado pessoalmente no exterior. Entretanto, caso a lei processual no Estado requerido preveja que réu em ação penal pode ser citado por correspondência ou de outra forma prevista na lei local, as autoridades daquele país não estão obrigadas, via de regra, a movimentar a máquina estatal e providenciar que servidor público se dirija pessoalmente até o local onde se encontra o réu, a fim de citá-lo pessoalmente. Nesses casos, mesmo que o réu seja citado por correio e a comprovação dessa citação seja encaminhada ao Brasil, a autoridade requerente no Brasil, sob o ponto de vista da cooperação jurídica internacional, pode considerar que a citação foi validamente realizada.

Por fim, como décimo requisito material de pedido de cooperação jurídica internacional, podemos mencionar os “**anexos**” ao pedido, com menção a todos os documentos que instruem e sustentam a solicitação, tais como denúncia, queixa-crime, relatório de inquérito policial, laudos periciais, decisões judiciais, relação de quesitos a serem indagados em audiência etc. Toda documentação anexada também deve ser encaminhada em duas vias, sendo uma assinada em português e outra traduzida para idioma aceito pelo Estado requerido.

Este sucinto estudo foi elaborado com a finalidade de trazer informações de ordem prática – porém sem se afastar dos fundamentos legais e teóricos que regem o assunto – sobre como pedidos ativos de cooperação jurídica internacional em matéria penal devem ser elaborados pelas autoridades brasileiras.

Na Procuradoria-Geral da República, cumpre destacar a profícua atuação da Secretaria de Cooperação Jurídica Internacional (SCI/PGR), que vem cumprindo relevante papel de orientar e difundir conhecimento e experiência sobre o tema aos Procuradores da República que atuam em todo território brasileiro, otimizando a efetividade da cooperação e servindo de modelo para que outras instituições nacionais também se estruturam a fim de melhor enfrentar e combater a criminalidade organizada internacional.

Advocacia internacional do Estado e o Ministério Público: dez anos de parceria entre AGU e MPF

Boni de Moraes Soares*

Palavras-chave: Advocacia Internacional do Estado. Advocacia-Geral da União. Recuperação de ativos ilícitos. Direitos Humanos. Ministério Público Federal.

Uma mesa de audiência com um Advogado da União, de um lado, e um Procurador da República, do outro, é cena comum em nossa vida forense. As missões constitucionais de cada instituição impõem ao Ministério Público Federal (MPF) e à Advocacia-Geral da União (AGU) sentar-se em lados opostos em milhares de processos judiciais.

Situação menos comum, porém recorrente, é ver AGU e MPF do mesmo lado. Não falo dos casos em que os interesses defendidos por ambas as instituições são convergentes, mas de situações em que são simplesmente o mesmo. É o que surge quando certos atos de membros do Ministério Público Federal têm sua juridicidade questionada judicialmente. Nesses casos, como de resto ocorre com as demais estruturas do Ministério Público da União, os agentes do MPF contam com os Advogados dela, União, para defender em juízo a conduta administrativa ou finalística do *parquet* federal. É assim quando por mandado de segurança se questiona ato do MPF relacionado a um de seus concursos públicos ou quando, por ação ordinária, réu absolvido em processo penal busca indenização por danos supostamente causados pela atuação do Procurador da República condutor do caso.

Esse cenário menos comum é o que se percebe como regra na atuação da AGU ao promover a defesa judicial ou extrajudicial do Estado brasileiro no exterior.

Ao promover a defesa do Estado em controvérsias no exterior, os Advogados da União tornam-se Advogados da República. Como tal, são defensores de atos e interesses concretizados internamente não só por agentes da União, mas também dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios. Nisso se inclui a defesa dos interesses do Poder Executivo dos diversos entes federados, mas não só: Judiciários, Legislativos e Ministérios Públicos também compõem as posições que a AGU vocaliza em defesa do Brasil no exterior.

O aniversário de dez anos da Secretaria de Cooperação Internacional da Procuradoria-Geral da República é uma excelente oportunidade para celebrar também a bem-sucedida relação de parceria entre AGU e MPF para promoção da defesa do Brasil em controvérsias no exterior, assim como para refletir sobre quais podem ser os futuros passos dessa relação.

Defesa do Brasil em foros estrangeiros e o MPF

O início da década de 2000 marcou o surgimento de três órgãos públicos coirmãos, todos

* Advogado da União e atualmente diretor do Departamento Internacional da Procuradoria-Geral da União, órgão da Advocacia-Geral da União. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB).

voltados à condução jurídica de certos aspectos de contenciosos internacionais: o Departamento Internacional (DPI) da Advocacia-Geral da União, em 2003, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) do Ministério da Justiça, em 2004, e a Secretaria de Cooperação Internacional (SCI) do Ministério Público Federal, em 2005.

Não é por acaso que os três órgãos possuem praticamente a mesma idade. Os desafios que levaram à criação do DPI em 2003 são, ao menos em parte, os mesmos que levariam à criação das outras duas unidades pouco tempo depois. O próprio DPI foi criado para promover a defesa do Estado brasileiro também em casos que possuem o MPF como órgão que vocaliza os interesses da União-cliente. O caso Nicolau dos Santos Neto foi o primeiro deles.

Em 1992, no exercício da presidência do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, o então Juiz Nicolau dos Santos Neto conduziu processo de licitação para construção do novo fórum trabalhista de São Paulo. O ex-magistrado foi condenado pela justiça brasileira em procedimentos que concluíram ter havido desvio de R\$ 169 milhões dos cofres da União. Ainda no início das investigações constatou-se que parte desses recursos havia sido transferida para contas bancárias no exterior, especialmente na Suíça. Pedidos de cooperação jurídica internacional levaram a bloqueio de cerca de US\$ 4,7 milhões, mas a falta de trânsito em julgado das condenações criminais no Brasil, mesmo 20 anos após a ocorrência dos fatos, impedia até 2012 a recuperação dos ativos. Graças à decisão final da justiça suíça obtida em agosto daquele ano esse obstáculo foi superado.

Ao atuar como terceira parte no processo penal movido pelo Ministério Público da Suíça contra Nicolau dos Santos Neto e sua esposa, o Estado brasileiro pôde contribuir decisivamente para levar ao processo provas de que os recursos localizados em contas do Banco Santander em Genebra eram resultado do desvio de verbas públicas destinadas à construção do fórum.

A decisão de atuar diretamente perante a Justiça suíça foi uma das acertadas iniciativas da força-tarefa criada para responder aos desafios do caso. Em agosto de 2000, AGU, MPF, Ministério da Justiça e outras instituições públicas uniram forças para enfrentar juntos as dificuldades que os aspectos internacionais daquele esquema criminoso impunham. Diversos pedidos de cooperação jurídica internacional e o ajuizamento de ação nos Estados Unidos para obtenção do perdimento de imóvel pertencente ao ex-juiz foram outros de seus resultados.¹

Esse foi o primeiro caso em que o Brasil se fez representar diretamente em cortes estrangeiras para recuperar ativos ilícitos. A experiência provou-se exitosa a ponto de ser replicada em outros casos e se tornar parte da estratégia de atuação do Estado no combate ao crime organizado transnacional.

Dada a ausência, até o momento, de Advogados da União com capacidade postulatória em foro estrangeiro, a AGU conta para essa atuação com o auxílio de advogados habilitados no foro local.² Se bem compete à AGU definir e executar a estratégia jurídica de atuação do Brasil em cada processo, é fundamental que tal estratégia reflita os interesses do cliente, isto é, dos órgãos do Estado que desempenham funções relacionadas ao objeto de atuação.

1. Tivemos a oportunidade de apresentar análise mais completa do caso em: SOARES 2013, p. 305-316.

2. A contratação de advogados correspondentes da AGU no foro estrangeiro observa os termos do art. 4º da Lei nº 8.897/1994, c/c os princípios e regras gerais da Lei nº 8.666/1993.

Ao promover a defesa do Brasil perante juiz estrangeiro em casos de recuperação de ativos ilícitos, a AGU vocaliza os interesses das diversas instituições que atuam no sistema penal brasileiro, no que se inclui, naturalmente, o Ministério Público.

Mas não é só na recuperação internacional de ativos ilícitos que Advogados da União são também Advogados do Ministério Público. Em 2014, casos de extradição também inspiraram essa parceria.

Em dois pedidos de extradição, ambos dirigidos à Itália, o Brasil viu-se obrigado a enfrentar debates jurídicos peculiarmente complexos, notadamente relacionados à situação dos presídios no Brasil e à interpretação de dispositivo que resguarda extraditados do fundado temor de violação de seus direitos humanos ao voltar para cumprir a pena em nosso território.

Por solicitação do Ministério Público Federal e com concordância do Ministério da Justiça, a AGU adotou as medidas necessárias para promover a aparição do Brasil como terceira parte nos processos extradicionais e coordena a estratégia jurídica de defesa dos interesses do Estado. Em um deles, em desfavor de Henrique Pizzolato, o debate jurídico foi encerrado há pouco e de modo favorável ao Brasil.³

A experiência específica de intervenção no processo de extradição de Henrique Pizzolato mostrou-se importante também por outro motivo: a possibilidade de produzir posição autônoma à do Ministério Público italiano, detentor do direito de ação extradicional naquele país. Tal oportunidade foi exercida em duas circunstâncias. Na primeira instância, quando o MP italiano opinou pela necessidade de juntada do acórdão do STF na ação penal nº 470/MG integralmente traduzido para o italiano, e, na segunda instância, quando o Procurador-Geral da Itália opinou pela devolução do caso à corte *a quo* para reapreciação de provas sobre as prisões em que o extraditando poderia cumprir pena. Em ambas as situações, a Justiça italiana acolheu a divergência oferecida pelo Estado brasileiro e discordou da posição do MP italiano.

Defesa do Brasil no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o MPF

Não é só em tribunais de outros países que as iniciativas de advocacia internacional da AGU trazem o Ministério Público Federal como um de seus clientes. Ao promover a defesa do Estado em mecanismos internacionais de solução de controvérsias também é possível perceber que interesses do MPF precisam ser bem defendidos pela AGU no exterior. Isso ocorre no mecanismo em que o Brasil mais atua: o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

Composto pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), o SIDH permite que qualquer pessoa

3. Henrique Pizzolato foi condenado pelo Supremo Tribunal Federal a 12 anos e 7 meses de prisão pelos crimes de lavagem de dinheiro, corrupção passiva e peculato, na Ação Penal nº 470/MG. Em sentença cujo resultado foi publicado em 12 de fevereiro passado, a Corte de Cassação de Roma julgou subsistentes todos os requisitos para sua extradição, em reforma de sentença proferida pela Corte de Apelações de Bolonha, que havia decidido por desautorizar a extradição, sob o fundamento da existência de fundado temor de que o extraditando sofreria violação de seus direitos fundamentais ao cumprir pena em presídios brasileiros. A decisão da Corte de Cassação é definitiva. Com a autorização judicial, a decisão de extradição passa a ser do Ministro da Justiça italiano, que terá 45 dias para tomá-la após publicação dos fundamentos da decisão pela Corte.

apresente petições à CIDH a respeito de suposta violação de Direitos Humanos em um dos Estados Partes da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) ou dos demais tratados que formam o SIDH.

A instrução da petição na CIDH pode levá-la a decidir por sua admissibilidade formal e por sua procedência quanto ao mérito, caso em que a comissão pode levar o caso à Corte IDH, com vistas a julgamento do Estado e à eventual prolação de sentença que reconheça ter havido violação das normas de direitos humanos. A sentença condenatória da Corte IDH pode então ser objeto de procedimentos domésticos de execução de sentença contra o Estado (art. 68.2 da CADH).

A prática também demonstra que, ao assistir juridicamente o Estado em suas defesas e manifestações perante a CIDH e a Corte IDH, Advogados da União atuam também como advogados de toda a República. Todos os poderes constituídos de todos os entes federados da República podem e são acusados de violar direitos humanos em petições contra o Brasil no Sistema. Nisso se inclui, uma vez mais, o Ministério Público.

Tome-se como exemplo o Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil. Ao proferir sentença condenatória em 24 de novembro de 2010, a Corte IDH determinou:

O Estado deve conduzir eficazmente, perante a justiça ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 256 e 257 da presente Sentença.⁴

O compromisso do Estado brasileiro com o Sistema ensejou uma série de iniciativas públicas de cumprimento voluntário da sentença. Quanto àquele capítulo específico, a competência para presidir a investigação criminal no Brasil impunha ao Ministério Público a obrigação de adotar providências para o cumprimento, como adotou.

Com o apoio do Grupo de Trabalho Justiça de Transição, criado pelo MPF em 25 de novembro de 2011, Procuradores da República têm conduzido mais de 200 procedimentos investigatórios criminais e 11 ações penais sobre fatos supostamente ilícitos cometidos por agentes públicos durante o regime militar, duas das quais diretamente relacionadas a fatos relativos à Guerrilha do Araguaia.

Essa importante atuação do MPF tem sido defendida pelos Advogados da União como parte do cumprimento pelo Estado brasileiro daquele ponto da sentença condenatória da Corte, o que restou reconhecido positivamente pelo tribunal em sua última manifestação de análise do cumprimento da sentença.⁵

Gomes Lund é apenas mais um caso em que a AGU tem a responsabilidade de defender atos de membros do Ministério Público perante o SIDH. Cresce consideravelmente o número de casos em que o Estado é acusado de falhar em sua missão de promover adequadamente a investigação criminal, o que constituiria violação ao direito à proteção judicial (art. 25.1

4. CORTE, 2010, p. 114.

5. CORTE, 2014, p. 12.

da CADH). Casos em que se determina arquivamento de investigações e processos penais por falta de provas, especificamente, têm sido muito questionados perante a CIDH, como postura que impede a persecução penal e a consequente punição de criminosos. Polícia judiciária e Ministério Público são instituições fundamentais para, em cada um daqueles casos, permitir que a AGU promova adequadamente a defesa jurídica do Estado brasileiro.

O que virá nos próximos dez anos?

Embora seja impossível antever o que um ensaio como esse poderá conter daqui a dez anos, apostaria que a relação de parceria entre AGU e MPF quanto a controvérsias de interesse do Brasil no exterior se intensificará consideravelmente.

Essa aposta vale para as controvérsias em foros estrangeiros, especialmente para recuperação de ativos ilícitos.

Embora a recuperação de ativos ilícitos seja usualmente buscada por meio de pedidos de auxílio jurídico ou cooperação internacional, iniciativas que dispensam, em tese, a aparição do Estado vítima como parte processual nos procedimentos em curso no Estado recipiente, cada vez mais se percebe a importância dessa aparição em casos mais complexos, sem prejuízo da boa condução daqueles pedidos. É o que chamamos de “estratégia de mão dupla” (“*double way strategy*”), ou seja, combinação de pedidos de cooperação internacional com medidas de recuperação direta dos ativos no exterior.⁶

Referida estratégia foi usada pelo Brasil em outros casos de sucesso, como aqueles que levaram à recuperação de ativos em desfavor de Jorgina de Freitas (US\$ 15 milhões, em 2003) e de réus no caso “Banestado” (US\$ 1,3 milhão, em 2012), assim como nos procedimentos que devem permitir a recuperação de um total de US\$ 28 milhões desviados por Paulo Maluf e seu filho e de outros US\$ 6 milhões também relativos ao caso Banestado. Outros países também têm se valido da atuação direta em foro estrangeiro para recuperar ativos ilícitos, tais como Nigéria (US\$ 1,2 bilhão, em desfavor do ex-General Sani Abacha e seus aliados), Filipinas (US\$ 681 milhões, em desfavor do ex-Presidente Ferdinand Marcos e familiares) e Peru (US\$ 93 milhões, em desfavor de Vladimiro Montesinos, então assessor do ex-Presidente Alberto Fujimori).

Não por acaso, a Convenção da ONU contra a Corrupção (UNCAC) traz dispositivo específico para tratar das medidas de recuperação direta de ativos (art. 53).⁷ O Grupo de

6. SOARES, op. cit., p. 309.

7. BRASIL, 2006. Medidas para a recuperação direta de bens: “Artigo 53 – Cada Estado Parte, em conformidade com sua legislação interna:

a) Adotará as medidas que sejam necessárias a fim de facultar a outros Estados Partes para entabular ante seus tribunais uma ação civil com o objetivo de determinar a titularidade ou propriedade de bens adquiridos mediante a prática de um delito qualificado de acordo com a presente Convenção;

b) Adotará as medidas que sejam necessárias a fim de facultar a seus tribunais para ordenar àqueles que tenham praticado delitos qualificados de acordo com a presente Convenção que indenizem ou ressarcam por danos e prejuízos a outro Estado Parte que tenha sido prejudicado por esses delitos; e

c) Adotará as medidas que sejam necessárias a fim de permitir a seus tribunais ou suas autoridades competentes, quando devam adotar decisões no que diz respeito ao confisco, que reconheça o legítimo direito de propriedade de outro Estado Parte sobre os bens adquiridos mediante a prática de um dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.”

Trabalho de Recuperação de Ativos da UNCAC (ARWG) realizou recentemente importante debate sobre o tema.⁸ A “*Stolen Assets Recovery Initiative*” (StAR), iniciativa coordenada pelo Banco Mundial e pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC), publicou, há pouco, interessante trabalho em que analisa como ações judiciais cíveis manejadas no exterior por Estados vítimas podem ser combinadas com procedimentos criminais para recuperação de ativos ilícitos.⁹

Tudo isso aponta para futuro de maior reflexão sobre os benefícios da atuação direta do Brasil em Cortes estrangeiras para recuperação de ativos ilícitos, e o Ministério Público, instituição diretamente interessada no tema, tem papel fundamental a desempenhar nessa seara.

Também quanto às controvérsias no Sistema Interamericano de Direitos Humanos é desejável maior coordenação entre AGU e MPF no futuro. Se é considerável o crescimento de demandas contra o Estado brasileiro por supostas violações de direitos humanos relacionadas a atividades de agentes do Ministério Público, é fundamental que a AGU se aproxime cada vez mais do MPF como instituição colaboradora na defesa do Estado em cada um daqueles casos.

Maior interação entre AGU e MPF em casos levados ao SIDH deve permitir não somente melhor defesa jurídica do Estado brasileiro, mas sobretudo adoção de medidas que previnam violações de direitos humanos e a conseqüente chegada de petições contra o Brasil na Comissão. Institutos como o Incidente de Deslocamento de Competência (IDC), por exemplo, de titularidade do Procurador-Geral da República, podem ser importantes ferramentas para impedir a falta de persecução penal por graves violações de direitos humanos e a conseqüente responsabilização internacional do Estado.

Esses são apenas exemplos de oportunidades que AGU e MPF encontram para aproximarem-se cada vez mais em temas relacionados à defesa dos interesses do Brasil no exterior. Oxalá nos próximos dez anos essas e outras oportunidades sejam efetivamente aproveitadas.

8. UNODC, 2014, p. 10-12.

9. BRUN et al., 2015.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006*. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. Acesso em: 18 fev. 2015.

BRUN, Jean-Pierre et al. *Public wrongs, private actions: civil lawsuits to recover stolen assets*. Washington: World Bank, 2015.

CORTE Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Gomes Lund e Outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2015.

_____. *Resolução de 17 de outubro de 2014. Caso Gomes Lund e Outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Supervisão de cumprimento de sentença. p. 12. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gomes_17_10_14_por.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2015.

SOARES, Boni de Moraes. Early restitution of assets: The Nicolau dos Santos case. In: ZINKERNAGEL, Greta F; MONTEITH, Charles; PEREIRA, Pedro G. *Emerging trends in assets recovery*. Bern: Basel Institute on Governance, 2013.

UNITED Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). *Report of the 8th Meeting of the Open-ended Intergovernmental Working Group on Asset Recovery* (Vienna, 11-12 September 2014). p. 10-12. Disponível em: <<http://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/WorkingGroups/workinggroup2/2014-September-11-12/V1406511e.pdf>>. Acesso em : 18 fev. 2015.

Assistência jurídica internacional e a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão

Ela Wiecko V. de Castilho*

Palavras-chave: Assistência jurídica internacional. Cooperação jurídica internacional. Acesso à justiça. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão.

INTRODUÇÃO

Este artigo busca estimular a reflexão acerca do papel que o Ministério Público Federal, por meio da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC), vem desempenhando, desde 2004, no âmbito da cooperação internacional, para garantir assistência jurídica gratuita a cidadãos(as) brasileiros(as) no exterior e a residentes estrangeiros(as) no Brasil. É um campo de atuação novo ainda carente de delimitação e de procedimentos, que tem sido estimulado pela PFDC, contando com parcerias diversas, em especial do Ministério das Relações Exteriores. Observa Antenor Madruga que “a relação com a assistência jurídica internacional gratuita é dos temas menos compreendidos e mais confundidos no estudo da cooperação jurídica internacional”, e, “apesar da semelhança de nomes, esses institutos ou mecanismos parecem ser diferentes e inconfundíveis”¹.

Cooperação jurídica internacional e assistência jurídica internacional

Importa, pois, ainda que sinteticamente, conceituar a cooperação jurídica internacional. Trata-se da ajuda recíproca entre Estados soberanos com o objetivo de propiciar solução de conflitos entre particulares e entre estes e o Estado, sempre que o início, desenvolvimento, conclusão e eficácia do processo dependam de providências fora do território nacional. Cada Estado possui órgão responsável pela eficiente condução da cooperação jurídica com os demais Estados, que é conhecido pelo nome genérico de autoridade central.

No Brasil, o Ministério da Justiça é a autoridade central para a maioria dos acordos internacionais em vigor, por meio do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), da Secretaria Nacional de Justiça (SNJ).

Por sua vez, assistência jurídica internacional é a cooperação voltada ao particular que não tenha recursos para contratar advogado ou que enfrente variadas dificuldades para acesso ao Judiciário em país estrangeiro. Consoante o art. 5º, LXXIV, da Constituição da República, “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. A fórmula não limita o dever de prestar assistência ao âmbito interno. Portanto, há que se pensar, no âmbito internacional, como o Estado deve prestar essa assistência a brasileiros perante jurisdições estrangeiras, em conflitos com particulares ou com o Estado.

* Subprocuradora-Geral da República, atualmente Vice-Procuradora-Geral da República. Foi Procuradora Federal dos Direitos do Cidadão (2004-2008) e integrou a Subcomissão de Estudos do Ministério Público Federal sobre Cooperação Jurídica Internacional, na Escola Superior do Ministério Público da União (2002-2003).

1. MADRUGA, 2011.

O problema não é incomum. Como se verá adiante, os consulados brasileiros contratam serviços jurídicos locais, que nem sempre exaurem os recursos processuais, devido à insuficiência ou inexistência de verbas orçamentárias. Solução alternativa pode ser o acesso aos serviços públicos estrangeiros de assistência jurídica gratuita, seja por força de tratado, promessa de reciprocidade ou pela existência de atendimento universal, independentemente da nacionalidade, como acontece aos estrangeiros no Brasil. No entanto, as duas soluções são pouco acessíveis a todas as pessoas necessitadas e sua efetivação depende muito da mobilização que o caso em concreto consiga engendrar.

Ademais, como observa Antenor Madrugá:

[...] o problema da assistência jurídica gratuita não se limita à comunidade de brasileiros no exterior. Muitas vezes, o desenvolvimento, conclusão e eficácia dos processos de interesse dos usuários dos serviços de Defensoria Pública no Brasil também dependem de providências fora do território nacional, ou seja, também dependem de cooperação jurídica internacional. Apesar de a cooperação jurídica internacional não precisar, na maior parte das vezes, do concurso de advogados privados estrangeiros, alguns países limitam a ajuda recíproca, nesta área específica, aos pedidos em que a Justiça pública é interessada.

Veja-se o exemplo da cooperação jurídica em matéria penal entre os Estados Unidos da América e o Brasil. De acordo com a interpretação que os Estados Unidos atualmente dão ao tratado que disciplina essa cooperação, a produção de provas no processo penal, quando de interesse da defesa, não pode ser pedida por essa via de cooperação, apenas os pedidos de interesse do Ministério Público ou juiz, desde que não provocados pela defesa.

A interpretação é que esse seria um tratado de cooperação para as funções investigatória e persecutória do Estado. Para a defesa, restaria contratar advogados locais para produzir a própria prova. E se o réu ou investigado não tem recursos, esse seria um problema de assistência jurídica gratuita e não de cooperação jurídica internacional.²

A análise da atuação do DRCI mostra que a necessidade de cooperação para fins de extradição e de obtenção de provas para investigação em temas de crimes econômicos intensificou-se grandemente nas duas últimas décadas, com a globalização econômica e financeira; igualmente, em questões de direito civil, comercial e trabalhista. Seja na perspectiva criminal ou civil em sentido amplo, um tema foi recentemente colocado em foco. Trata-se do “acesso internacional à justiça”, cujo conteúdo se aproxima daquele da “assistência jurídica internacional”. Conforme consta do site do Ministério da Justiça, o acesso internacional à justiça é trabalhado na perspectiva de que “os sistemas jurídicos devem ser acessíveis a todos, inclusive aos estrangeiros e aos não residentes em determinado Estado nacional”.³

O DRCI ressalta a crescente demanda por acessibilidade ao judiciário estrangeiro, em razão do aumento da mobilidade humana entre os países, e enumera alguns dos principais obstáculos que surgem no contexto internacional:

2. Idem.

3. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, [S.d.].

- *exigência* por parte de alguns judiciários estrangeiros *de pagamento de caução, depósito ou qualquer outro tipo de garantia perante a justiça*, por ser estrangeiro ou por não ser residente ou domiciliado no território do outro Estado;
- *custas judiciais elevadas*, que podem se tornar impeditivas conforme a taxa de câmbio entre as moedas do Estado de residência do interessado e do Estado onde pretende litigar;
- *dificuldade de acesso a um advogado no estrangeiro*, seja por desconhecimento de como obter referências seja pelo preço cobrado pelos honorários;
- *dificuldade de obtenção do benefício da justiça gratuita* (envolvendo tanto a isenção de custas como o auxílio de um advogado), por desconhecimento do sistema estrangeiro ou pela diferença das regras adotadas para sua concessão entre os países;
- *custos complementares* gerados pelo fato de o litígio ser em outro país, como despesas com tradução e interpretação, deslocamento etc.;
- dificuldades adicionais considerando a *diferença de idiomas* entre os Estados, o que demanda não apenas custos extras, como também necessidades específicas, como ter acesso a advogado que compreenda e fale o idioma do interessado;
- grande *desconhecimento sobre os sistemas jurídicos estrangeiros*: se para o leigo o sistema nacional se apresenta como complexo, compreender as diferenças entre sistemas jurídicos distintos demanda enorme, e por vezes infrutífero, esforço.⁴

Já existem acordos internacionais em vigor, em que os países signatários procuraram trazer dispositivos que permitem:

- I. solicitação de assistência jurídica gratuita para atuar perante o judiciário estrangeiro;
- II. desobrigação, para iniciar ação perante o Judiciário estrangeiro, de pagar caução, depósito ou qualquer outro tipo de garantia por ser estrangeiro ou por não ser residente ou domiciliado no território do outro Estado; e
- III. isenção de custas no cumprimento de pedidos de cooperação jurídica internacional para realização de diligências no exterior, necessárias no decorrer de ação judicial no Brasil.

Assistência jurídica internacional e a Procuradoria-Geral da República

Exemplo antigo e consolidado de assistência jurídica internacional gratuita é o previsto na Convenção de Nova York sobre a Prestação de Alimentos no Estrangeiro (Decreto nº 56.826, de 2 de setembro de 1965). No Brasil, a autoridade central para essa convenção é a Procuradoria-Geral da República (PGR).

Mais recentemente, podemos identificar a atuação da PGR para assegurar assistência jurídica, especialmente em favor de brasileiros(as) no exterior, por meio da PFDC. Não é

4. Idem.

atuação sistematizada, com rotinas predeterminadas, nem há diálogo direto com órgãos administrativos ou jurisdicionais de outros países. Em pesquisa no Sistema Único (sistema informatizado do Ministério Público Federal) com os verbetes “acesso à justiça/comunidade brasileira no exterior” e “Convenção da Haia” foram identificados dez casos em que a PFDC foi acionada para garantir acesso à justiça em outro país, no período de 2004 a 2014.

A seguir, será feita sintética descrição do andamento de dois desses casos, um de natureza civil e outro de natureza penal, que retratam situações de ocorrência comum. Com isso, pretende-se tornar mais compreensível o conteúdo das demandas, extrair conclusões provisórias e incentivar a participação da PFDC nesse campo da cooperação internacional, mormente após sua admissão na Federação Interamericana de Ombudsman (FIO).⁵

Caso IMC⁶

Em fevereiro de 2004, uma unidade do MPF (a Procuradoria da República no Maranhão) noticiou à PFDC que fora aberto procedimento de adoção na Itália, de IMC, brasileiro, nascido em 1994, residente naquele país desde 1998, primeiro com a mãe e depois na companhia da tia paterna, em favor de família italiana. A audiência inicial fora designada, sendo necessário presença de pais ou parentes e eventual ausência deveria ser cabalmente justificada. Em 12 de março, a PR/MA encaminhou decisão judicial brasileira que julgara procedente pedido de guarda, busca e apreensão da criança.

A PFDC solicitou providências do Ministério das Relações Exteriores (MRE), que direcionou a solicitação a seu então Departamento de Assistência no Exterior.

O Consulado-Geral do Brasil em Milão obteve informações das autoridades italianas de que IMC se encontrava, desde 2003, em uma comunidade religiosa, devido “à inidoneidade das condições de moradia e às precárias condições mentais” da tia paterna.

A PFDC forneceu documentos do processo no Brasil ao MRE.

O MRE prestou informações, em 2 de abril, sobre audiência realizada na Itália, em que os juízes expressaram dúvidas sobre a idoneidade das condições materiais e psicológicas do ambiente familiar no Brasil. Houve participação na audiência de representante do Consulado-Geral.

Em 9 de junho, a Promotora de Justiça da comarca de residência da família brasileira externou preocupação com o andamento do processo na Itália, imediatamente repassada pela PFDC ao MRE.

Na mesma época, o DRCI informou a distribuição de uma carta rogatória da Itália, para oitiva dos pais de IMC, com base na Convenção Itália-Brasil para assistência judiciária. Nela constavam relatórios psicológico de IMC e clínico da tia. A carta rogatória ensejou atuação da então Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH), do DRCI, do STF e da PGR.

5. Veja-se, nesse sentido, o termo de cooperação técnica assinado pela PFDC, em 13 de fevereiro de 2015, com o *Defensor del Pueblo* da Colômbia, na parte em que inclui orientações aos cidadãos brasileiros e colombiano em um ou outro país. Disponível em: <www.noticias.pgr.mpf.mp.br>. Acesso em: 23 fev. 2015.

6. Procedimento administrativo MPF/PGR 1.00.000.000784/2004-52.

Em 3 de agosto, o MRE retransmitiu relato do Consulado-Geral sobre entrevista feita com IMC, o qual disse estar feliz na comunidade religiosa e que se sentiria mais seguro se fosse adotado por uma família italiana.

Em seguida, a Promotora de Justiça enviou à PFDC relatório de observação psicológica da família brasileira, repassado ao MRE com vistas a subsidiar audiência no dia 17 de setembro, na Itália. Entretanto, nessa oportunidade não foi proferida decisão, porque a carta rogatória ainda não fora devolvida.

Em 6 de novembro, soube-se que a Justiça italiana desconsiderou a decisão brasileira de guarda, busca e apreensão, pois seria “contra a ordem pública italiana subtrair ao juízo da autoridade judicial de menores italiana a verificação do estado de abandono de um menor”.

Em 17 de dezembro, a PFDC observou ao MRE que o Tratado de Cooperação Judiciária Brasil-Itália estava sendo violado e que a assistência consular era insuficiente para garantir aos pais biológicos o direito de exercer o poder familiar e estabelecer contraditório capaz de apresentar todo o conjunto de informações necessárias à avaliação, pelo juízo, do que seria melhor aos interesses da criança. Solicitou a contratação de advogado na Itália.

Em 20 de abril de 2005, diante da falta de resposta, em contato telefônico, a PFDC obteve informação de que, em 23 de dezembro, IMC fora colocado provisoriamente em um núcleo familiar e que a contratação de advogado ainda dependia de autorização especial.

Em 24 de junho, o Procurador-Geral de Justiça do Maranhão encaminhou cópia de procedimento no qual constavam providências adotadas perante os presidentes da Comissão de Defesa dos Direitos Humanos da Assembleia Legislativa, da Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados, do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH), do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente e do Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente do Maranhão, visando à contratação de advogado na Itália.

Em 12 de julho, o MRE informou ter obtido autorização para contratar escritório de advocacia na Itália para defender os interesses da família brasileira.

Em 16 de setembro, a PFDC solicitou ao Coordenador de Cooperação Jurídica Internacional da PGR análise sobre possível ajuizamento de reclamação no Superior Tribunal de Justiça.

Em 16 de novembro, o MRE (Divisão de Assistência Consular) encaminhou decreto da Justiça italiana decidindo a colocação de IMC em família provisória e autorizando visita mensal da tia paterna.

No ano seguinte, em setembro, a família brasileira foi informada de que se realizaria audiência em 20 de outubro. Houve contatos intensos entre PFDC, Ministério Público estadual, MRE, Secretaria de Políticas para as Mulheres, DRCI e organizações não governamentais para viabilizar o comparecimento da mãe biológica à audiência.

Infelizmente, ao fazer a conexão em Paris, a mãe foi deportada pelas autoridades francesas. A PFDC solicitou ao MRE que expedisse nota verbal à Embaixada da França

reclamando da humilhação imposta à cidadã brasileira pelo serviço de imigração francesa. Após ter sido refutada a afirmação de que não havia sido informada data, itinerário e número do voo, relativos à viagem, o MRE expediu a nota verbal.

Em 25 de outubro de 2006, a Justiça italiana decidiu pela colocação de IMC em família que preenchesse os requisitos para adotá-lo, “com o impedimento de manter relações com os genitores e parentes”.

Em 31 de outubro, a PFDC comunicou ao MRE a manifestação de vontade dos pais biológicos em recorrer da sentença.

Em 28 de novembro, o MRE transmitiu solicitação feita pelo escritório de advocacia italiano para que os genitores comparecessem à audiência do julgamento do recurso, a realizar-se em 3 de abril de 2007.

Repetiram-se as gestões para a nova viagem, cujo custo foi pago pelo governo maranhense. Dessa vez, a mãe biológica chegou ao destino e participou da audiência, que, entretanto, foi suspensa em face da ausência justificada de um dos juízes e remarcada para 19 de abril. Teve negado o pedido de visitar o filho nesse interregno.

O tribunal decidiu realizar várias diligências, o que foi considerado pelo advogado reabertura do caso sob novos parâmetros. Seguiram-se contatos entre MRE, PFDC e Promotor de Justiça sobre o andamento e conteúdo das perícias produzidas na Itália, desfavoráveis à mãe biológica.

Em julho foi apresentado à PFDC abaixo-assinado de familiares, conhecidos e amigos da família biológica, retransmitido ao MRE.

Em 11 de outubro, o tribunal negou provimento ao recurso da mãe. Ademais, negou-lhe o direito de visita e de manter comunicação com o filho.

A mãe manifestou ao Promotor de Justiça desejo de recorrer, mas o MRE informou não ser possível a contratação de advogado para recurso à Corte de Cassação, por falta de verba, nem conseguir advogado dativo na Itália, por ser a recorrente domiciliada no Brasil. Todavia, acabou arcando com os custos.

Em 18 de dezembro de 2008, a SEDH, como autoridade central Administrativa Federal, embora não acompanhasse o caso diretamente, comunicou à PFDC que recebera informe do MRE de que o recurso fora improvido e que o Consulado não fora autorizado até então visitar ou receber informações sobre a situação pessoal ou paradeiro de IMC. Na avaliação do MRE, em razão da dificuldade em compreender as características socioculturais e econômicas brasileiras, os juízes italianos entenderam que os pais biológicos não tinham condições de proporcionar a IMC bem-estar material e psicológico. A decisão só poderia ser eventualmente revertida pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

A PFDC, em 4 de março de 2009, repassou a informação ao Promotor de Justiça, o qual insistiu na continuidade do serviço advocatício. Mas, em 5 de outubro, o MRE respondeu que não poderia arcar com custo de ajuizamento perante aquela Corte.

Em 5 de abril de 2010, foram encerradas as gestões da PFDC, que se prolongaram durante dez anos. Em 5 de agosto de 2012, IMC completou 18 anos.

Caso AW⁷

Em 3 de fevereiro de 2006, o casal W compareceu a uma unidade do MPF (a Procuradoria da República no Município de Joinville), relatando que, segundo informações da Polícia Federal, sua filha AW, com 22 anos de idade, fora detida, em 18 de dezembro de 2005, no aeroporto de Istambul, Turquia, por transportar 16 quilogramas de cocaína. Pediam auxílio para obter maiores informações sobre a situação da filha e demonstraram preocupação com sua saúde, pois fora submetida a cirurgia cardíaca para troca da valva mitral por prótese metálica havia pouco tempo e necessitava de acompanhamento médico periódico. O Procurador da República requisitou informações à Polícia Federal e ao MRE e encaminhou cópia do procedimento instaurado à PFDC, solicitando apoio.

Em 10 de fevereiro, a PFDC contactou o MRE (Divisão de Assistência Consular) e foi informada de que AW já recebia assistência médica e jurídica e que os pais não haviam sido informados a pedido da própria AW. Em seguida, transmitiu a notícia ao Procurador em Joinville. Em 6 de março, a PFDC informou que, durante visita do Cônsul Honorário em Istambul à prisão, AW declarou desejar conversar com sua família.

Em 10 de abril, o MRE informou à PFDC que AW apresentava problemas cardíacos e que era necessária a remessa de recursos para aquisição de medicamentos. Informou ainda que AW tentara infrutiferamente contatar a família por telefone e que a primeira audiência do processo ocorreria em 19 de abril. Houve contato em 13 de abril, ocasião em que AW avisou não possuir advogado para a audiência. Diante disso, a PFDC oficiou ao MRE, em 18 de abril.

Em 20 de abril, o MRE noticiou à PFDC que fora contratado advogado, que AW estava recebendo tratamento médico, que os recursos financeiros dela para compra de medicamentos estavam findando, que estava sendo organizada ajuda humanitária, que ela podia utilizar telefone público em horários determinados e que o processo podia ser demorado.

Em 17 de maio, o MRE noticiou nova visita feita pelo Cônsul Honorário e a entrega de ajuda humanitária para compra de medicamentos. Este a encontrou bem de saúde, apresentando apenas tosse noturna. O ofício foi imediatamente retransmitido ao Procurador da República em Joinville.

Em 18 de maio, a PFDC reiterou a adoção de providências, em especial no tocante à saúde de AW, e alguns dias após encaminhou declaração do médico cirurgião esclarecendo os riscos de suspensão inadequada do medicamento anticoagulante.

Em 29 de maio, a PFDC comunicou ao Procurador a notícia recebida do MRE de que AW fora levada a hospital especializado para controle da dosagem da medicação e realização de exame. Isso ocorreu por empenho do Cônsul Honorário, ao saber que AW tinha sangramentos noturnos pelo nariz.

7. Procedimentos administrativos MPF/PGR 1.00.000,012618/2006-61 e MPF/PRM/JLLE 1.33.005.000177/2006-63.

Em 12 de junho, o Procurador solicitou à PFDC que verificasse a possibilidade de designação de defensor público para prestar, em Brasília e em Joinville, orientação a AW e sua família, inclusive em contato direto com os defensores na Turquia. Relatou as dificuldades de AW em arcar com os custos dos remédios, cartão telefônico e material de higiene.

Em 23 de junho, o MRE esclareceu o procedimento para transferência de dinheiro para as detentas da prisão Pasakapisi e indagou se houvera envio anterior não recebido por AW. A correspondência foi retransmitida ao Procurador.

Em 5 de julho, a PFDC contactou uma organização não governamental brasileira, que acompanhava o caso, para obter informações sobre eventual apoio de uma advogada turca.

Em 10 de outubro, o MRE comunicou autorização dada pelo Ministério Público da Turquia para que o Cônsul Honorário visitasse AW. Em 23 de outubro, foi enviado o relato da visita. AW encontrava-se carente de recursos para compra de artigos básicos de higiene pessoal e para cartão telefônico; ia regularmente ao hospital para controle de dosagem do medicamento; devia evitar comida com verduras, o que não era possível na prisão.

Em 13 de novembro, a PFDC, a pedido do Procurador, consultou o MRE sobre a situação do processo e a necessidade de documentos. Em 17 de novembro, comunicou ao Procurador o bom prognóstico feito pelo MRE para julgamento de AW, pois, na audiência de 6 de novembro, as autoridades policiais se contradisseram ao buscar desconstruir a alegação da defesa de que AW voluntariamente se dirigira à polícia para revelar o transporte da droga. Foram solicitadas ao Procurador informações sobre a investigação da quadrilha no Brasil, para subsidiar o julgamento final, previsto para 17 de janeiro de 2007.

Em 29 de novembro, o Procurador apresentou documentos relativos à investigação do tráfico internacional de drogas de que AW participara. Em 7 de dezembro, a PFDC solicitou ao MRE tradução juramentada de documentos e notícias acerca da saúde de AW, pois a família relatara necessidade de cirurgia cardíaca.

A tradução foi providenciada. Quanto ao estado de saúde de AW, o MRE informou ser estável, mas noticiou que, por falta de transporte da prisão para o hospital, houve desequilíbrio no controle da dosagem do medicamento.

Em 31 de janeiro de 2007, o MRE trouxe ao conhecimento da PFDC a possibilidade de vir a ser necessária cirurgia para substituição da válvula coronária e futura obtenção de indulto ou de expulsão. Em 9 de fevereiro, complementou que, segundo a chancelaria turca, seria possível a extradição por motivo médico, uma vez transitada em julgado a sentença. Em 13 de fevereiro, anunciou a realização de exame de ressonância magnética com vistas a determinar a necessidade da cirurgia.

Essas informações preocuparam a família e a própria AW, que alegou sentir muita dor no peito e dormência no braço. Disso foi cientificado o MRE, em 6 de março.

Em 8 de março, a PFDC recebeu ofício de um Deputado Federal de Santa Catarina, apresentando relatório de advogado brasileiro que estivera na Turquia em julho de 2006 e solicitando apoio para intensificar negociação diplomática e jurídica para permitir o retorno

antecipado de AW, em virtude de iminente risco de morte. Na mesma data, o MRE relatou ter obtido da direção da prisão que fosse AW liberada da realização de qualquer trabalho manual, bem como de ter instruído o advogado a solicitar transferência de AW ao Brasil. Posteriormente, informou ser possível iniciar os procedimentos de transferência com base no princípio internacional de reciprocidade, após a decisão final do processo. Tudo foi comunicado ao Procurador, que fez várias solicitações à PFDC para melhor orientar a família de AW.

Em abril foi proferida sentença condenatória, da qual foi interposto recurso. Em 15 de maio, o MRE informou não ser possível a transferência de presos entre Brasil e Turquia com base na promessa de reciprocidade, mas a expulsão, se constatada doença grave. Em 5 de junho, reiterou a informação e solicitou que fosse contatada a família para desistir do recurso da sentença condenatória. Antes da resposta, transmitiu a opinião do advogado de que não conviria desistir do recurso, uma vez que a espera poderia ser proveitosa e que eventual processo de extradição exigiria trâmite burocrático considerável.

A PFDC pediu esclarecimentos ao MRE sobre o instituto jurídico aplicável, recebendo resposta em 21 de junho de que não era possível antecipar o instituto jurídico ou as condições para a saída de AW. Em 16 de julho, recebeu a notícia de que estava próxima a decisão da Corte de Apelações. De tudo foi cientificado o Procurador da República.

Em 31 de julho, o MRE informou que o julgamento fora desfavorável, mas que o advogado não recebera ainda a notificação. Em 9 de outubro, comunicou que fora solicitada expulsão de AW à chancelaria turca, por motivação humanitária.

Em 7 de novembro, o Procurador da República solicitou à PFDC notícias sobre a expulsão, pois a família reportara que AW sofria de anemia e dor no estômago, além dos problemas cardíacos anteriores. Os fatos foram confirmados em correspondência do MRE de 3 de dezembro. Dez dias mais tarde, o MRE reportou à PFDC informe da chancelaria turca de que AW não corria risco de morte e que ainda existia possibilidade de transferência para o Brasil. Em 20 de fevereiro de 2008, reiterou essas informações e esclareceu que AW não devia temer ser transferida de prisão.

Em 29 de fevereiro, a PFDC solicitou informações ao MRE sobre a necessidade de pagamento de multa para dar andamento à expulsão, noticiada à família por um Promotor de Justiça. Foi averiguado pela Embaixada do Brasil que efetivamente era imprescindível o pagamento de multa penal e de custas processuais, no montante de US\$ 1.400,00, e foi explicado como deveria ser feita a remessa do numerário. As informações foram retransmitidas ao Procurador da República em meados de março.

Em 8 de abril, a mãe de AW telefonou para a PFDC relatando que a filha estava com hemorragia havia 15 dias e sem atendimento médico; que o dinheiro já fora recebido pelas autoridades e que estava pendente o fornecimento de passagem.

Contatado, o MRE respondeu nos dias seguintes dando conta de que AW havia sido levada ao hospital, em 27 de março e em 1º de abril, para controle de sangue e prescrição de medicamento. Também confirmou o pagamento da multa, mas não a previsão da data da expulsão. Como usual, o Procurador da República foi cientificado das mensagens.

Em 6 de maio, o Ministério da Justiça da Turquia já recebera o pedido de expulsão por motivo humanitário (estado de saúde altamente comprometido), com o assentimento formal de AW, tendo sido oferecida pelo Brasil a possibilidade de reciprocidade futura. Em julho, o pedido foi rejeitado, porque os exames médicos indicaram que AW ostentava condições de completar o cumprimento de sua pena. Foram interpostos sucessivamente dois recursos, os quais foram rejeitados. Na avaliação do MRE, a solução na área política-diplomática foi suplantada pela solução técnico-jurídica, seguindo as leis e as tradições da Turquia de punir severamente o tráfico de drogas. Ressaltou que a pena inicial de 16 anos de prisão acabou sendo reduzida para 6 anos, 10 meses e 15 dias, devendo o final de cumprimento ocorrer em julho de 2010.

Em 21 de agosto, em longa mensagem, o MRE relatou as condições de vida de AW na prisão, explicou as condições para sua transferência ao Brasil a fim de terminar sua pena, o trâmite demorado para assinatura de acordo bilateral Brasil-Turquia e as possibilidades mínimas de obter indulto, anistia ou expulsão.

A PFDC insistiu nas tratativas para expulsão, tendo recebido do MRE, em 30 de maio de 2009, a notícia de que a situação legal de AW permanecia inalterada.

Em 12 de julho de 2010, adveio notícia de que a libertação, em virtude do término de cumprimento de pena, ocorreria em dois dias, devendo AW deixar a Turquia em voo direto Istambul-São Paulo, com recursos do MRE. O Procurador da República foi devidamente cientificado, para contatar os familiares.

CONCLUSÃO

Os casos historiados mostram que a PFDC funcionou como órgão de intermediação eficiente entre os(as) demandantes de assistência jurídica internacional, o Ministério das Relações Exteriores, outros órgãos do Ministério Público Federal e Estadual, organizações da sociedade civil, órgãos do Executivo e do Legislativo. Na época dos casos, a Defensoria Pública da União ainda não apresentava estrutura adequada para essa atuação e possivelmente ainda carece de meios e da capilaridade ostentada pelo Ministério Público brasileiro. A estrutura nacional, a experiência de diálogo internacional e a respeitabilidade do Ministério Público Federal, que conta com membros que exercem a função de ombudsman (procuradores/as dos direitos do cidadão, sob coordenação do Procurador/a Federal dos Direitos do Cidadão), são fatores que devem pesar para futura e necessária normatização de procedimentos que assegurem o direito de indivíduos e coletividades à assistência jurídica no plano internacional. Por certo, foram relevantes para participação da PFDC na Comissão Permanente sobre Subtração Internacional de Crianças, na Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (Portaria nº 34, de 28 de janeiro de 2014).

REFERÊNCIAS

MADRUGA, Antenor. *Cooperação e assistência jurídica internacional*. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-out-19/cooperacao-internacional-cooperacao-assistencia-juridica-internacional>>. Acesso em: 8 fev. 2015.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Acesso internacional à justiça*. [S.d.]. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-civil/acesso-internacional-a-justica>>. Acesso em: 8 fev. 2015.

Comunicações judiciais diretas: a Rede Internacional de Juízes da Haia

Mônica Sifuentes*

Palavras-chave: Comunicações judiciais diretas. Conferência da Haia de Direito Internacional Privado. Rede internacional de juízes da Haia. Convenção da Haia de 1980. Subtração internacional de crianças.

1. Considerações iniciais

A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado é uma organização intergovernamental, integrada por países com diferentes tradições jurídicas, cujo objetivo é trabalhar pela progressiva unificação das normas de direito internacional privado. Hoje em dia, a instituição congrega 77 Estados, entre os quais o Brasil, além da União Europeia. Com grande atuação na área de proteção às crianças, em favor das quais já editou pelo menos quatro convenções, a Conferência vem se dedicando, desde a aprovação da proposta no Seminário Judicial sobre Proteção de Menores, ocorrido em Ruwenberg (Países Baixos), em 1998,¹ à criação de uma rede internacional de juízes, com o objetivo de facilitar comunicação e cooperação jurídica, especialmente no âmbito das relações transfronteiriças no Direito de Família.

De fato, a maior circulação de pessoas, bens e valores no plano internacional, no fenômeno batizado como “globalização”, trouxe aumento das uniões entre casais de diferentes nacionalidades e, conseqüentemente, separações e inevitáveis conflitos e disputas em torno da guarda e manutenção dos filhos. Não por outro motivo, entre as convenções da Haia, a que tem suscitado maiores polêmicas, e gerado até mesmo incidentes diplomáticos graves, é exatamente a Convenção de 25 de outubro de 1980, que trata dos aspectos civis do sequestro internacional de crianças.² Dita convenção criou, basicamente, um mecanismo para possibilitar o retorno de crianças ilegal ou indevidamente subtraídas por um dos genitores e levadas para país diferente de onde mantinham residência habitual. Sua chave é a celeridade, em prol do interesse superior da criança – quanto mais rápido ela retornar ao seu país de origem, menos traumas e possibilidade de alienação parental.

Após várias reuniões e estudos, os Estados-membros da Conferência concluíram ser o procedimento judicial o responsável pelos maiores atrasos na tramitação dos pedidos de cooperação jurídica com base na Convenção de 1980. Eficaz atuação dos juízes, facilitando o intercâmbio de ideias e informações entre si, poderia ajudar a minorar esse problema.

* Desembargadora Federal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Membro da Rede Internacional de Juízes da Haia. Doutora em Direito Constitucional e Mestre em Direito Econômico pela UFMG

1. Informações sobre o Seminário Judicial ocorrido em 1998, em Ruwenberg, estão disponíveis no sítio eletrônico da Conferência da Haia: <www.hcch.net>, depois: “Child Abduction Section”, “Judicial Seminars on the International Protection of Children”, e então “Other Judicial Seminars”.

2. A palavra sequestro não é adequada, por envolver aspectos criminais, de que não cuida a Convenção. Foi essa, no entanto, a tradução brasileira para a palavra inglesa “abduction”, conforme consta no Decreto nº. 3.413, de 14/04/2000, que a promulgou.

Com esse objetivo, a partir de 2001 iniciaram-se diligências do Escritório Permanente adido às autoridades competentes nos Estados-membros para que designassem um ou mais membros do Judiciário para atuar como pontos de contato (*liaison judges ou jueces de enlace*) entre suas Autoridades Centrais e outros juízes, inclusive estrangeiros. O papel dos juízes integrantes dessa rede internacional seria o de funcionar como canal de comunicação entre a Conferência da Haia e seus colegas, no âmbito interno, e entre os juízes nacionais e os de outros países, no âmbito externo. Como objetivo imediato, a melhoria da aplicação da Convenção da Haia de 1980, podendo, no futuro, o trabalho da rede se estender também às outras convenções adotadas pela Conferência.

O Brasil, atendendo ao convite do Escritório Permanente, em outubro de 2006 designou dois juízes³ para atuarem como juízes de enlace para a Convenção de 1980. A Rede, que está em constante expansão, conta atualmente com mais de 80 juízes, de 55 Estados, em todos os continentes.

2. A Rede Internacional de Juízes da Haia

A deliberação sobre a criação da Rede Internacional de Juízes da Haia foi formalmente introduzida no documento que sintetizou as recomendações e conclusões obtidas na 5ª Reunião da Comissão Especial, cujo objetivo foi o de rever as diretrizes para facilitar o funcionamento da Convenção da Haia de 1980.⁴

A função do juiz membro da Rede é, como já se disse, ser canal de comunicação entre seus colegas, no âmbito interno, e entre esses e os outros membros da Rede, no nível internacional. Essa comunicação pode se dar de duas maneiras. A primeira delas refere-se a assuntos de natureza geral, tais como troca de informações sobre as orientações do Escritório Permanente da Conferência, bem como sobre leis e funcionamento dos órgãos judiciários do seu próprio país. A segunda forma, e que merece maior atenção, refere-se a casos concretos. Essa comunicação tem como objetivo suprir a carência de informação que o juiz competente para analisar pedido de retorno tenha sobre a situação da criança e as implicações legais que suas decisões teriam no país de origem. Nesse caso, os juízes da Rede poderão ser solicitados a facilitar a efetivação das medidas que garantam retorno seguro da criança ou, se for o caso, auxiliar no estabelecimento de medidas preventivas contra alegações de violência ou abuso.

Criada a Rede, no entanto, não havia definição clara sobre quem seriam seus participantes, a forma de sua designação ou como se realizariam as comunicações entre seus membros. Havia ainda que se cuidar da observância dos princípios de segurança e do respeito à liberdade de atuação judicial, dos limites dessa comunicação e, não menos importante, de quem suportaria seus custos. Para essa finalidade, o Escritório Permanente da Conferência constituiu um grupo de profissionais para desenvolver o esboço de princípios gerais para as comunicações judiciais diretas, formado por juízes e especialistas de vários

3. Em setembro de 2006, a Ministra Ellen Gracie Northfleet, Presidente do Supremo Tribunal Federal, encaminhou ofício ao Escritório Permanente da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado indicando os juízes federais brasileiros Mônica Jacqueline Sifuentes e Jorge Antônio Maurique para atuarem como juízes de ligação no Brasil para a Conferência. A relação dos Juízes membros da Rede, em todo o mundo, pode ser consultada no sítio eletrônico da Conferência da Haia: <www.hcch.net>.

4. Disponível em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=3905&dtid=2>.

países.⁵ Os trabalhos desse grupo se iniciaram em julho de 2008 e tiveram continuidade em encontros posteriores, resultando em três documentos preliminares, que foram submetidos à apreciação da assembleia presente à 6ª Reunião da Comissão Especial para revisão da Convenção da Haia de 1980 (junho, 2011).⁶

Nas conclusões e recomendações aprovadas nessa importante reunião,⁷ foi registrada a saudação da Comissão Especial pelo aumento da cooperação entre os Estados-membros por meio da Rede Internacional dos Juízes da Haia (Conclusão nº. 8). Além disso, enfatizou-se expressamente a importância das comunicações judiciais diretas na proteção internacional da criança e nos casos de sequestro internacional de crianças (Conclusão nº. 66), bem como se endossaram as disposições gerais e princípios para comunicações judiciais diretas contidas no documento preliminar nº. 3A (Conclusão nº. 68).

3. As comunicações judiciais diretas

A função principal do juiz da Rede Internacional é facilitar a realização de comunicações judiciais diretas. Consistem elas na possibilidade de, quando um conflito envolver duas ou mais jurisdições internacionais, os juízes entrarem em contato direto entre si, não apenas para tirar dúvidas sobre o sistema jurídico e os procedimentos jurídicos para resolução do caso no outro país, bem como mas também para tomar conhecimento de provas e documentos que possam estar em poder de um deles. O documento elaborado pelo Escritório Permanente e endossado pela Comissão Especial (documento preliminar 3A) visa amparar essa comunicação de modo a munir de garantias não apenas os juízes envolvidos, como também as partes do processo.

As comunicações judiciais diretas já vêm sendo realizadas por vários juízes, e a experiência tem revelado resultados positivos quando se trata de resolver problemas práticos, especialmente quanto ao retorno da criança.

Nos casos em que se utilizou a comunicação direta, pôde-se constatar que houve maior facilidade na obtenção de acordo entre os pais, seja tornando mais ágil o procedimento de retorno da criança, seja fixando condições para que ele se efetuassem de forma mais segura para a criança, atendendo ao seu melhor interesse. Outro ponto aventado pelo Escritório Permanente referiu-se à possibilidade de o uso das comunicações judiciais diretas reduzirem o número de decisões contrárias ao retorno da criança, em face do conhecimento direto, pelo juiz, da situação fática por trás da fuga do genitor do país de residência habitual. A Comissão Especial expressamente reconheceu, ademais, o valor das ditas comunicações quanto a municiar os juízes de informações sobre quais medidas de proteção estarão disponíveis para a criança e seu genitor nos procedimentos de retorno ao país de origem (Conclusão nº. 40).

5. Juízes: Mathew Thorpe (Grã-Bretanha); Victoria Bennett (Austrália); Eberhard Carl (Alemanha); Francisco Javier Forcada Miranda (Espanha); Myriam de Hemptinne (Bélgica); Jónas Johannsson (Islândia); Judith Kreeger (Estados Unidos da América); Robine de Lange-Tegelaar (Holanda); Mônica Sifuentes (Brasil); Dionisio Núñez Verdín (México); Annette C. Olland (Holanda); Ricardo C. Pérez Manrique (Uruguai); Lubomir Ptáček (República Checa); e Graciela Tagle (Argentina). Rrepresentantes das Autoridades Centrais: Kathy Ruckman (Estados Unidos da América); Andrea Schulz (Alemanha); François Thomas e Markus Zalewski (União Europeia).

6. Esses documentos podem ser consultados no sítio eletrônico da Conferência da Haia: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=21>.

7. Disponível em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=5378&dtid=2>.

Não obstante esses aspectos práticos, as comunicações judiciais diretas também darão ensejo à troca de experiências e informações entre os juízes, aperfeiçoando, assim, o cumprimento da Convenção. Tal mecanismo, embora um tanto incomum para os juízes oriundos dos países de *Civil Law*, como o Brasil, significará notável avanço na desburocratização dos trâmites judiciais, com conseqüente agilização do processo.

4. Embasamento legal

Uma das preocupações que afloraram durante a 6ª Reunião da Comissão Especial referiu-se ao embasamento legal para realização das comunicações judiciais diretas, de acordo com o ordenamento jurídico de cada Estado-membro. Decidiu-se, afinal, que onde houvesse preocupação de qualquer Estado quanto à base legal apropriada para tal finalidade, a Comissão Especial os concitaria a tomar as medidas necessárias para consolidação dessa permissão legal no âmbito interno (Conclusão nº. 69).

No caso brasileiro, pode-se afirmar não haver empecilhos à adoção dessa nova ferramenta de cooperação jurídica internacional. O Brasil é um país que adota o sistema da primazia da Constituição e da vinculação à lei escrita (*Civil Law*). O princípio que regula a eficácia espacial das normas de processo é o da territorialidade, que impõe a aplicação, pelo juiz brasileiro, da *Lex fori*. Significa que em território brasileiro somente se aplica a lei processual brasileira, tanto aos nacionais, como quanto aos estrangeiros domiciliados no país.

Alguma objeção, por parte de doutrinadores mais formalistas, poderá surgir no tocante à constatação de que a adoção de comunicações judiciais diretas no âmbito interno somente poderá se dar por meio da edição de lei específica, uma vez que a matéria se insere na seara das normas processuais. A questão, que certamente ensejará controvérsia, merece séria reflexão. É verdade que, embora vinculado ao império da lei, o sistema jurídico brasileiro prima pelo respeito aos princípios constitucionais e pela interpretação harmônica de suas normas legais. De fato, a cooperação judicial internacional em nosso país tem se dado, preferencialmente, pelo sistema das cartas rogatórias ("*letters rogatory*"), em que o juiz nacional requisita formalmente ao juiz estrangeiro o auxílio, seja para citar o réu e intimar testemunhas, seja para solicitar a realização de provas e diligências. Trata-se de mecanismo bastante complicado e demorado, realizado pela via diplomática, e que tem sido evitado pelos juízes, sempre que possível.

No entanto, no sistema processual brasileiro vigora o *princípio da autoridade*, em face da concepção publicista do processo segundo a qual ao juiz cabe a direção do procedimento e da colheita de provas (art.º 125 do Código de Processo Civil). Desse princípio decorre que o juiz é quem dirige a instrução probatória e, para averiguação dos fatos, não está circunscrito às providências propostas pelas partes. O juiz poderá, desse modo, não apenas inadmitir provas que entender desnecessárias ou impertinentes, como também determinar de ofício a produção de outras que entender necessárias à formação da sua convicção quanto à verdade dos fatos (art.º 130 do Código de Processo Civil).

Dentro dessa liberdade ampla de convicção e de busca da verdade, o juiz brasileiro não encontra óbice, no ordenamento jurídico pátrio, à adoção das comunicações judiciais diretas como mais um mecanismo processual facilitador da busca da verdade real e da justiça em cada processo.

5. A prova dos fatos ocorridos e do direito estrangeiro

Questão interessante, no tocante à utilização das comunicações judiciais diretas no Brasil, refere-se ao acesso e à prova do direito estrangeiro. Um juiz brasileiro, por exemplo, que estivesse analisando um caso de restituição de menor para a Austrália, com base na Convenção da Haia de 1980, poderia se comunicar diretamente com o juiz australiano, integrante da Rede Internacional de Juizes, para buscar informações sobre como o direito local regula a guarda dos filhos menores? Poderia, ademais, receber cópia da legislação australiana aplicável, jurisprudência e explicações do próprio juiz ou de doutrina por ele indicada, sobre a interpretação de dita norma? Mais ainda, poderia o juiz brasileiro incorporar essa informação, obtida via comunicação judicial direta, aos autos do processo?

Vejamos.

Nos termos da legislação brasileira, se o juiz não conhecer a lei estrangeira, poderá exigir da parte que a invoca a prova do seu texto e da sua vigência (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 1º, § 14). Texto semelhante repete-se no art. 337 do Código de Processo Civil brasileiro, que estabelece: “A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.”

O entendimento desse artigo é de que fica a critério do juiz que analise o caso determinar, sendo necessário, que a pessoa ou instituição interessada prove a existência do direito estrangeiro. No entanto, o conhecimento do juiz acerca da existência desse direito, decorrente de suas próprias pesquisas e estudos, é aceito pelo sistema brasileiro, porque se presume que o juiz, pessoa versada nas ciências jurídicas, tenha conhecimento necessário para dar solução jurídica ao caso. O sistema processual brasileiro admite que o juiz possa dispensar a prova do direito estrangeiro, em suma, quando tiver conhecimento próprio da lei estrangeira. Cumpre-lhe utilizar-se de todos os meios a seu alcance para, desse modo, conhecer o direito estrangeiro que irá citar.

Para determinar se o traslado foi ilícito, o juiz terá necessariamente que se valer do direito do local da última residência habitual do menor; no caso do exemplo, o australiano. Para tanto, poderá se valer de conhecimento próprio a respeito do direito australiano ou de pesquisas particulares. Poderá, ainda, aplicar o art. 337 do CPC e determinar que a parte interessada prove a existência do direito australiano. Pode-se afirmar que não há nenhum empecilho, diante dessa ampla liberdade que lhe confere o direito brasileiro, a que ele se dirija a juiz da Rede da Haia e peça as informações que entender necessárias. Essa é, no entanto, providência cuja conveniência ou oportunidade de adoção fica ao critério do juiz, que poderá adotá-la ou não, de acordo com o juízo que ele próprio fizer sobre a necessidade desse contato com seu homólogo estrangeiro.

A prova do direito estrangeiro no Brasil pode-se fazer por vários meios. Admite-se apresentação do jornal oficial local em que a lei esteja publicada, de certidão do texto da lei autenticada por autoridade diplomática ou consular, referência a obras jurídicas estrangeiras ou mesmo o pedido, via carta rogatória, do texto, do sentido e da vigência do direito. Há autores, até, que admitem poder a declaração de um juiz ou advogado do país estrangeiro servir de prova da existência desse direito.⁸

8. CASTRO, Amílcar. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 215.

Deve-se considerar, ademais, ser o Brasil signatário da Convenção Interamericana sobre prova e informação acerca do direito estrangeiro (Convenção de Montevideu – aprovada no Brasil pelo Decreto nº 1.925, de 10 de junho de 1996). Tal Convenção estabelece a possibilidade, entre os Estados -membros, de “*solicitar, uns aos outros, os elementos de prova ou informação sobre o texto, vigência, sentido e alcance legal do seu direito*” (art.igo 2º). Prevê ainda, como meio idôneo de prova, “*as informações do Estado requerido sobre o texto, vigência, sentido e alcance legal do seu direito acerca de aspectos determinados*”. Desse modo, ao menos entre os Estados subscritores da Convenção Interamericana, dúvida não há de que as informações obtidas por seu intermédio valem como prova do direito estrangeiro.

Não há, portanto, obstáculo legal a que juiz brasileiro incorpore à sua decisão a informação obtida diretamente de juiz estrangeiro, por meio de comunicação judicial direta, desde que indique e discrimine corretamente sua fonte. Embora a prática ainda não seja comum entre nossos juízes, principalmente em razão das garantias sobre a identidade do juiz, segurança nas comunicações e direito das partes ao contraditório, a adoção das comunicações judiciais diretas da Haia nos procedimentos judiciais, no Brasil, é questão de tempo e treinamento dos juízes para utilização dessa nova ferramenta, que se espera dê grande impulso à resolução dos conflitos internacionais.

REFERÊNCIA

CASTRO, Amilcar. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Cooperação jurídica internacional e Estado de Direito: uma agenda para a PGR e o UNODC

Rafael Franzini*

Desde 2006, a Assembleia Geral das Nações Unidas decidiu instituir, em sua agenda permanente, o fortalecimento do Estado de Direito nos âmbitos nacional e internacional. O tema passou a ser considerado todos os anos, e os esforços dos Estados-membros voltaram-se para o tema de forma transversal. Do ponto de vista do Secretário-Geral, o Estado de Direito engloba o fortalecimento de ações e instituições que possam garantir os direitos dos cidadãos – escopo no qual se tem destacado a Procuradoria-Geral da República (PGR). O Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC), nesse contexto, é o órgão das Nações Unidas com o mandato de salvaguardar as convenções sobre diversos temas, como crime organizado e corrupção, cujo combate é chave no fortalecimento do Estado de Direito.

O crime organizado transnacional abarca todos os delitos graves de caráter internacional motivados pelo lucro que envolvam mais de um país. O crime organizado é ameaça para a paz e a segurança mundiais, viola direitos humanos e é inegavelmente danoso para o desenvolvimento socioeconômico, cultural, político e civil dos países. Hoje, a atuação do crime organizado é praticamente universal. A interligação da economia mundial fez que o crime organizado globalizasse suas atividades, tornando-se organização quase apátrida, na medida em que não respeita as fronteiras de cada país e apresenta características semelhantes em várias nações, detém imenso poder com base em estratégia global, tem grande força de expansão e possui meios instrumentais de moderna tecnologia.

Por esses motivos, o crime organizado transnacional requer resposta coordenada. A transnacionalização do crime impõe a criação de sistema legislativo internacional focado na cooperação entre os órgãos de Estado, com o intuito de prevenir e reprimir o ilícito. Em razão da complexidade do tema, países incorporaram ao seu sistema legislativo importantes instrumentos da Organização das Nações Unidas (ONU) de combate ao crime internacional e de cooperação jurídica internacional, tais como a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Viena, 1988), a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Palermo, 2000) e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Mérida, 2003).

Devido ao caráter cada vez mais globalizado da criminalidade organizada, investigação, acusação e condenação do crime organizado transnacional não podem estar limitadas a um só Estado. Por isso, o UNODC busca ratificação universal e total cumprimento de suas convenções, bem como melhoria da cooperação judicial e assistência jurídica mútua internacional. Além disso, também oferece medidas de assistência técnica necessárias para apoiar os Estados na luta contra o crime organizado transnacional.

* Representante do Escritório de Ligação e Parceria do UNODC no Brasil. Ex-Secretário Executivo Assistente na Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (Cicad). Chefe da Unidade contra Lavagem de Dinheiro da Cicad (2000-2007). Especialista Legal na Organização dos Estados Americanos (OEA), de 1996 a 2000. Mestre em Administração Pública da Universidade Americana em Washington, EUA, e pós-graduado em Direito Criminal na Universidade de Salamanca, Espanha.

Cabe, ainda, tratar de algumas das disposições dos instrumentos supramencionados que, referidos à cooperação internacional, servem de exemplo e dão a pauta da importância da assistência entre os países para controlar os estragos do crime organizado de forma eficaz e eficiente. Particularmente, destacam-se os arts. 5 e 6 da Convenção de Mérida. Sem pretender esgotar a lista de medidas que, de uma forma ou de outra, permitem que os Estados se dediquem à devida cooperação internacional, eles facilitam respostas concretas contra a empresa internacional criminosa.

De forma sucinta, destaca-se o valor dos artigos citados. Nas disposições da Convenção de Viena (1988), expressamente, é estabelecido que esta pode figurar como base jurídica para confisco ou extradição, caso não haja tratados específicos para tais medidas entre os Estados requerente e demandado. O art. 30 da Convenção de Palermo estabelece como forma de cooperação “prestar assistência técnica aos países em desenvolvimento e aos países com economias em transição para auxiliá-los a satisfazer suas necessidades relacionadas à aplicação da presente Convenção”, sugerindo que tal contribuição possa ser dada por meio das Nações Unidas, utilizando recursos provenientes do confisco de bens de origem ilícita. Por último, a Convenção de Mérida acrescenta aos tradicionais institutos da cooperação jurídica internacional, tais como extradição ou transferência de pessoas condenadas, a assistência jurídica recíproca, remissão de autos penais, cooperação em matéria de cumprimento da lei, investigações conjuntas e técnicas especiais de investigação e novo recurso de caráter civil: alienação antecipada. Os Estados, portanto, a fim de prestar assistência jurídica recíproca, considerarão a possibilidade de permitir que uma pessoa perca o domínio de seus bens sem necessidade de condenação ou de trânsito em julgado, no caso em que ela não tenha podido ser processada por motivos de falecimento, fuga ou ausência de meios apropriados.

Esses são três exemplos que não esgotam a longa lista de medidas que visam fornecer a cooperação. Recentes tal como foram na época de aprovação das convenções, pelo impacto que têm tido e, seguramente, continuarão a ter, é pertinente mencioná-los. Salvo o que concerne à extradição, todos têm denominador comum: alienam ou utilizam bens da empresa criminosa. Conforma-se uma verdade que mantém sua vigência: a criminalidade organizada sofre, de fato, consequências da resposta estatal quando esta a consegue desarticular econômica e financeiramente, dela subtraindo meios de desfrute e poder.

A utilização de recursos obtidos do crime organizado para fortalecer o Estado de Direito constitui inversão mais do que justificada: por um lado, aumentam-se as capacidades de defesa do Estado; por outro, bens são devolvidos à sociedade, tendo eles sido, figurativamente, dela retirados. Considerando a importância de que esses bens financiem as agências especializadas das Nações Unidas para que possam desenvolver produtos de boa qualidade e continuar provendo assistência técnica comprovadamente eficaz, não parece necessário abundar em argumentos. Não obstante, cabe dar mais exemplos concretos de ações e produtos que o UNODC tem desenvolvido para melhorar a qualidade da resposta estatal aos problemas que o crime impõe à sociedade.

O UNODC desenvolveu diversas ferramentas e publicações com o intuito de facilitar a cooperação jurídica internacional. Entre elas encontra-se um diretório on-line com a lista das autoridades nacionais competentes em cooperação jurídica dos Estados-membros, uma ferramenta para Assistência Legal Mútua (*MLA Request writer tool*) e uma base de dados e casos de melhores práticas mundiais.

A **MLA Tool** foi desenvolvida pelo UNODC com o objetivo de facilitar pedidos em cooperação internacional. Para usá-la, não é necessária experiência anterior em formulação de pedidos de assistência legal mútua, pois a ferramenta guia os usuários passo a passo por todo o processo. Ao mostrar ao usuário como preencher os campos com informações essenciais, evitam-se pedidos incompletos que possam causar atrasos ou recusas na demanda. A ferramenta está disponível em diversos idiomas, inclusive em português.

Além disso, o UNODC vem desenvolvendo diversos manuais, publicações e leis modelos relacionados à cooperação jurídica internacional, tais como o Manual em Assistência Legal Mútua e Extradicação, o Manual em Cooperação Internacional para Confisco de Bens provenientes de crimes, as Leis Modelos em Extradicação, em Assistência Mútua Legal Penal, entre outros, e está constantemente desenvolvendo novos documentos com o intuito de atualizar conhecimentos por meio de políticas e boas práticas na área.

O UNODC Brasil é responsável por promover, em conjunto com a Organização dos Estados Americanos (OEA), treinamentos na área de cooperação jurídica internacional em Anticorrupção e Lavagem de Dinheiro. Uma das ações relacionadas a esse tema é o *workshop* intitulado “Investigação Simulada em um caso de Corrupção e Lavagem de Dinheiro”, que conta com a participação de policiais, analistas de inteligência financeira e promotores de diversos países, trabalhando em conjunto. O treinamento tem como objetivo oferecer técnicas inovadoras de investigação, que permitem aos operadores judiciais incorporar metodologia nova às suas práticas de coleta e análise de elementos materiais, evidências e informação com vocação probatória para julgamento. Também se destacam no treinamento o planejamento da investigação como ferramenta de efetividade e estratégia, assim como técnicas especiais de investigação, teoria do caso e argumentação própria do sistema penal com tendência acusatória. Além disso, proporciona oportunidade para que os participantes, na prática, familiarizem-se com pedidos de assistência legal mútua e recuperação de ativos.

Como mencionado, a globalização e as diversas formas que a criminalidade pode ter apresentam desafios em várias áreas para os Estados. Uma delas é a cooperação jurídica internacional. Se, por um lado, o fortalecimento do Estado de Direito em nível nacional está vinculado, em parte, às instituições do Estado, por outro lado, nas relações internacionais, o elo reside na cooperação entre os atores. A cooperação jurídica internacional é importante não só para garantir o devido processo legal, mas também para assegurar que as fronteiras não impeçam que justiça seja feita. Nesse sentido, o UNODC tem trabalhado com atores relevantes no Brasil, como a Procuradoria-Geral da República e o Ministério da Justiça, em eventos ou na consolidação de novas instituições estratégicas para o País. Entre as novas perspectivas para o UNODC no Brasil, também se encontram novos diálogos sobre cooperação jurídica internacional, por meio de eventos e proposições alternativas, tais como transferência da execução da pena. O UNODC também possui experiência, em outras regiões, com rodadas específicas de negociação nos temas de seu mandato, principalmente cooperação penal em crime organizado, corrupção, lavagem de dinheiro e temas correlatos.

À medida que as instituições brasileiras se fortalecem, também ganham notoriedade, e a atuação da PGR é exemplo disso. Nesse aniversário, o prospecto de fortalecimento para parcerias com o UNODC não poderia ser melhor, principalmente pelo papel dessa instituição no resguardo e no fortalecimento do Estado de Direito no Brasil.

La cooperación judicial internacional en el siglo XXI

Especialización y creación de unidades especializadas en las Fiscalías

Rosa Ana Morán Martínez*

Enfrentar el reto de la internacionalización de delito y la difuminación de las fronteras para los delincuentes requiere el uso de mecanismos de auxilio judicial internacional. La realidad es que contamos con mecanismos, creados esencialmente en el siglo XX, que se han revelado insuficientes para conseguir una respuesta eficaz y ágil. Los Fiscales sabemos bien que obtener auxilio internacional es aún demasiado formal y dificultoso y que diversos factores como las implicaciones de la soberanía, las diferencias entre los sistemas penales y procesales de los distintos Estados, las barreras idiomáticas, y la lentitud de los tradicionales instrumentos de cooperación entorpecen la obtención de asistencia judicial en el extranjero.

Los Estados trabajan con las organizaciones internacionales de integración o cooperación o bien reforzando sus relaciones bilaterales para mejorar los mecanismos de cooperación internacional. Sin duda, la evolución de la cooperación va íntimamente ligada al desarrollo de determinados ámbitos de integración política. Es un hecho que la base de la cooperación se encuentra en la confianza mutua, algo que se incrementa a través de las relaciones que se forjan en el seno de las organizaciones internacionales de integración o cooperación.

La cooperación penal tradicional se ha entendido como acto de colaboración entre Estados basado en el principio "*comitas gentium ab reciprocam utilitatem*" ("cortesía internacional a causa de la recíproca utilidad"), por ello ha mantenido un fuerte componente estatal con intervenciones decisivas del ejecutivo como titular de las relaciones exteriores del Estado y con criterios profundamente anclados en la protección de intereses nacionales. Las solicitudes de cooperación con esa base estatal se producen sin contacto alguno entre autoridades competentes y con formalidades extremas que entorpecen la obtención de informaciones en el extranjero hasta hacer desistir a las autoridades de reclamar esa ayuda.

Sin embargo, en los últimos años este concepto de la cooperación está en revisión y las líneas de cambio podrían resumirse en las siguientes orientaciones generales.

1. Hacia una comunicación directa entre autoridades judiciales competentes

Nada es más eficaz para conseguir la cooperación de una autoridad extranjera que entrar en contacto directamente con ella y ese debe ser el objetivo. Para llegar al traslado directo de solicitudes entre autoridades competentes hay un largo camino que ya estamos recorriendo.

La eliminación de autoridades diplomáticas y la creación de las autoridades centrales fue el primer paso en este proceso tendente a agilizar las comunicaciones. El nacimiento de la

* Fiscal de Sala de Cooperación Internacional.

idea de la autoridad central tuvo lugar en relación con la cooperación civil, – precisamente en actos dirigidos directamente por autoridades judiciales, notificaciones y citaciones – en el Convenio de la Haya en 1965 relativa a la citación y notificación en el extranjero de actos judiciales y extrajudiciales en materia civil y comercial. La idea era contar con un mecanismo rápido de transmisión y eliminar las vías diplomáticas y la intervención de los Ministerios de Asuntos Exteriores. Con esta nueva forma de comunicación a través de autoridades centrales se elimina también el requisito tradicional de “legalización consular” previsto en el Convenio de Viena de relaciones consulares de 1963.

Sin duda, las autoridades centrales han jugado un papel importante en la mejora de la cooperación en el Siglo XX, pero tal y como están configuradas en algunos países se están convirtiendo en un paso burocrático que enlentece la cooperación y debe ser superado.¹ Un reciente y completo estudio realizado para la Comisión Europea sobre cooperación internacional en materia de drogas entre Europa y las países de Latinoamérica y Caribe incide en las deficiencias del sistema de estos últimos y recomienda modificar las designaciones de autoridades centrales abogando por que esa labor se sitúe en autoridades operativas y desatando las ventajas de las Fiscalías para ejercer esta tarea.

Un paso adelante en materia de cooperación penal, tendente a favorecer la agilidad y la comunicación entre pares está, como ya están haciendo la mayoría de los países latinoamericanos, en situar o designar como autoridades centrales a las autoridades operativas, esencialmente a los Ministerios Públicos.² Se trata de designar como autoridad central a la autoridad encargada directamente de la emisión y ejecución de las solicitudes, son las autoridades más ágiles y las directamente interesadas en los actos a ejecutar. En el ámbito penal estas autoridades son generalmente las Fiscalías, que en muchos países están ya sustituyendo como autoridad central a las oficinas gubernativas ajenas a la investigación penal.

Pero no basta con esto. El paso definitivo en este camino hacia la celeridad y la eliminación de barreras burocráticas lo tomó la Unión Europea, esencialmente a través del Convenio de aplicación de los acuerdos de Schengen³ firmado el 19 de Junio de 1990⁴. Se generalizó esta norma con el Convenio de Asistencia Judicial Penal entre los países miembros de la Unión Europea de 29 de Mayo de 2000⁵ y se ha consolidado en la aplicación del principio de reconocimiento mutuo. Se trata de suprimir completamente a cualquier tipo de autoridad central y evitar cualquier intervención de autoridades intermedias para establecer *la transmisión directa de las solicitudes de cooperación entre autoridades competentes*⁶.

1. Cf. <http://ec.europa.eu/justice/anti-drugs/files/study-lac-judicial-coop_en_.pdf>.

2. Los Fiscales Generales iberoamericanos reunidos en la AIAMP reiteran en todas las conclusiones de sus Asambleas Plenarias desde 2007 la necesidad de que las Fiscalías asuman las funciones de autoridad central en materia de cooperación penal internacional.

3. “Art. 53. Convenio de aplicación de los Acuerdos de Schengen 1. Las solicitudes de asistencia judicial podrán hacerse directamente entre las autoridades judiciales y podrán remitirse por la misma vía. [...]”.

4. La posibilidad de traslado directo ya se estaba practicando en casos de urgencia con

5. “Art. 6 – Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea de 2000: Las solicitudes de asistencia judicial, así como los intercambios espontáneos de información a los que se hace referencia en el Art. 7, se efectuarán por escrito o por cualesquiera medios que puedan dejar constancia escrita en condiciones que permitan al Estado miembro receptor establecer su autenticidad. Dichas solicitudes se efectuarán directamente entre las autoridades judiciales que tengan competencia jurisdiccional para formularlas y ejecutarlas, y se responderán del mismo modo, salvo que en el presente artículo se disponga lo contrario.”

6. Para facilitar el conocimiento de la autoridad competente, la Red Judicial Europea creó el atlas judicial europeo.

El cambio de lenguaje que se utilizan ya estos Convenios Europeos al hablar de estas solicitudes es indicativo de los avances: de mantener la solicitud como un ruego del que deriva la denominación clásica de “comisión o carta rogatoria” y la calificación de las autoridades como autoridades “requirentes” y “requeridas”, se pasa a hablar de solicitudes de auxilio y las autoridades intervinientes empiezan a denominarse “autoridades de emisión y ejecución”. Esta nueva realidad sitúa la cooperación dentro del derecho procesal, un derecho directamente aplicable por las autoridades competentes con intervenciones mínimas o sin intromisión alguna de autoridades del ejecutivo.

El último escalón en esta evolución, más allá de cualquier cooperación intergubernamental, se ha instalado finalmente en la Unión Europea con *el principio de reconocimiento mutuo*. *El reconocimiento mutuo* no es más que la aceptación de la resolución adoptada por los órganos judiciales competentes de un Estado extranjero. De esta forma las resoluciones judiciales dictadas por una autoridad judicial de un Estado se envían directamente para su ejecución a la autoridad judicial de otro Estado competente, el cual debe aceptarla y ejecutarla, de la misma forma que haría con una decisión proveniente de una autoridad judicial de su propio país. Las únicas causas de rechazo son los limitados motivos de no reconocimiento que se recogen en cada instrumento concreto. La comunicación se realiza directamente entre autoridades judiciales competentes y las autoridades gubernativas no tiene intervención alguna. Caso paradigmático que plasma este principio es la sustitución de la extradición por la Orden Europea de Detención y Entrega, con la que la decisión de entrega la toman los Tribunales sin papel alguno para denegar por parte del Gobierno que no participa en modo alguno en el procedimiento.

2. Eliminación o flexibilización de motivos de rechazo de la cooperación

A la vez que se agilizan las formas de comunicación entre autoridades, se van eliminando obstáculos clásicos ligados a una extremada protección de la soberanía. Con esta nueva idea han ido desapareciendo límites a la cooperación basados en simples cuestiones de protección de intereses nacionales. Así los más recientes convenios de cooperación ya no contemplan de denegaciones basadas en la protección del orden público o los intereses nacionales.

Por otro lado, la conciencia de la necesidad de luchar contra la delincuencia organizada atacando sus bases financieras y la necesidad de recuperar las pérdidas económicas incautando las ganancias ilegales, cualquiera que sea el lugar donde se han ocultado, han ido haciendo desaparecer el clásico obstáculo a la cooperación que fue la alegación del secreto bancario⁷ o los límites a la cooperación en la investigación de delitos fiscales.

Igualmente se va relativizando la necesidad del clásico y obligado control de doble criminalidad, con base en la misma idea de globalización que también se refleja en una mayor

Es un programa informático que permite el conocimiento de la autoridad competente para la ejecución de cada comisión rogatoria, pues contiene las reglas de competencia de cada Estado y un esquema de la organización judicial de cada país. Basta con proporcionar al sistema los datos de identificación para que él localice el órgano competente y proporcione todos los datos necesarios, dirección, teléfono etc. para contactar o dirigir la petición de auxilio. Cf. <www.crimjust.int/ejn>.

7. Como ejemplo entre otros el Art. 18.8 del Convenio de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada (Convenio de Palermo): “Los Estados Parte no invocarán el secreto bancario para denegar la asistencia judicial recíproca con arreglo al presente artículo.”

cercanía entre las regulaciones penales de los diferentes países.⁸ Una de las características del *principio de reconocimiento mutuo* en la UE es precisamente hacer desaparecer el control de doble tipicidad para una lista de delitos que se establecen en un listado concretos.

3. Nuevas técnicas y formas de cooperación

La cooperación no puede mantenerse al margen de los avances tecnológicos y de las nuevas formas de comunicación. Los convenios de cooperación más actuales manejan ya la posibilidad de cooperación basada en medios técnicos o nuevas formas de cooperación avanzadas: los Equipos Conjuntos de Cooperación (ECI), la videoconferencia, la regulación de las intervenciones de comunicaciones transnacionales, etc.

Las nuevas formas de comunicación son tenidas en cuenta también para la transmisión de las comisiones rogatorias y de la ejecución de las mismas. Los Estados empiezan a permitir utilizar cualquier medio que deje constancia escrita de la solicitud en condiciones que permitan al requerido determinar su autenticidad. Entre estos medios, el Informe explicativo del Convenio de Asistencia Penal entre los países miembros de la Unión Europea se menciona el fax, el correo electrónico, incluso se admiten en caso de urgencia las solicitudes verbales telefónicas que deberán ser confirmadas por escrito lo más pronto posible. La realidad es que hasta por WhatsApp se están dando comunicaciones urgentes entre autoridades judiciales que posteriormente se formalizan por otras vías.

Para favorecer la comprobación y ganar en autenticidad comienzan a implantarse sistemas seguros de comunicación. En la Unión Europea existen ya estos sistemas en la Red Judicial Europea y en Eurojust. En Iberoamérica, la OEA mantiene el Groove como sistema directo y seguro de comunicación, especialmente para autoridades centrales, y en el ámbito Iberoamericano, IberRed ha creado el sistema Iber@ que permite la transmisión directa y segura de datos de entre los puntos de contacto de IberRed.

Junto a estos avances aparecen nuevas técnicas de cooperación, la videoconferencia por ejemplo, que ha sido además objeto de un Convenio Iberoamericano firmado en Mar de Plata en 2010 que con cinco ratificaciones acaba de entrar en vigor.

Y por supuesto los Equipos Conjuntos de Investigación (ECI) previstos en los nuevos convenios de Naciones Unidas y regulados en la Unión Europea por la Decisión Marco de 2003. Su funcionamiento ha generado no pocos problemas pero también grandes éxitos por lo que la idea de incorporación a ámbitos regionales de cooperación se está extendiendo y hay ya un acuerdo Marco de 2 de Agosto de 2010 para la constitución de estos Equipos en el ámbito de Mercosur.

4. Creación de redes y mecanismos de contacto y coordinación

Pero si realmente hay algo que ha cambiado la situación de la cooperación es la cre-

8. Nuevamente un ejemplo lo encontramos en el Convenio de Palermo en el Art. 18.9: "Los Estados Parte podrán negarse a prestar la asistencia judicial recíproca con arreglo al presente artículo invocando la ausencia de doble incriminación. Sin embargo, de estimarlo necesario, el Estado Parte requerido podrá prestar asistencia, en la medida en que decida hacerlo a discreción propia, independientemente de que la conducta esté o no tipificada como delito en el derecho interno del Estado Parte requerido."

ación de redes. Puede afirmarse que el nuevo paradigma de la cooperación es la creación de redes contra redes.

Las primeras redes que se generaran en el ámbito de la cooperación tienen el objetivo de favorecer la comunicación, resolver obstáculos y transmitir experiencias. Son redes que se podría denominar generalistas, compuestas por profesionales (Fiscales, Jueces, funcionarios de Ministerios) que trabajan y que son especialistas en temas de cooperación. Con esa filosofía nacieron: la Red Judicial Europea (EJN/RJE), IberRed etc. No puede dejar de mencionarse Eurojust como órgano esencial para la coordinación de la cooperación internacional en la UE, órgano que cuenta con un representante de cada uno de los Estados de la UE.

5. Papel esencial de las Fiscalías en materia de cooperación

El Ministerio Público es una institución emergente en todo el mundo y es la espina dorsal del actual sistema de Justicia Penal. La progresiva implantación del sistema acusatorio sitúa a los Fiscales como principales autoridades demandantes y ejecutoras de auxilio judicial internacional.

Reconociendo esta realidad, el Consejo de Europa, en el documento básico relativo al Ministerio Público, la conocida Recomendación 19 (2000) sobre el papel del Fiscal en el proceso penal, incide expresamente en la necesidad de la implicación de los Fiscales en las tareas de cooperación internacional.

La recomendación se pronuncia a favor del establecimiento de contactos directos entre los Fiscales de los distintos Estados. Como fórmula para facilitar estos contactos se propone la creación de listas de contactos (redes), el favorecimiento de las comunicaciones directas mediante la dotación de los suficientes medios técnicos y la celebración de reuniones y seminarios internacionales periódicos. Se insiste en la necesidad de capacitar a los Fiscales en materia de cooperación judicial internacional y en especial en la enseñanza de idiomas. Sobre todo, la Recomendación promueve la participación activa de los Fiscales en la cooperación judicial internacional y encarece la *especialización* de algunos de sus miembros en esta materia.

En esta idea de *especialización* insiste el dictamen del Consejo Consultivo de Fiscales Europeos del Consejo de Europa (CCPE) aprobó también el Dictamen 1 (2007) sobre la mejora de la cooperación internacional en el ámbito penal en el que insiste nuevamente en la necesidad de formación de todos los Fiscales en materia de cooperación, pero más allá aun recomienda la *especialización* de algunos fiscales en esta materia y la creación de *Unidades especializadas* y dedicadas especialmente a la tramitación de las cuestiones de cooperación internacional. *Unidades especializadas* como la que Brasil ha creado en el seno de la Fiscalía General hace ahora 10 años y cuyo aniversario celebramos. España creó también una Unidad autónoma dentro de la Fiscalía General en 2011, que tengo el honor de dirigir. Estas Unidades se han revelado como un elemento esencial para mejorar el funcionamiento de nuestra cooperación.

En España, además de contar en la Fiscalía General con una Unidad de Cooperación Internacional (UCIF), *la especialización* se extiende por todo el territorio. La Fiscalía española

creó en 2002 una Red de Fiscales de cooperación judicial internacional del Ministerio Fiscal, de forma que hay un Fiscal delegado de Cooperación Internacional en cada Fiscalía Provincial a quienes corresponde la ejecución de todas las comisiones rogatorias pasivas que deban ser ejecutadas por la Fiscalía en la que presten sus servicios. Toda la actividad de los delegados es coordinada por el Fiscal de Sala que dirige la Unidad de Cooperación Internacional.

En resumen, para que los Fiscales ejerzan estas funciones relativas a la cooperación internacional es necesario:

1. Que el Fiscal sea reconocido como autoridad judicial a estos efectos de la cooperación internacional. El concepto de autoridad judicial a estos efectos es más amplio que el de Juez o Tribunal. El principio de respeto a las delimitaciones competenciales de cada Estado determina el concepto. La sentencia Argentina. Sentencia de la Corte Suprema Argentina de 13 de Julio de 2010 reconociendo el concepto de autoridad judicial al Fiscal francés es un ejemplo de lo que se demanda. Otra sentencia de Supremo Tribunal Federal de Brasil de Abril de 2009 resolvió un problema similar en relación con las competencias Fiscales de Italia y Suiza.

2. Que conozca los mecanismos de cooperación, lo que requiere insistir en la capacitación en relación con la normativa reguladora de la cooperación.

3. Que estén en contacto con sus homólogos de otros países. La participación de Fiscales en las redes internacionales es una vía adecuada para eso.

4. *Especialización y Unidades especializadas.* La gestión de toda esta cantidad de información y la coordinación de la actividad de cooperación aconseja la creación de *unidades especializadas* en el ámbito del auxilio judicial internacional en las Fiscalías.

Notas sobre a Evolução da Cooperação Internacional em Matéria Penal pelo Ministério Público Federal

Luiz Fernando Voss Chagas Lessa*

INTRODUÇÃO

A globalização econômica e o crescente aumento nas relações interpessoais de caráter internacional levou ao surgimento de nova criminalidade supranacional, sem fronteiras a limitá-la, como uma grande organização criminosa operando mundialmente.¹ Essa nova criminalidade desafia a criação de instrumentos jurídicos aptos a universalizar e homogeneizar seu combate. “A extradição, o princípio da extraterritorialidade da justiça universal, a sentença penal estrangeira, as rogatórias etc. devem ser reconceituadas”.² Não se está a tratar aqui de lesões a direitos individuais, de proteção ao patrimônio individual, mas, antes, o que se busca é efetiva tutela penal de direitos fundamentais ameaçados por crimes de gravidade incomensurável. Terrorismo, tráfico internacional de pessoas, escravidão e prostituição de crianças e mulheres, tráfico de armas nucleares e produtos químicos altamente nocivos à saúde e ao meio ambiente, bem com a ocultação dos lucros desses ilícitos por organizações criminosas cujo poderio é de tal monta que ameaçam o ideal da paz mundial e a própria noção de Estado Democrático de Direito.

A resposta à necessidade de instrumentos mais ágeis parece residir na possibilidade de acordos internacionais de auxílio mútuo em matéria penal, incentivando adoção de meios mais eficazes para esse combate. Cada vez mais se verifica ênfase na colaboração direta entre os órgãos de persecução penal, a fim de evitar os atrasos criados pelo modelo tradicional de cooperação diplomática ou via autoridade central. A previsão de cooperação direta consta da maioria dos tratados internacionais que cuidam do combate à criminalidade internacional, pelo menos desde 1988, quando foi adotada a Convenção de Viena Sobre o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, 1988, art. 7º) e, mais recentemente, instrumentos como a Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, de 2000, e o Estatuto de Roma, que criou Tribunal Penal Internacional.³ Apesar disso, participação efetiva do Ministério Público brasileiro é coisa recente.

Fundamentos da Cooperação pelo Ministério Público

Como anotado em outro lugar,⁴ somente com o advento da Constituição de 1988 é que se abriu para o Ministério Público, em especial o Ministério Público Federal, possibilidade

* Procurador Regional da República. Professor de Direito Penal da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Doutor em Direito e Mestre em Ciências Jurídicas pela PUC-Rio.

1. FRANCO; STOCO, 2004, p. 923.

2. Idem, p. 924.

3. Os arts. 86-99 e 26-28, respectivamente, do Estatuto do Tribunal de Roma e da Convenção de Palermo, expressamente preveem tal modalidade de cooperação judiciária internacional.

4. LESSA, 2013, p. 195-217.

efetiva de participar, no plano internacional, de atividades de combate à criminalidade transnacional. Isso coincidiu com o quadro fático acima desenhado, no qual a globalização da economia contribuiu, em muito, para o papel da transnacionalização das organizações criminosas, fator que imprimiu ao Brasil a necessidade de se organizar internamente para fazer frente ao desafio.

O fundamento dessa introdução do Ministério Público Federal na seara internacional encontra vasta base constitucional. A conjugação dos arts. 4º e 21 da Constituição, ao mesmo tempo que assegura ao Brasil independência no plano internacional, protegendo e promovendo sua coexistência com os demais integrantes da ordem Internacional, confere à União o papel de representar o país perante seus congêneres no plano mundial. Os arts. 127 *usque* 129 da Constituição, ao assegurar ao Ministério Público autonomia, outorgando-lhe titularidade privativa da persecução penal, organizam o Ministério Público nacional e dão ao Ministério Público Federal primazia da persecução penal dentro da União, ao mesmo tempo que conferem tal papel, nos estados, ao Ministério Público local. Logo, se à União compete a cooperação internacional, ao Ministério Público da União, com titularidade para a persecução penal – leia-se Ministério Público Federal, já que a praxe internacional exclui crimes militares do plano da cooperação internacional –, é o órgão competente para cooperar internamente com os órgãos de persecução penal das nações amigas.⁵ Apesar disso, a legislação editada pelo Congresso Nacional mostra-se tímida, se não completamente omissa, em relação ao tema.⁶

Isso não impediu, contudo, que o Brasil pactuasse e incorporasse a seu ordenamento jurídico interno uma série de tratados internacionais que preveem cooperação internacional pelo Ministério Público, de forma implícita ou expressa, como no caso do Protocolo de Assistência Mútua em Assuntos Penais do MERCOSUL, no art. 4º:

As solicitações transmitidas por uma Autoridade Central com amparo no presente Protocolo se basearão em pedidos de assistência de **autoridades judiciais ou do Ministério Público do Estado requerente encarregados do julgamento ou da investigação de delitos.**⁷ (*grifo nosso*)

Logo, cooperação internacional pelo Ministério Público é objeto de ampla base normativa, com especificidade suficiente a autorizar seu protagonismo na persecução penal internacional, como o faz no plano interno.⁸

Desafios da Cooperação Internacional em Matéria Penal

Apesar disso, a matéria foi objeto de questionamentos perante os Tribunais Superiores, em especial o Superior Tribunal de Justiça, em função da competência constitucional que lhe foi transferida pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Esse questionamento se explica, pois os mesmos acordos internacionais que autorizam a

5. LESSA, 2013, p. 285-286.

6. *Ibid.*, p. 230-255.

7. Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais entre os Governos da República Argentina, da República Federativa do Brasil, da República do Paraguai e da República Oriental do Uruguai (San Luís, 1996), art. 4.

8. LESSA, 2013, p. 239-255.

cooperação interacional pelo MPF, e não só por este órgão da União, mas, dentro de sua respectiva competências interna, da Justiça Federal, introduziram uma série de instrumentos de cooperação internacional, pouco conhecidos pela doutrina e jurisprudência pátria.⁹ A Polícia Federal, por exemplo, até a presente data, carece de legislação interna regulando sua atuação no campo da cooperação técnica ou administrativa internacional.

Esses instrumentos, como as medidas de cooperação direta, os mandados de captura internacional e a transferência de investigações e processos criminais, criados com o propósito declarado de complementar e, quando necessário, substituir medidas de cooperação internacional mencionadas na legislação pátria, como a extradição e a carta rogatória, causaram certo assombro em alguns operadores do direito. As Cortes Superiores e a doutrina viram-se premidas a adequar à Constituição a legislação internacional introduzida no ordenamento pátrio no final do século XX. Isso se deu com o reconhecimento de que determinadas medidas de caráter pré-processual são infensas à intervenção judicial, salvo, é claro, quando evidenciada ofensa a direitos fundamentais. Por outro lado, restou evidenciado perante os Tribunais Pátrios que o princípio da imparcialidade do juiz, conjugado com o princípio da demanda, impõe que os órgãos jurisdicionais se quedem inertes também no campo da cooperação internacional, até que sejam provocados pelo titular da ação penal.¹⁰

Vencidos os questionamentos jurídicos, impõe-se notar que a cooperação é um instrumento multifacetado, caracterizado não só pela existência de pactos internacionais delimitadores dos deveres assumidos pelos Estados no campo da persecução penal internacional mas, principalmente, pela existência de confiança entre os atores da persecução penal. Dessarte, não é possível, nessa matéria, intervenção de atores estranhos à persecução penal, que não detêm seu domínio, a *persecutio in judicio*, ou que dela participem subsidiariamente, instruindo o titular da persecução penal para sua atuação judicial ou extrajudicial. Caso contrário, corre-se o risco de que agentes do Estado assumam perante autoridade estrangeira tarefas e metas cujo sucesso não podem assegurar, na medida em que não detêm atribuição constitucional ou legal para seu exercício ou mesmo para apreciação de sua legalidade ou constitucionalidade. Do mesmo modo, interferência de órgãos estranhos à persecução penal, seja interna, seja internacional, gera risco de politização de atuação estatal que intervém diretamente na esfera dos direitos fundamentais (no caso, segurança pública e liberdade individual), em afronta aos comandos constitucionais que regem a matéria.

Por outro lado, cooperação interna, em especial com órgãos e agentes especializados, como é o caso do Ministério das Relações Exteriores e do corpo diplomático brasileiro, é essencial para sucesso das medidas de cooperação internacional. O auxílio do Itamaraty é imprescindível, não só pela vasta experiência e conhecimento acumulado no campo das relações internacionais, mas, principalmente, pela reconhecida relevância de seu papel na elaboração dos acordos internacionais que regem a matéria e que, ao final, são os instrumentos jurídicos que legitimam a atuação do Ministério Público Federal, da Justiça e da polícia na cooperação internacional.

O terceiro desafio a ser vencido é de ordem prática. A cooperação internacional é vítima do próprio sucesso, isto é, na medida em que o Brasil, mais precisamente o Ministério Público,

9. LESSA, 2013, capítulo 6.

10. Ibid., p. 190-192; 219-230.

atende com sucesso às solicitações de auxílio, maior é a demanda gerada, o que significa custos com infraestrutura e alocação de membros e servidores devidamente treinados e especializados na matéria. Trata-se de atuação que demanda não só conhecimento de idiomas, mas da legislação interna, especialmente processual penal, dos Estados com os quais o Brasil coopera. Além disso, é premissa da cooperação internacional atualização constante da legislação internacional sobre a criminalidade organizada e das técnicas de cooperação e combate ao crime transnacional desenvolvidas nos vários foros internacionais do qual o Brasil participa. Ademais, somente a experiência conduzirá a rotinas e procedimentos internos que agilizem prestação e requerimento eficazes das medidas de cooperação internacional.

CONCLUSÃO

A comunidade internacional não se encontra inerte na luta contra a criminalidade internacional, sendo cada vez mais frequente a adoção de instrumentos legais instruindo a cooperação pelos Estados no combate à criminalidade global. No Brasil, essa cooperação somente começou a se efetivar a partir da promulgação da Constituição em vigor. A incorporação desses instrumentos internacionais, contudo, cresceu sobremaneira no final do século XX, momento em que começou o debate sobre a efetiva participação do Ministério Público na cooperação internacional.

Para que fosse efetivada, a cooperação internacional pelo Ministério Público precisou vencer desafios colocados perante a Justiça e a doutrina, que não haviam enfrentado ainda os novos instrumentos de cooperação internacional criados pela legislação internacional incorporada ao ordenamento pátrio. Para que isso acontecesse, foi necessário reconhecer a primazia do titular da persecução penal na concretização de medidas de cooperação que prescindiam de autorização judicial, conferindo ao Judiciário, ante os princípios que regem a jurisdição, o papel de guardião dos direitos fundamentais, por meio da análise e deferimento de medidas que porventura gerem violação do núcleo dos direitos fundamentais dos investigados. Cooperação com órgãos nacionais especializados, como o Ministério das Relações Exteriores, é essencial para o sucesso da cooperação internacional pelo Brasil, pois este atua diretamente na delimitação das obrigações internacionais assumidas pelo país e, por conseguinte, nas medidas que serão executadas pelo Ministério Público.

A cooperação internacional, por ser atribuição inesgotável, cuja demanda se alimenta do próprio sucesso, depende ainda de infraestrutura e pessoal em quantidade e qualidade suficientes à prestação adequada desse serviço altamente especializado. Contudo, independentemente dos meios que o Estado brasileiro confira ao Ministério Público Federal, é missão constitucional desse órgão insistir na sua atuação internacional, na certeza de que o sucesso da tutela penal dos direitos fundamentais transcende fronteiras.

REFERÊNCIAS

BENNET, D. The Hague Convention on Recognition and Enforcement of Foreign Judgements – a failure of characterization. In: EINHORT, Talia; SIEHR, Kurt. *Intercontinental cooperation through private international law: essays in the memory of Peter E. Nygh*. The Hague: TMC Asser, 2004.

BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. *Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio*. Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952. Rio de Janeiro, 1952.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988.

_____. *Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (1988)*. Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991. Brasília, 1991a.

_____. *Convenção sobre a Proteção Física do Material Nuclear*. Decreto nº 95, de 16 de abril de 1991. Brasília, 1991b.

_____. *Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993*. Brasília, 1993.

_____. *Acordo de assistência judiciária em matéria penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa*. Decreto nº 3.324, de 30 de dezembro de 1999. Brasília, 1999.

_____. *Convenção Internacional contra a Tomada de Reféns*, concluída em Nova York, em 18 de dezembro de 1979. Decreto nº 3.517, de 20 de junho de 2000. Brasília, 2000a.

_____. *Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais*. Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000. Brasília, 2000b.

_____. *Acordo de cooperação judiciária e assistência mútua em matéria penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Colômbia*. Decreto nº 3.895, de 23 de agosto de 2001. Brasília, 2001a.

_____. *Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América*. Decreto nº 3.810, de 2 de maio de 2001. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, 3 maio 2001b.

_____. *Acordo de assistência jurídica em matéria penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Peru*. Decreto nº 3.988, de 29 de outubro de 2001. Brasília, 2001c.

_____. *Convenção Internacional sobre a Supressão de Atentados Terroristas com Bombas*. Decreto nº 4.394, de 26 de setembro de 2002. Brasília, 2002.

_____. *Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000*. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Brasília, 2004a.

_____. *Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea*. Decreto nº 50.016, de 12 de março de 2004. Brasília, 2004b.

_____. *Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças*. Decreto nº 50.017, de 12 de março de 2004. Brasília, 2004c.

_____. *Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança referente à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil*. Decreto nº 5.007, de 8 de março de 2004. Brasília, 2004d.

_____. *Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 9 de dezembro de 1999*. Decreto nº 5.640, de 26 de dezembro de 2005. Brasília, 2005.

_____. *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003*. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Brasília, 2006.

_____. *Acordo de assistência jurídica mútua em matéria penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Popular da China*. Decreto nº 6.282, de 3 de dezembro de 2007. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo*, Brasília, 4 dez. 2007.

_____. *Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal e respectivo Protocolo Facultativo*. Decreto nº 6.340, de 3 de janeiro de 2008. Brasília, 2008a.

_____. *Acordo de cooperação e auxílio jurídico mútuo em matéria penal entre a República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha*. Decreto nº 6.681, de 8 de dezembro de 2008. Brasília, 2008b.

_____. *Acordo de cooperação judicial em matéria penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Cuba*. Decreto nº 6.462, de 21 de maio de 2008. Brasília, 2008c.

_____. *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Adotada em Viena em 26 de maio de 1969*. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Brasília, 2009a.

_____. *Decreto Legislativo nº 606, de 2 de setembro de 2009*. Aprova o texto do Tratado de Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos Mexicanos, assinado na cidade do México, em 6 de agosto de 2007. Brasília, 2009b.

BROWNLIE, I. *Principles of public international law*. 2. ed., reprint. Oxford: Clarendon, 1977.

EDWARDS, G. E. International human rights law challenges to the new international criminal court: The search and seizure right to privacy. *Yale Journal of International Law*, v. 26, n. 323, p. 323-412, 2001.

FRANCO, A.; STOCCO, R. (Coord.). *Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 5 v.

GRIEG, D. W. *International Law*. 2. ed.. London: Butterworths, 1976.

KOMAROW, G. Individual responsibility under international law: the nuremberg principles in domestic legal systems. *International & Compared Law Quartely* v. 29, p. 21-37, 1980.

LESSA, L. F. V. C. Persecução penal e cooperação internacional direta pelo Ministério Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

MARTÍNEZ, M. H. C. La Cooperación penal internacional, la asistencia mutua y la extradición. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2000.

MELLO, C. D. de A. *Curso de Direito Internacional Público*. 14. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v. I.

_____. *Curso de direito internacional público*. 14. ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v. II.

MERCOSUL. Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais entre os Governos da República Argentina, da República Federativa do Brasil, da República do Paraguai e da República Oriental do Uruguai (San Luís, 1996). Decreto nº 3.468, de 17 de maio de 2000. Brasília, 2000.

MCCLEAN, D. *International co-operation in civil and criminal matters*. New York: Oxford University, 2002.

MORRIS, M. The democratic dilemma of the international criminal court. *Buffalo Criminal Law Review*, v. 5, p. 591-600, 2002.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Optional Protocol Related To The Inter-American Convention On Mutual Assistance in Criminal Matters. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-59.html>>.

PURVIS, N. Critical legal studies in public international law. *Harvard International Law Journal*, v. 32, , p. 81-128, 1991. (1991), pp. 81-128.

SHAW, M. N. *International Law*. 4. ed. Cambridge: Cambridge University, 2000.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AR na Carta Rogatória nº 534/IT.

_____. AR na Carta Rogatória nº 733/IT

_____. AR na Carta Rogatória nº 998/IT.

_____. AR na Carta Rogatória nº 2484/RU.

_____. Carta Rogatória nº 44/PT

_____. Carta rogatória nº 415/DE.

_____. Carta rogatória nº 432/UY.

_____. Carta rogatória nº 445/CO

_____. Carta rogatória nº 529/PT.

_____. Carta Rogatória nº 619/IT

_____. Carta Rogatória nº 691/DK

_____. Carta Rogatória nº 764/UY.

_____. Carta Rogatória nº 830/AU.

_____. Carta Rogatória nº 954/BE.

_____. Carta Rogatória 998/IT.

_____. Carta Rogatória nº 3.124/IT.

_____. Carta Rogatória nº 3162/CH.

_____. Carta Rogatória nº 3.248/UY.

_____. Conflito de Atribuições nº 22/SP.

_____. CC nº 100300/PI.

_____. Reclamação nº 1.819/RJ.

- _____. Reclamação nº 2.645/SP.
- _____. Recurso Especial nº 589.766/PR.
- _____. Recurso Especial nº 819.788/MT.
- _____. Resolução nº 9, de 4 de maio de 2005.SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Originária nº 80/RS.
- _____. Segunda Questão de Ordem na AP nº 305/DF.
- _____. Agravo na Carta Rogatória nº 8.279.
- _____. Extradicação nº 435/IT.
- _____. Extradicação nº 1.104/UK.
- _____. Carta Rogatória nº 7613/AT.
- _____. Carta Rogatória nº 9439/UY.
- _____. Carta Rogatória nº 10.922/PT.
- _____. Carta Rogatória nº 10.927-5.
- _____. Carta Rogatória nº 11.423.
- _____. Habeas Corpus nº 82.865-4
- _____. HC nº 85.588-1/RJ.
- _____. HC nº 89.837/DF.
- _____. HC nº 90.277/DF.
- _____. HC nº 90.485/SP.
- _____. HC nº 91.661-9/PE.
- _____. HC nº 91.002-5.
- _____. HC nº 102.041.
- _____. Mandado de segurança nº 21.239/DF.

UNIÃO EUROPEIA, Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Decreto nº 4.388, de 7 de agosto de 2002. Brasília, 2002.

UNITED NATIONS. *Resolution nº 827 (1993) adopted by the Security Council at its 3217th meeting on 25 May 1993.*

Um olhar do Itamaraty sobre o Ministério Público

Aurélio Viotti*¹

Tenho sido testemunha, no desempenho de minhas funções como Chefe da Divisão de Cooperação Jurídica Internacional do Itamaraty, da excelente cooperação com o Ministério Público nos últimos anos, para o que certamente em muito contribuiu a criação da Unidade de Cooperação Internacional da Procuradoria-Geral da República. Sinto-me honrado, portanto, em participar desta publicação, em justa celebração à sua primeira década de existência. Minha contribuição, contudo, reveste-se de certa impressão pessoal. Cresci ouvindo as aventuras que meu pai acumulou durante os 17 anos em que atuou como Promotor de Justiça em Minas Gerais. Creio, inclusive, que tais histórias tiveram forte influência em minha escolha pela carreira diplomática.

De fato, promotores e diplomatas têm mais em comum do que se imagina. Embora exerçam funções e assumam responsabilidades claramente distintas, apresentam muitas semelhanças, que ultrapassam a mera constatação de serem, ambos, servidores públicos, integrantes de instituições estatais dotadas de lei orgânica própria e de quadro de carreira. As duas carreiras, a meu ver, compartilham valores e percepções que enfatizam a vocação e o profissionalismo no exercício do cargo público. Em ambas, o reconhecimento precoce da importância da admissão funcional por concurso público, bem como o cuidado na formação humanista e pragmática de seus quadros, reflete o senso de missão institucional e de compromisso com o País. Enquanto, para o Itamaraty, a obra e o exemplo do Barão do Rio Branco permanecem como referências necessárias, ao demonstrar a importância da convergência de saberes para a resolução de problemas concretos e a promoção dos interesses nacionais, o papel fundamental do Ministério Público na história da administração da justiça no Brasil inspira sua atuação determinada e criativa em defesa da paz social, da solidez de nossas instituições democráticas e do desenvolvimento nacional.

No campo conceitual, porém, talvez se encontre elemento essencial de convergência entre as duas carreiras: a convicção da inter-relação entre o Estado de Direito, a democracia e o desenvolvimento social. A defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, atribuída ao Ministério Público pelo texto constitucional, encontra reflexo na promoção histórica, pelo Itamaraty, da solução pacífica de controvérsias, do multilateralismo e do Direito Internacional nas relações entre nações soberanas. Nesse sentido, o exercício do Ministério Público como fiscal da lei não destoia do espírito que orientou o patrono da diplomacia brasileira ao lograr a configuração pacífica de nossas fronteiras. O processo de consultas sobre o documento final a ser adotado no Debate de Alto Nível sobre Estado de Direito nos níveis nacional e internacional, previsto para setembro próximo, na sede da Organização das Nações Unidas, tem demonstrado que não se pode mais dissociar a soberania interna da soberania externa, como se o direito apenas valesse para a primeira, enquanto a segunda estaria fatidicamente sujeita a

* Chefe da Divisão de Cooperação Jurídica Internacional do Ministério das Relações Exteriores.

1. Esta contribuição foi escrita em caráter particular e não reflete, necessariamente, a posição do Ministério das Relações Exteriores.

relações puras de poder e de violência. Como resumiu o Ministro das Relações Exteriores, Mauro Vieira, em seu discurso de posse: “O apelo por uma sociedade mundial mais justa e coesa, menos hierárquica, corresponde à luta do Brasil e de tantas nações por criar, dentro de suas próprias fronteiras, uma sociedade democrática e participativa”.

A preocupação com os direitos da cidadania reafirma-se não só na tutela de interesses difusos e coletivos da sociedade brasileira, como também na atenção a casos individuais. O atendimento ao público e a assistência consular – na busca de soluções a problemas que afligem o cidadão brasileiro, na obtenção de informações relevantes para o desempenho funcional, no acesso à informação pública – aproximam ambas as instituições como agentes da cidadania, ao buscarem garantir, de um lado, o pleno acesso à justiça no plano doméstico e, de outro, o respeito e a equidade no exterior. A atuação de diplomatas e promotores demonstra que não se pode dissociar o coletivo do individual, o difuso do concreto; e que a promoção dos direitos humanos e da justiça social, do acesso à educação e aos serviços básicos depende de uma atuação coordenada, na qual também participe o cidadão brasileiro, que dela se deve beneficiar.

Vejo os resultados positivos dessa articulação institucional no trabalho diário de minha Divisão, responsável, entre outros temas, pela negociação de acordos de cooperação jurídica internacional e pela facilitação da assistência consular estrangeira no Brasil. A exemplo das extensas funções atribuídas ao Ministério Público pela Constituição Federal, a cooperação ultrapassa a atuação de promotores de justiça na prevenção, investigação e punição do crime dentro e através de fronteiras nacionais, bem como em debates em foros internacionais especializados, como o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC, do inglês) no combate ao crime organizado transnacional, ao narcotráfico e à corrupção. Além de atuar como autoridade central brasileira para a Convenção de Nova York sobre Alimentos e para os tratados de cooperação jurídica em matéria penal com Portugal e com o Canadá, por exemplo, a Procuradoria-Geral da República tem contribuído com diligência e soluções criativas em vários casos que apresentam repercussões na política externa brasileira. A instituição tem prestado informações relevantes e orientações seguras a Estados estrangeiros e organizações internacionais, em temas como pedidos de extradição passiva, investigação de crimes transnacionais e casos que envolvem cidadãos estrangeiros em situação de vulnerabilidade no território brasileiro. A participação em debates sobre a adesão brasileira a convenções multilaterais e na negociação de acordos de cooperação jurídica internacional proporciona, à análise política, a segurança jurisprudencial advinda da prática forense.

Com efeito, é natural e desejável que o *Parquet* assumira papel relevante nas relações internacionais, em estreita coordenação com o Poder Executivo. A perspectiva de que o Estado nacional possa subsistir e prosperar dissociado do mundo exterior está definitivamente superada no mundo contemporâneo, o que se reflete, como não poderia deixar de ser, também na atividade jurisdicional. Em ambiente caracterizado pelo crescente volume, velocidade e intensidade do tráfico da comunicação e dos intercâmbios que ultrapassam as fronteiras nacionais, os operadores do direito não só se valem crescentemente de exemplos e experiências do que ocorre em outros países, como também se deparam com situações que exigem articulação externa, seja para lidar com suas consequências, seja para influir nas condições para sua resolução. A aproximação do Ministério Público com instituições estrangeiras homólogas – no âmbito bilateral ou regional, como no Mercosul,

na Conferência Ibero-americana, na CPLP –, é, assim, bem-vinda, pois proporciona soluções inovadoras a problemas comuns e caminhos promissores à realização dos princípios que regem as relações internacionais do Estado brasileiro.

Também há dez anos, no ano de criação da Unidade de Cooperação Internacional da Procuradoria-Geral da República, o XXII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica e Social congregou importantes filósofos contemporâneos ao redor da Declaração de Granada sobre a Globalização – “Direito e Justiça em uma Sociedade Global”. Em difícil consenso sobre o significado e as perspectivas dessa “complexa multiplicação dos intercâmbios”, reconheceu-se o incremento do bem-estar econômico e da riqueza cultural em grandes segmentos da população mundial, aliado, contudo, a uma pavorosa realidade de sofrimento, incultura e marginalização que aflige milhões de seres humanos. Embora não haja razões para celebrar ingenuamente a abertura incontornável da modernidade organizada, a experiência do Itamaraty tem demonstrado que a articulação cuidadosa entre as instituições públicas brasileiras tende a reforçar a capacidade de ação e a influência positiva do País no mundo, em prol de uma visão que privilegia a paz internacional, a cooperação entre os Estados e o compromisso pelo desenvolvimento social e humano.

O papel do juiz ou procurador de ligação no desenvolvimento da cooperação judicial internacional: ponto de vista do magistrado de ligação francês no Brasil

Carla Deveille-Fontinha*

Palavras-chave: Magistrado de ligação. Cooperação judicial. Integração internacional da justiça. Cooperação em matéria criminal. Cooperação técnica bilateral.

Antes mesmo da vigência entre os Estados-membros da União Europeia da Ação Comum de 1996¹ institucionalizando a criação do cargo, um primeiro intercâmbio já havia acontecido entre a França e a Itália em 1993.

Essa Ação Comum, que se imagina como marco jurídico explícito, determinando especificamente o papel e o tipo de atividades exercidos pelo magistrado de ligação,² não passa de uma casca quase vazia, limitando-se a relembrar os grandes princípios presidindo a criação desse novo ator da cooperação internacional.

Decerto insuficientemente claro e completo, esse instrumento sem valor normativo, adotado por consenso em torno do menor denominador comum, permitiu, no entanto, a oficialização da função, trazendo abertura e mudança de paradigma com referência à diminuição da burocracia e da promoção dos contatos entre magistrados estrangeiros, nem que seja por meio do magistrado de ligação, como seu nome bem o deixa entender.

Não se pode negar que, até aí, a cooperação judicial, cujos resultados, dificilmente previsíveis e geralmente demorados, era considerada pouco eficiente.

Em comparação com a cooperação policial, geralmente tida por mais rápida, eficiente e direta, principalmente quando se usam os mecanismos introduzidos pelo estatuto da OIPC Interpol,³ a cooperação judicial sempre foi mais difícil, porque indubitavelmente subordinada ao princípio da soberania dos Estados, da qual estes dificilmente se afastam, principalmente no que respeita à matéria penal.

O objetivo deste texto não é justificar a existência do cargo; é, no melhor dos casos, tentar demonstrar em que pode ser útil uma vez criado, à luz de uma experiência supostamente limitada e subjetiva.

* Procuradora da República da França. Conselheira Diplomática lotada na Missão para Negociação Penal Internacional do Ministério da Justiça. Ex-magistrada de ligação na Embaixada da França no Brasil (2011-2015).

Nota da autora: Agradecimentos à minha irmã Sandra, pela releitura atenta e carinhosa.

1. 96/277/JAI.

2. N. do E.: neste texto, a referência a “magistrado de ligação” abrange membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, em face de ambos serem magistraturas na França.

3. Organização Internacional de Polícia Criminal, mais conhecida como Interpol. Estatuto aprovado em Viena, 1956. Disponível em: <<http://www.interpol.int/fr/About-INTERPOL/Legal-materials/The-Constitution>>.

Parece, contudo, aqui indispensável sanar qualquer dúvida em relação à utilidade da própria cooperação judicial. Apesar de complexa e muitas vezes lenta, não pode ser pura e simplesmente substituída pela cooperação policial, porque uma e outra não têm o mesmo objetivo. Lembremos que a cooperação judicial é o único meio de obter provas no estrangeiro de forma a poder inseri-las legalmente em um procedimento judicial; também é o único meio (legal)⁴ de obter a entrega de uma pessoa condenada ou procurada pela justiça de outro país.

Lembremos também que a cooperação judicial, se realizada de forma concertada, é o único meio de combater eficazmente a criminalidade transfronteiriça, que, há muito, se tem prevalecido das fronteiras e do abrigo confortável que a falta de cooperação judicial não deixa de providenciar.

Mais do que inovação jurídica, a criação do cargo de magistrado de ligação deu lugar a uma mudança de paradigma, e – por que não? – a uma verdadeira revolução cultural que acompanhou e sustentou a caminhada europeia rumo a uma justiça cada vez mais integrada, podendo ser simbolicamente resumida à existência de contatos diretos entre magistrados no âmbito da cooperação judicial, conforme previsto pela Convenção de 29 de maio de 2000 e por todos os instrumentos posteriores elaborados ao abrigo do princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais, que suprimiu a necessidade de intermediação das autoridades centrais para fins de cooperação judicial.

Inicialmente inovação entre os países-membros da União Europeia a partir do fim dos anos 1990, a implantação de magistrados de ligação em países terceiros já não se pode considerar como tal na Europa. Hoje, o envio de magistrados de ligação para criar link e facilitar as relações de cooperação judicial é prática comum nas nossas relações bilaterais. Lembremo-nos a esse respeito que a França é o país que até agora tem implantado mais, tanto na Europa quanto em países terceiros.⁵

A escolha desses países foi sendo feita ao longo dos anos, tanto em termos de importância da relação bilateral quanto da existência de dificuldades de cooperação ou de possíveis melhorias no sentido de maior flexibilidade da cooperação, uma razão não excluindo a outra.

A criação dessa posição no Brasil provavelmente teve sua origem em ambas as razões.

É interessante notar que essa criação ocorreu de forma súbita, sem formalidades prévias ou trâmites administrativos específicos, como geralmente foi o caso nos demais países hóspedes, ou seja, sem qualquer necessidade anterior de firmar um acordo ou trocar cartas entre governos. Resumindo: só vontade por um lado e boa vontade por outro.

Quando cheguei ao Brasil, o Itamaraty teve que solucionar o problema inédito do título do cargo, na medida em que o cargo de “magistrado de ligação” era desconhecido até o momento. Optou-se, então, pelo eufemismo “conselheira jurídica”, que, sem ser perfeitamente adequado, pelos menos dava pequena noção das atribuições e do papel da “juíza de ligação”, como também é aqui conhecida essa função.

4. Deixemos aqui de lado os tais casos de “extradição por empurrão”, que não passam de acidentes processuais circunscritos devidos a uma óbvia falta de conhecimento das regras da cooperação internacional.

5. Nesta data, 18 cargos foram criados em quatro continentes.

No Brasil, de fato, não existia ainda na cultura dos magistrados a possibilidade de destacamento ou disponibilidade junto a órgão do Executivo. A explicação era, em grande parte, devida à aplicação estrita do princípio da separação de poderes, coibindo aos juízes o exercício durante sua carreira, ainda que temporariamente, de função que não fosse judicial.

Nota-se, no entanto, desde há alguns anos, a possibilidade de destacamento temporário de um juiz estadual ou federal como assessor de um ministro numa corte superior ou na corte suprema, não passando, porém de uma mobilidade circunscrita dentro do órgão judiciário.

Já na França,

[...] essa mobilidade, analisada principalmente a partir de destacamentos, foi desenvolvendo-se tendencialmente, sobretudo de forma diversificada desde a Segunda Guerra Mundial, especialmente desde a Quinta República. Durante este período, os destacamentos “tradicionais” para as colônias e no contexto da cooperação gradualmente desapareceram em favor de uma mobilidade mais variada, desde o exercício de funções de assessores em administrações, em organizações internacionais e até em empresas privadas ou para exercer as funções de sub-prefeito.⁶

Hoje, na época da mundialização, onde é comum que magistrados possam manejar vários idiomas estrangeiros, posições de destacamento oferecem muitas oportunidades, tanto na França quanto no estrangeiro, especialmente. Posições de magistrado de ligação têm experimentado aumento significativo, em um ritmo similar ao de outros conselheiros especializados aparecendo nas representações diplomáticas francesas (conselheiros da fazenda, agrícolas, de assuntos sociais).

Essa evolução é, no caso da cooperação judiciária, consequência do reconhecimento da necessidade de dispor de agentes capacitados para atendimento de solicitações de cooperação – muitas vezes urgentes – que, na ausência de magistrado de ligação, são atribuídas à competência dos serviços consulares, confessemos, para sua maior perplexidade...

A isso também se soma o fato de que a função cria a necessidade, e a presença de um magistrado de ligação em um país estrangeiro irá certamente gerar pedidos específicos de cooperação que provavelmente teriam sido tratados de forma diferente.

Haveria vários casos concretos para ilustrar essa ideia, mas antes de evocá-los parece necessário lembrar quais são os instrumentos de cooperação bilateral entre a França e o Brasil. No caso, vigoram três tratados bilaterais, dois em matéria criminal e outro em matéria civil.

Esses tratados, apesar de terem todos sido firmados em maio de 1996, já se podem considerar antigos.

Falando do Tratado de Cooperação Judicial, à luz da prática, várias lacunas podem ser listadas, principalmente no que diz respeito à falta de tomada em consideração da possibilidade de dispor de meios de cooperação mais ágeis, que se justificam pela nossa

6. BOIGEOL, 1998. Synthèse du rapport de recherche réalisé dans le cadre d'une convention de recherche entre l'IHTP-CNRS et la mission de recherche « Droit et justice » du ministère de la justice (128p).

relação de fronteira e a criminalidade subsequente – por exemplo, a previsão de contatos diretos em caso de urgência, a possibilidade de realizar investigações encobertas, entregas monitoradas ou equipes conjuntas de investigação, particularmente eficazes no tocante à luta contra a criminalidade organizada na zona de fronteira e cujo interesse é a coordenação da investigação e da persecução penal, evitando riscos de sobreposição de investigações, também prevenindo conflitos de competência e de jurisdição.

Um dos papéis do magistrado de ligação tem sido incentivar os responsáveis de ambas as partes para a redução dessas lacunas e a retomada das negociações nesse sentido. Esse trabalho tem sido particularmente demorado em relação à retomada das negociações do acordo de cooperação em matéria de transferência de pessoas condenadas, congeladas desde 2009 e retomadas no final do ano de 2013, com apoio do Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça brasileiro.

Outro papel do magistrado de ligação consiste em elaborar notas de direito comparado, prestando informações sobre o sistema jurídico do Estado hóspede, no âmbito de reflexões levadas pelo Ministério da Justiça francês – assim como pelos outros poderes – sobre projetos de reformas legislativas, em que de maneira sistemática se tem interesse em saber das experiências estrangeiras.

Além da cooperação técnica voltada para a realização de eventos e intercâmbio de experiências em torno da prática judicial, assim como da capacitação de magistrados e procuradores estrangeiros, desenvolvidos com o apoio da Escola Nacional da Magistratura francesa, pode-se dizer que o dia a dia de um magistrado de ligação é voltado, em grande parte, à assistência à execução de pedidos de cooperação oriundos das autoridades judiciais francesas. Concretamente, o juiz de instrução ou o procurador francês entram em contato com o magistrado de ligação, solicitando informações sobre a possibilidade de realizar no Brasil um ato específico de cooperação judicial e suas modalidades. Para tanto, muitas vezes o próprio projeto de pedido é comunicado para observações e complementos. Uma vez elaborado e traduzido, é adiantado por e-mail ao magistrado de ligação, a fim de monitorar sua execução. Isso permite antecipar eventuais dificuldades de execução e sanar dúvidas quanto à execução, principalmente quando as autoridades francesas solicitam a possibilidade de se deslocarem para participar da realização dos atos solicitados. Tal pedido supõe coordenação prévia entre as autoridades judiciais envolvidas para se conseguir data que possa agradar a todos.

Uma vez executadas as diligências, as peças de execução são muitas vezes informadas pelo Ministério Público Federal, permitindo comunicação antecipada ao magistrado rogante francês, tendo esta como único objetivo ganhar tempo na realização das traduções. Assim, muitas vezes, quando os documentos chegam pelo canal oficial, por intermédio das autoridades centrais (DRCI⁷ e BEPI⁸), sua tradução já foi adiantada. Isso permite reduzir prazos processuais na França, o que é de suma importância quando há pessoas presas preventivamente em um processo.

7. Departamento de Recuperação de Ativos e de Cooperação Internacional, da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça.

8. Bureau de l'entraide pénale internationale, da Direção de Assuntos Criminais e Indultos do Ministério da Justiça.

O magistrado de ligação, apesar de não ser um canal de transmissão oficial, pode ser utilizado como canal de comunicação, com o objetivo de acelerar a execução dos pedidos. Não há a menor dúvida em relação ao fato de que isso tenha acontecido de forma muito eficiente devido à excelente relação de cooperação que se foi tecendo ao longo dos anos com o Ministério da Justiça e o Ministério Público Federal e, principalmente, com os serviços do Procurador-Geral da República em Brasília.

Essa relação de confiança construiu-se pouco a pouco, baseada em uma vontade comum de cooperar e na fé de que a cooperação judicial é relevante e pode ser levada a cabo de forma eficiente. Rapidamente, esses intercâmbios ocasionaram uma aproximação forte e a troca de informações mesmo anteriormente à existência oficial de pedidos de cooperação. Ao longo da prática, fez-se clara a utilidade do magistrado de ligação, não somente para exercer o papel esperado de monitoramento dos pedidos, mas também na antecipação de dificuldades. Assim, é hoje praxe propor aos colegas franceses querendo solicitar ao Brasil a oitiva de uma testemunha, verificar anteriormente a localização dessa pessoa no território brasileiro e sua qualificação, principalmente quando as informações na posse das autoridades francesas não são muito específicas. Isso previne a demora ligada ao envio de um pedido oficial e os custos referentes à sua tradução sem certeza de que poderá ser finalmente executado. As informações assim obtidas de forma antecipada, além de pouparem tempo e recursos, também permitem facilitar a execução ulterior do pedido.

O apoio do Ministério Público Federal também permitiu a realização rápida de oitivas de testemunhas. Por exemplo, foi realizada uma teleconferência pela primeira vez, durante o decorrer de uma audiência pública do Tribunal do Júri de Grenoble, enquanto as testemunhas se encontravam em Brasília e em Salvador, na Bahia. O intercâmbio de informações sobre a existência de procedimentos na Guiana Francesa contra várias pessoas suspeitas no Brasil de participar de rede de criminalidade organizada em direção à Guiana permitiu ao Ministério Público Federal elaborar pedido de cooperação abrangente e solicitar investigações que ainda não tinham sido realizadas. Da mesma maneira, a comunicação antecipada de cópia de inquéritos de um lado e outro permite regularmente elaborar pedidos de cooperação judicial mais específicos, focando nas investigações ainda não realizadas ou que, no entender da autoridade judicial rogante, necessitariam ser complementadas. Outro exemplo, no caso do homicídio de militares franceses na Guiana Francesa por uma quadrilha de garimpeiros ilegais, cujo chefe foi preso em julho de 2012 em Macapá (Estado do Amapá), os intercâmbios entre ambas autoridades judiciais permitiram monitorar em tempo real a execução dos pedidos de cooperação franceses, sendo que em poucos meses foi possível organizar dois deslocamentos de autoridades francesas para participar das oitivas dos réus. De uma forma geral, essa proximidade na cooperação se tornará ainda mais vivaz a partir da estreia próxima de um gabinete no prédio da Procuradoria-Geral da República, espelhando a prática de colocações de magistrados de ligação estrangeiros perante as autoridades francesas.

Sem ter exaurido o tema, concluo sobre a necessidade de acreditar e investir na possibilidade da cooperação judicial, cooperação imprescindível pelas razões já mencionadas, e sua utilidade incontestável. Também parece indispensável manter e desenvolver as ações de cooperação que possam contribuir para melhor conhecimento mútuo de ambos os sistemas jurídicos, assim como os intercâmbios de juízes e procuradores ligados ao reforço da cooperação jurídica e ao conhecimento de seus mecanismos.

É também primordial que esse tema seja cada vez mais levado ao conhecimento dos magistrados e procuradores no âmbito de suas capacitações iniciais, para que a cooperação se torne reflexo e praxe nas suas atividades cotidianas, e que o instinto seja de procurar sempre cooperar com o colega estrangeiro, tendo em mente o caráter necessariamente recíproco da cooperação judicial para o bem da Justiça.

REFERÊNCIA

BOIGEOL, Anne. La magistrature «hors les murs». Analyse sociologique de la mobilité extra-professionnelle des magistrats (1998). *Bulletin de l'Institut d'Histoire du Temps Present*, n. 71, juin 1998.

O Superior Tribunal de Justiça e a Cooperação Internacional

Francisco Falcão*

[...] cooperação internacional para [...] promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais [...] (Art. I da Carta das Nações Unidas)

A competência e as garantias do Ministério Público da União foram preceituadas na Constituição de 1988. O protagonismo institucional, o sopro de vida ao desenho normativo do constituinte, vem da fibra e do engajamento dos cultos e valorosos Procuradores da República, atuando cotidianamente nas suas especialidades. Imbuído de genuína admiração, atendi ao convite do Excelentíssimo Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot, para expender algumas considerações no compêndio que ora se forma sobre a cooperação internacional.

Ciente da participação de luminares, com os quais muito aprenderei, adstrinjo-me a cinzelar conceitos propedêuticos, a esboçar singela taxonomia entre as várias possibilidades de cooperação interestatal em assuntos jurídicos e, por fim, a rememorar o papel do Superior Tribunal de Justiça.

INTRODUÇÃO

Os estudos de polemologia versam sobre o desentendimento violento, a guerra. Felizmente, a história brasileira não dá azo ao avanço desse ramo do conhecimento das ciências sociais. As análises de relações internacionais que têm o Brasil como objeto são muitíssimo prazerosas, porque revelam longa trajetória de cooperação, na qual viceja confiança na interação entre Estados.

As palavras veiculam ideias e, mesmo que não seja a intenção de quem emite a comunicação, também transmitem emoções. Cooperação porta emoção positiva; competição carrega carga negativa. Talvez por isso todas as idealizações de paraíso apresentam relações angelicais cooperativas e, na face oposta, nos infernos dantescos, desbragada competição.

O conceito de cooperação parece intuitivo¹ e sói ser apresentado por contraste com o que ele não é: competição. *A fortiori ratione*, melhor trabalhar os dois conceitos simultaneamente para mitigar a insegurança epistemológica. Cooperação se caracteriza pela “permutabilidade lógica entre nossos interesses e os das outras pessoas”.² Competição se caracteriza pela prevalência dos interesses de alguém sobre os de outrem.

As relações intersubjetivas são classificáveis de modo dicotômico: competitivas ou cooperativas. Claro, tipos puros pertencem ao campo do pensamento. Na rotina, as con-

* Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Corregedor Nacional de Justiça (2012/2014). Presidente do STJ (2014 a 2016).

1. “[...] Intuições sem conceito são cegas.” KANT, 1993, p. 89.

2. PINKER, 2004, p. 261.

dutas são predominantemente de uma ou outra natureza. Na cooperação, os agentes fazem convergir esforços; na competição, colidir esforços. Assim o fazem em razão da finalidade, imaginando que de um modo ou de outro alcançarão seu desiderato mais facilmente. “Nas situações de competição espera-se o cumprimento de regras para que os competidores possam alcançar seu bem particular e, nas de cooperação, deseja-se alcançar um bem comum, mediante partilha de esforço”.³ A rigor, não há mal ou bem intrínsecos ao ato cooperativo ou competitivo. A questão de fundo é a coerência entre meios e fins.

As finalidades do agente são passíveis de julgamento moral. Para atuação cooperativa ou competitiva cabe juízo lógico, pertinente à coerência, adequação da conduta ao fim pretendido.

Quando Estados desejam fazer justiça – respeitando o devido processo legal – em relação a atos ou pessoas que estão no todo ou em parte além de sua jurisdição, a cooperação interestatal se impõe como meio para finalidade justa. Essa, a *vexata quaestio*.

O ato cooperativo não resulta em *capitis diminutio*. Não ocorre perda de autoridade. As explicações dos doutrinadores de Direito Internacional Privado e Internacional Público padecem de *malattia autoimmune*, porque não incorporaram os desenvolvimentos teóricos advindos da Biologia e da teoria dos jogos. O conceito de altruísmo recíproco⁴ explica com facilidade as razões que levam os Estados à cooperação, prescindindo de discursos esotéricos sobre mitigação de soberania e argumentações bordejantes.

Os Estados não se diminuem, não entregam parte do seu sopro vital – a soberania – quando se relacionam cooperativamente. Ao contrário, ao pedirem auxílio a outro ente que consideram igual, consolidam sua condição de Leviatã. *Par in parem non habet imperium*. Inexiste imposição, há proposição. Cooperam em ambiente de coordenação, não de subordinação. Afirmar – não infirmar – a soberania exsurge dos muitos tratados de cooperação jurídica internacional, a exemplo da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, que ressalta no art. 4º o respeito à igualdade soberana.

Do *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos* editado pelo Ministério da Justiça, faz-se excerto que sintetiza o pensamento articulado até este ponto:

Em seu dever de prover a justiça, o Estado precisa desenvolver mecanismos que possam atingir bens e pessoas que podem não mais estar em seu território. Até mesmo meros atos processuais, mas necessários à devida instrução do processo, podem ser obtidos mediante auxílio externo, de modo que a cooperação jurídica internacional toma-se um imperativo para a efetivação dos direitos fundamentais do cidadão nos tempos atuais.⁵

3. KOLOTELO; WENDPAP, 2007, p. 1.

4. O conceito de altruísmo recíproco foi desenvolvido para explicar o mutualismo verificado pela Biologia no reino vegetal e no animal. Consiste na aceitação de ônus, que resulta em bônus para outrem, com a expectativa de que no futuro próximo ou mediato o beneficiário retribua a quem lhe ajudou outrora. Das ciências duras, o conceito saltou para as ciências sociais (WENDPAP, 2015, p. 3).

5. BRASIL, 2012, p. 15.

A cooperação não se destina à glória dos cooperantes; visa a concretizar direitos fundamentais, assegurar que as fronteiras políticas e jurídicas entre os Estados não limitem a dignidade, atributo da condição humana.

1. Taxonomia

São tradicionais na cooperação jurídica internacional as cartas rogatórias, a homologação de sentença estrangeira, os pedidos de extradição e a transferência de pessoas condenadas.

As cartas rogatórias tramitam, via de regra, pelos canais diplomáticos e se destinam ao cumprimento de decisões interlocutórias.

A homologação de sentença estrangeira atribui coercibilidade a decisões terminativas de processo, com trânsito em julgado.

Traditio, radical da palavra extradição, denota a ação entre Estados de entrega de pessoa física para processo ou aplicação de sanção penal.

Por fim, pessoas condenadas e cumprindo pena em país estrangeiro podem – como preceitua a inteligência ressocializadora da Lei de Execuções Penais – passar a cumprir a pena no seu Estado de origem.

Na cooperação contemporânea, o incremento da complexidade e da intensidade das relações internacionais públicas e particulares forçou o desenvolvimento de modalidades de cooperação jurídica para além do rol tradicional. Essas formas, amiúde reguladas por tratado extremamente técnico, prescindem do juízo de deliberação clássico, acelerando a atuação dos aparatos públicos cooperantes.

O auxílio direto, referido no § 2º do art. 216-O do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça se destaca na gama de atos cooperativos pela simplicidade⁶ das formas, prescindindo da pompa e circunstância que cercavam os escassos contatos não belicosos entre os Estados em tempos passados. No art. 28 e seguintes, o novo Código de Processo Civil regula o cabimento do auxílio direto e o procedimento a ser adotado.

Quando o auxílio tem por objeto decisão jurisdicional do Estado requerido que produzirá efeitos, *ultima ratio*, no âmbito interno do requerente, salta aos olhos o alto grau de confiança na qualidade jurisdicional dos partícipes. De certa forma, é a concretização do princípio da igualdade jurídica dos Estados, preceituada no art. 2º da Carta das Nações Unidas.

Brevitatis causa, não se demorou na tipologia, particularmente no que atine à distinção entre cooperação jurídica e cooperação jurisdicional, acompanhando-se a opção do novo CPC que trata todas as modalidades sob o rótulo de cooperação jurídica, não fazendo uso de nomen iuris específico para designar a cooperação entre autoridades judiciais de Estados distintos.

6. “Art. 26. A cooperação jurídica internacional será regida por tratado do qual o Brasil seja parte e observará: [...] V – a espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras.”

2. O papel do Superior Tribunal de Justiça na Cooperação Internacional

A concessão de *exequatur* às cartas rogatórias e a homologação de sentença estrangeira foram atribuídas pela Emenda Constitucional nº 45 à competência do Superior Tribunal de Justiça, subtraindo-as do Supremo Tribunal Federal.

O *exequatur* tem a natureza de ordem dirigida a juiz brasileiro para praticar ato processual requerido por autoridade judicial estrangeira. A homologação faz da sentença estrangeira título executivo judicial, similarmente à sentença nacional, como preceituado pelo art. 475-N do Código de Processo Civil, com redação idêntica no art. 513, VIII, do novel *Codex*.

Ao dar curso expedito às modalidades de cooperação jurídica internacional que integram sua competência, o Tribunal da Cidadania atende ao anseio humano de ver atos de justiça a tempo e modo, sem dilações que os tornem inócuos.

Nessa contextura, é imperioso que se defina o papel da Presidência do Tribunal de verificar a observância dos requisitos antes previstos na Resolução/STJ nº 9/2005 e hoje disciplinados, em sua inteireza, pelo Regimento Interno do STJ. Diploma legal que passou a regulamentar, em seu Título VII-A, os processos oriundos de Estados estrangeiros, tratando, especificamente, da homologação da sentença estrangeira, em seu capítulo primeiro e, no segundo, sobre a concessão de *exequatur* a cartas rogatórias.

Segundo os arts. 216-A e 216-O, respectivamente cumulados com os arts. 216-K e 216-T, é competência do Presidente homologar a sentença estrangeira não contestada e conceder *exequatur* a cartas rogatórias, salvo situações excepcionais em que, nesse último caso, possibilita-se ao Presidente *determinar a distribuição dos autos do processo para julgamento pela Corte Especial*.

Em boa hora, algumas normas não preceituadas na Resolução/STJ nº 9/2005 foram incluídas no Regimento Interno da Corte, após longos e profícuos estudos realizados pela Comissão de Jurisprudência deste Tribunal, capitaneada pelo Ministro Luiz Felipe Salomão.

Colacionam-se as maiores contribuições para o procedimento de homologação de sentença estrangeira e concessão de *exequatur* às cartas rogatórias trazidas pelas novas regras incluídas no complexo de normas internas do STJ. Confirmam-se:

1. Inclusão da *dignidade da pessoa humana* como um dos requisitos negativos para a homologação da sentença estrangeira e para concessão de *exequatur* a cartas rogatórias (art. 216-F e art. 216-P) – durante a sessão plenária em que se discutia a proposta de emenda regimental relacionada ao tema, por sugestão do Ministro Herman Benjamin, o comando normativo passou a prever que “não será homologada a sentença estrangeira que ofender a soberania nacional, a dignidade da pessoa humana e/ou a ordem pública”. O adendo teve por desiderato delimitar o conceito de ordem pública, muitas vezes tão subjetivamente considerado, a ponto de carecer de densidade significativa. Assim, embora incluído como requisito autônomo, parece muito mais voltado a emprestar conteúdo ao conceito normativo indeterminado da ordem pública. Por um ou por outro prisma, a Corte Especial ainda não teve oportunidade de examinar nenhuma sentença estrangeira contestada sob esse fundamento. Contudo, a título exemplificativo, registro que, antes

mesmo da alteração regimental, já se homologou sentença estrangeira que determinava alteração de sexo da parte requerente, acompanhada de toda a repercussão jurídica na sua esfera civil. Tudo em nome do princípio da dignidade da pessoa humana. Confira-se, nesse sentido, a SE 11.942-IT.

2. Previsão de indicação de curador especial para a parte requerida revel ou incapaz também nos procedimentos de concessão de *exequatur* a cartas rogatórias (art. 216-R). O iter procedimental sempre previu a determinação de notificação do interessado para que, querendo, pudesse impugnar as cartas rogatórias a si endereçadas. A indicação de curador especial, no caso, da Defensoria Pública da União, amplifica o direito de defesa do cidadão acionado em lides que tramitem nas justiças estrangeiras.

3. Possibilidade de o Presidente determinar a distribuição da carta rogatória para um dos membros da Corte Especial nos casos em que haja impugnação ao pedido de concessão de *exequatur*. Algumas importantes discussões a respeito dos trâmites das cartas rogatórias ou, até mesmo acerca da avaliação sobre o preenchimento dos requisitos para concessão da ordem de *exequatur*, poderiam findar no âmbito da Presidência do Tribunal. Com a alteração, discussões mais polêmicas poderão contar, após a formação do contraditório, com contribuição dos demais Ministros da Corte Especial, a um dos quais poderá ser distribuído o processo, dando mais legitimidade a julgamentos em que a natureza da controvérsia assim impuser.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria civil*. 3. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

KOLOTELO, Rosane; WENDPAP, Friedmann. *Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

PINKER. Steven. *Tabula rasa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

WENDPAP, Friedmann. Fatos não factuais. *Gazeta do Povo*, Curitiba, p. 3, edição de 2 mar. 2015.

O crime organizado e a cooperação internacional

Ricardo Andrade Saadi*

O fenômeno da criminalidade é muito antigo. Alguns entendem que é fruto da forma de viver em sociedade, outros que é característica hereditária do criminoso. O fato é que se convive com o crime há muito tempo. Porém, de alguns séculos para cá, este se aperfeiçoou. Aos poucos, o criminoso deixou de atuar sozinho e passou a fazê-lo em grupos. A partir de então, nasceu a chamada criminalidade organizada. Os primeiros grupos organizados de que se tem notícia são as tríades chinesas, surgidas no século XVI. Posteriormente surgiram a Yakuza japonesa, as máfias italianas e outras organizações criminosas.

Nas últimas décadas, está-se vivendo uma profunda transformação no mundo e, conseqüentemente, na criminalidade. Com a ascensão de um novo modelo econômico, principalmente a partir do final da década de 1980, o mundo passou por intenso processo de globalização. A nova política econômica teve como característica a desregulação da economia, de forma que o Estado pouco deveria intervir. Houve, também, o desenvolvimento tecnológico e das telecomunicações. Tudo isso possibilitou a globalização dos mercados.

Tais fatos acarretaram o declínio da importância das fronteiras nacionais, permitindo que investimentos fossem feitos em qualquer parte do planeta, bem como quase livre circulação monetária internacional. Essa abertura econômica possibilitou maior intercâmbio de mercadorias e serviços e, por conseguinte, o mercado passou a desconhecer limites geográficos. Além dessas transformações, a informatização trouxe maior proximidade entre as pessoas, bem como o desenvolvimento tecnológico e das comunicações (principalmente a internet) e possibilitou o nascimento e o crescimento do comércio eletrônico.

Sem dúvida, a democratização da tecnologia e da informação, o acesso aos mercados, de capitais e de mercadorias, de todo o mundo e a aproximação entre os povos trouxeram uma série de benefícios para a população.

Os criminosos, porém, também se beneficiaram de toda essa mudança. O crime organizado aproveitou-se da globalização para expandir o alcance de suas atividades. Aqueles grupos criminosos que atuavam local ou regionalmente passaram a atuar de forma globalizada. Toda a facilidade de movimentação de pessoas e recursos que foi gerada pela globalização favoreceu a expansão do crime organizado, de forma que algumas organizações criminosas passaram a atuar em diversos países, deslocando-se conforme a necessidade e a “melhor oportunidade de mercado”. Recursos gerados pelo cometimento de crimes em um país – o Brasil, por exemplo – já são “guardados” em outros, onde o sigilo bancário e fiscal é mais forte, como na Suíça.

* O autor é Delegado de Polícia Federal, atualmente exercendo o cargo de Diretor do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça (DRCI/MJ). É formado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e em Economia pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). É especialista em Direito Processual Civil pela PUC-SP, além de mestre e doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Diante do crescimento acentuado do crime organizado transnacional, o assunto passou a ser pauta recorrente nos diversos foros internacionais. Organismos como a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização dos Estados Americanos (OEA) e o Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), entre outros, elaboraram diversos textos tratando do assunto, direta ou indiretamente, mas sempre com grande preocupação com o combate à criminalidade internacional. Todas as discussões nos citados foros e os textos elaborados por seus representantes têm em comum a indicação de que o enfrentamento ao crime organizado deve passar necessariamente pela retirada dos bens dos criminosos, pela descapitalização da atividade ilegal. Dessa forma, apreensão e o confisco de bens, assim como a criminalização da lavagem de dinheiro, passaram a ser tratados como essenciais para uma eficiente atuação estatal.

Uma “ferramenta” colocada à disposição das autoridades é a cooperação internacional, a qual tem como objetivos principais a troca de informações de inteligência, a produção de atos processuais, a obtenção de provas em outros países e o bloqueio e posterior repatriação de ativos.

Trocas de informação podem ocorrer de duas maneiras distintas: em nível de inteligência ou como cooperação jurídica internacional.

Em nível de inteligência, pode-se citar a troca de informações entre policiais, entre os membros dos Ministérios Públicos e entre Unidades de Inteligência Financeira (UIFs).

A cooperação realizada por meio da INTERPOL¹ é exemplo de cooperação internacional bastante eficiente e rápido nos dias atuais, e, além dessa, existe a cooperação entre policiais de todo o mundo, que trocam informações por intermédio de seus adidos.²

Membros dos Ministérios Públicos trocam informações diretamente com seus congêneres nos outros países ou pelas chamadas redes de cooperação,³ além de existirem grupos com membros do *parquet* que foram criados com esse objetivo.

1. A Organização Internacional de Polícia Criminal, mundialmente conhecida pela sua sigla Interpol (em inglês: *International Criminal Police Organization*), é uma organização internacional que ajuda na cooperação de polícias de diferentes países. Foi criada em Viena, na Áustria, no ano de 1923, pelo chefe da polícia vienense Johannes Schober, com a designação de *Comissão Internacional de Polícia Criminal*. Hoje sua sede é em Lyon, na França, tendo adotado o nome atual em 1956 e tem a participação de 190 países membros. A sigla Interpol foi pela primeira vez utilizada em 1946. A Interpol não se envolve na investigação de crimes que não envolvam vários países membros ou crimes políticos, religiosos e raciais. Trata-se de uma central de informações para que as polícias de todo o mundo possam trabalhar integradas no combate ao crime internacional, ao tráfico de drogas e aos contrabandos.

2. No Brasil, existem adidos dos seguintes países: África do Sul, Alemanha, Austrália, Canadá, Colômbia, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, França, Inglaterra, Itália, Japão, Peru, Portugal e Suíça. Nos últimos anos, a Polícia Federal brasileira tem expandido sua atuação, possuindo atualmente adidos nos seguintes países: África do Sul, Argentina, Bolívia, Colômbia, Estados Unidos, França, Itália, Paraguai, Peru, Portugal, Reino Unido, Suriname e Uruguai.

3. As redes de cooperação internacional podem ser definidas como grupos que permitem a comunicação entre pontos de contato dos países por elas abrangidos. Os pontos de contato são designados pelas autoridades centrais responsáveis pela cooperação jurídica, pelo Poder Judiciário, pelos Ministérios Públicos e por outras autoridades envolvidas na cooperação internacional. Além de coordenar a atuação nacional, os pontos de contato também intermedeiam o processo da cooperação. A atuação, no entanto, não se reveste de caráter burocrático, mas se pauta pela troca de informações e pela realização de contatos informais. Com o objetivo de fortalecer a relação entre eles, são promovidos encontros periódicos entre os pontos de contato dessas redes.

Ademais, as Unidades de Inteligência Financeira (UIFs), as quais, entre outras funções, recebem a comunicação de operações atípicas ou suspeitas que ocorrem no âmbito de atuação das chamadas pessoas obrigadas, podem cooperar com suas congêneres de outros países por intermédio através do Grupo de Egmont.⁴

Porém, grande parte das informações entre os países, porém, não pode ser trocadas por canais de inteligência, uma vez que devem passar pelo crivo do Poder Judiciário ou por tratar-se de pedidos de execução de medidas judiciais entre os países cooperados. A via correta para esses casos é a chamada cooperação jurídica internacional.

Medidas como sequestro e apreensão de bens, quebras de sigilo bancário e fiscal, citações e outros somente podem ser feitas através dessa modalidade de cooperação. Para tanto, a fim de realizar a cooperação jurídica internacional, além de promover celeridade e otimização do trabalho, em geral, os países indicam uma autoridade central⁵ para coordenar a tramitação e execução deles.

Como reflexo da preocupação do Estado brasileiro em se alinhar às diretrizes internacionais e a fim de organizar e possibilitar esse contato com as autoridades estrangeiras, foi criado o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), ligado à Secretaria Nacional de Justiça (SNJ), do Ministério da Justiça (MJ).

Para viabilizar o funcionamento da autoridade central brasileira, foi aprovada a estrutura regimental do departamento pelo Decreto 6.061/2007, possuindo as competências abaixo transcritas:

Art. 11. Ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional compete:

1. articular, integrar e propor ações do Governo nos aspectos relacionados com o combate à lavagem de dinheiro, ao crime organizado transnacional, à recuperação de ativos e à cooperação jurídica internacional;
2. promover a articulação dos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, inclusive dos Ministérios Públicos Federal e Estaduais, no que se refere ao combate à lavagem de dinheiro e ao crime organizado transnacional;
3. negociar acordos e coordenar a execução da cooperação jurídica internacional;
4. exercer a função de autoridade central para tramitação de pedidos de cooperação jurídica internacional;

4. Quem exerce essa função no Brasil é o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF).

5. De acordo com a Convenção da Haia de 1965, autoridade central "é o órgão técnico nacional, exclusivo ou não, designado por cada um dos Estados Partes de um tratado para centralizar comunicações e ações de cooperação jurídica internacional.". No Brasil, na esfera criminal, a autoridade central para a grande maioria dos casos é o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), departamento vinculado à Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça. A Procuradoria Geral da República (PGR), e não o DRCI, é a autoridade central brasileira para pedidos de cooperação jurídica internacional baseados em acordos bilaterais que envolvam o Canadá e Portugal.

5. coordenar a atuação do Estado brasileiro em foros internacionais sobre prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao crime organizado transnacional, recuperação de ativos e cooperação jurídica internacional;
6. instruir, opinar e coordenar a execução da cooperação jurídica internacional ativa e passiva, inclusive cartas rogatórias; e
7. promover a difusão de informações sobre recuperação de ativos e cooperação jurídica internacional, prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao crime organizado transnacional no País.

Em suma, cabe ao DRCI não somente coordenar a execução ativa e passiva da cooperação jurídica internacional, funcionando como autoridade central para tramitação de pedidos, mas também coordenar a atuação do Estado brasileiro em foros internacionais sobre prevenção e combate à lavagem de dinheiro, ao crime organizado transnacional, a recuperação de ativos e a cooperação jurídica internacional.

No entanto, não basta a atuação contínua de uma autoridade central para que a cooperação jurídica internacional seja de fato internalizada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Apesar de erigir a cooperação entre os povos como princípio regente das relações internacionais do País (artigo 4º, inciso IX, da Constituição Federal), o Brasil não possui legislação interna em vigor que regulamente a cooperação jurídica internacional. Essa lacuna é um desafio à prática da cooperação, que, atualmente, é baseada em normas internas esparsas, acordos internacionais e na jurisprudência.

Como uma das bases da cooperação jurídica internacional, citamos os tratados (bilaterais ou multilaterais), que, quando ratificados e internalizados pelo Brasil, têm magnitude de lei ordinária, ou a promessa de reciprocidade.

Tratados multilaterais possuem, por definição, abrangência ampla e não costumam descer a detalhes, mas apresentam dispositivos mais genéricos. De qualquer modo, prezam pela prestação de toda a cooperação judiciária possível. Basta lembrar, além disso, que, para servir como base legal para a cooperação, é necessário que o tratado esteja vigente em ambos os países envolvidos no pedido de cooperação.

Pelo caráter multilateral desses tratados, sua aplicabilidade aos diversos sistemas jurídicos dos Estados Partes fica vinculada à previsão de diretrizes mais genéricas, que não suprem a necessidade de estabelecer normas específicas para conferir segurança à exequibilidade de pedidos concretos de cooperação. Por esse motivo, os tratados multilaterais são aplicados, sobretudo, quando ausente acordo bilateral que regule a matéria mais especificamente.

Acordos bilaterais trazem disposições que poderão refletir o tratamento mais adequado a pedidos de cooperação entre dois países, encaminhando de forma mais célere e efetiva solicitações de auxílio de forma geral, inclusive pedidos de afastamento de sigilo bancário e solicitações de constrição de bens para fins de recuperação de ativos. Dessa forma, possuem a prerrogativa de adequar os pedidos de cooperação às especificidades dos sistemas jurídicos dos países envolvidos, a fim de possibilitar a efetividade do cumprimento desses pedidos.

Dentre os cinco países para os quais o Brasil atualmente encaminha pedidos de cooperação internacional penal de forma mais frequente, quais sejam, Estados Unidos, Paraguai, Argentina, Uruguai e Espanha, há acordos bilaterais em matéria penal em vigor com dois deles: Estados Unidos e Espanha. Os pedidos referentes aos demais países tramitam com base em acordos multilaterais.

Diante do exposto, a cooperação internacional, em especial a jurídica, tem cada vez mais importância para que as autoridades possam combater de forma eficiente o crime organizado transnacional, bem como para que o direito possa ser realizado em sua plenitude. Por se tratar de tema razoavelmente novo, está em rápida e constante evolução e as autoridades brasileiras, em especial as autoridades policiais, os membros do Ministério Público e os membros do Poder Judiciário estão cada vez mais familiarizados com o tema e fazendo uso dessa ferramenta.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nádia de. A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do estado brasileiro no plano interno e internacional. In: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos – matéria penal*. Brasília: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, 2008. p. 39-48 (leitura de p. 39-42).

ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003 (leitura de p. 265-271).

GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal. In: *Revista forense*, São Paulo, ano 100, vol. 373, maio/jun. 2004, p. 3-18.

HAVERS, Michael. Legal cooperation: a matter of necessity. In: *International lawyer*, Dallas, v. 21, p. 185-194, 1987.

KLEEBANK, Susan. *Cooperação judiciária por via diplomática: avaliação e propostas de atualização do quadro normativo*. Brasília: Instituto Rio Branco, 2004 (leitura do capítulo 1 – Introdução).

LOULA, Maria Rosa Guimarães. *Auxílio direto em matéria civil: novo instrumento brasileiro de cooperação jurídica internacional*. 2006. 317 p. Tese (doutorado). Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 2006 (leitura de p. 30-39 e 44-52).

MCCLEAN, David. *International legal cooperation in civil and criminal matters*. Oxford: Oxford University, 2002 (capítulo 1 – Introduction).

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Cooperação jurídica internacional e auxílio direto. In: *Revista CEJ*, Brasília, n. 32, p. 75-79, jan./mar. 2006.

TOFFOLI, José Antônio Dias; CESTARI, Virgínia Charpinel Junger. Mecanismos de cooperação jurídica internacional no Brasil. In: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos – matéria penal*. Brasília: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, Secretaria Nacional de Justiça, Ministério da Justiça, 2008. p. 21-29 (leitura de p. 21-24).

Criminalidade Transnacional, Persecução Penal Global

Danilo Andreato*

Palavras-chave: Crimes transnacionais. Persecução penal. Cooperação penal internacional. Bens jurídicos. Estado Democrático de Direito.

A evolução da sociedade tem ocasionado surgimento ou alterações de inúmeros fenômenos, entre os quais se situam a criminalidade organizada e econômica e todas as suas particularidades, a exemplo da intensificação da transnacionalidade delitiva e da afetação de bens jurídicos transindividuais, como o meio ambiente, a segurança pública, a ordem econômica e o sistema financeiro nacional.

É fora de dúvida que o bom emprego das inovações tecnológicas traz facilidades à vida, inovações essas que amplificaram a velocidade e o fluxo de pessoas e bens entre países. Lamentavelmente, porém, também se constata seu manejo com propósitos ilícitos, em prejuízo da sociedade e dos valores consagrados na Constituição de 1988, tendo em vista que a versatilidade das tecnologias da informação e das comunicações viabilizou mais espaços e composições favoráveis ao cometimento de delitos patrimoniais e contra a ordem socioeconômica.¹

Descortinaram-se oportunidades para mais agilmente serem ocultados ganhos, de maneira a impedir ou erigir maiores obstáculos à ação das autoridades públicas. Ao apertar uma tecla, em uma fração de segundo envia-se o produto de atividade criminosa a um país distante – às vezes, nem tão distante assim – não raro intensificando a dificuldade ou até mesmo impossibilitando o rastreamento dessas somas mediante sucessivas e complexas transações financeiras ou corporativas.

A título ilustrativo, veja-se a lavagem de capitais, atividade em que se busca dissimular a origem ilícita de bens e/ou valores com o propósito de acobertá-los sob o manto de aparente legalidade. O esmaecimento das fronteiras, em decorrência da maior possibilidade de movimentação financeira proporcionada com a abertura dos mercados e da crescente evolução da informática e do comércio eletrônico, tem na lavagem de capitais um dos reflexos obscuros da globalização.

O sistema de *money laundering* pode gerar graves impactos de ordem micro e macroeconômica, cujo grau de lesividade, tal como acontece nas infrações penais dessa espécie, não se revela imediatamente no momento da consumação. Seus perniciosos efeitos projetam-se para o futuro.

* Mestre em Direito (PUC/PR). Especialista em Direito Criminal (Unicuritiba). Titulado em Formação Especializada em Direitos Humanos (Universidade Pablo de Olavide – Sevilha, Espanha). Membro do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPPP). Assessor jurídico da Secretaria de Cooperação Internacional da Procuradoria-Geral da República (SCI-PGR). www.daniloandreato.com.br.

1. FARALDO CABANA, 2009, p. 24.

Microeconomicamente, um dos ecos negativos faz-se sentir no embaraço à circulação de bens no mercado, ocasionado pelo fato de usualmente serem utilizadas empresas de fachada para conferir aparência de legalidade à atividade. Uma vez no mercado, tais empresas passam a concorrer com as demais, porém de modo desleal, pois altamente favorecidas com injeções de dinheiro sujo, que lhes permite praticar preços aquém do real patamar do mercado, de maneira a dificultar ou impedir que seus concorrentes atuantes na legalidade continuem de portas abertas, bem assim inibir o ingresso de novas empresas no setor, isso quando não as pressiona a lançar mão de práticas ilegais semelhantes.

A desestabilização da economia, com maior intensidade nos países em desenvolvimento e com considerável força nos países desenvolvidos, é uma das nuances da afetação macroeconômica. A saída repentina de vultosas quantias de um país no processo de lavagem de capitais pode sinalizar ao mercado financeiro, de modo equivocado, determinada tendência, gerando instabilidade monetária em função das repercussões nas taxas de câmbio e de juros. Perdem-se, assim, investimentos no país das mais diversas ordens, com impactos em geração de empregos, saúde, educação, infraestrutura urbana etc.

Desses pontuais exemplos é possível perceber a elevada carga de dano social, acentuada pela deterioração das bases democráticas em face da corrupção, atravancando ou debilitando o desenvolvimento socioeconômico. Um dos traços característicos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é a contundente afirmação da democracia como única opção de regime político com características compatíveis com o pleno respeito aos direitos humanos.² “O regime democrático já não é, pois, uma opção política entre muitas outras, mas a única solução legítima para organização do Estado”³

Essa conjuntura não pode passar ao largo das atenções dos operadores jurídicos, cujo olhar acerca do direito penal e processual penal tem de estar sintonizado com as perspectivas do nosso tempo, aliado a aspectos éticos e práticos, com sólida e humanista fundamentação teórica.

Pontifica Luigi Ferrajoli que a distinção entre o processo e o “fazer justiça com as próprias mãos” ou de outros métodos bárbaros de justiça sumária reside no fato de que o processo prima por duas diferentes finalidades, em coerência com a dúplici função preventiva do direito penal: a punição dos culpados com a tutela dos inocentes.^{4,5}

2. Dispõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no art. 21: “1. Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos; 2. Toda pessoa tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país; 3. A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade de voto”. Na mesma Declaração, o art. 29 estabelece: “1. Toda pessoa tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível; 2. No exercício de seus direitos e liberdades, toda pessoa estará sujeita apenas às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem, e de satisfazer às justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”.

3. COMPARATO, 2001, p. 234.

4. FERRAJOLI, 2006, p. 483.

5. “Pues si el Estado prohíbe, por principio, las venganzas privadas y los duelos, tan conocidos y usuales en la Edad Media, entonces nace para él, como reverso de una misma moneda, la obligación de velar por la protección y juzgamiento estatales del infractor y que la paz social sea renovada a través de la conclusión definitiva del procedimiento” (ROXIN, 2000, p. 2).

Nessa perspectiva, o Estado nacional é ainda a pedra de toque para prevenção e repressão ao crime, tendo no Direito Processual Penal o sismógrafo da Constituição, como diz Roxin.⁶ A ausência de alternativa viável, em paralelo à tentativa de esvaziar as funções do Estado, acaba por prejudicar as atividades preventivas e repressivas dirigidas à criminalidade, que se aproveita para preencher as lacunas estatais, ampliando seu poderio e embaraçando ainda mais a implementação de políticas criminais desses Estados.

No entanto, a aceitação e a defesa de que é ainda a partir do Estado nacional que se deve centrar a articulação da repressão à criminalidade transnacional não implica abandono de tarefas e de realização de projetos de modo coordenado e em sistema de cooperação entre os Estados, a qual também recebe o nome de cooperação interetática. Esse labor mútuo deve se dar não só entre Estados, mas também entre estes e organizações internacionais, como as Nações Unidas, com vistas à prevenção e ao controle da criminalidade global.

A cada dia aumenta o número dos acordos (bilaterais ou multilaterais) de cooperação jurídica internacional em matéria penal, diminuindo em muito o espaço de utilização das cartas rogatórias, substituídas por pedidos diretamente efetuados de uma autoridade central, encarregada de dar cumprimento aos termos do ajuste, para outra. Além dos acordos multilaterais, como a Convenção de Viena de 1988,⁷ a Convenção de Palermo,⁸ a Convenção de Mérida⁹ e o Protocolo de San Luís,¹⁰ entre outros, há os de caráter bilateral entre Brasil e Canadá (Decreto nº 6.747/2009), China (Decreto nº 6.282/2007), Colômbia (Decreto nº 3.895/2001), Cuba (Decreto nº 6.462/2008), Espanha (Decreto nº 6.681/2008), Estados Unidos (Decreto nº 3.810/2001), França (Decreto nº 3.324/1999), Itália (Decreto nº 862/1993), México (Decreto nº 7.595/2011), Nigéria (Decreto nº 7.582/2011), Panamá (Decreto nº 7.596/2011), Peru (Decreto nº 3.988/2001), Portugal (Decreto nº 1.320/1994), República da Coreia¹¹ (Decreto nº 5.721/2006), Suíça (Decreto nº 6.974/2009), Suriname (Decreto nº 6.832/2009) e Ucrânia (Decreto nº 5.984/2006).¹²

A essa lista não exaustiva¹³ adicionam-se decretos publicados no Diário Oficial da União

6. "En el procedimiento penal entran en conflicto los intereses colectivos e individuales entre sí con más intensidad que en ningún otro ámbito, la ponderación de esos intereses, establecida por la ley, resulta sintomática para establecer la relación entre Estado e individuo genéricamente vigente en una comunidad: ¡el Derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución del Estado! Reside en ello su actualidad política, la cual significa, al mismo tiempo, que cada cambio esencial en la estructura política (sobre todo una modificación de la estructura del Estado) también conduce a transformaciones del procedimiento penal" (ROXIN, 2000, p. 10).

7. Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, promulgada pelo Decreto n. 154/1991.

8. Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto nº 5.015/2004.

9. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.678/2006.

10. Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais, assinado pelo Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai em 25 de junho de 1996, promulgado em nosso País mediante o Decreto nº 3.468, de 17 de maio de 2000.

11. Coreia do Sul.

12. No endereço <<http://sci.pgr.mpf.mp.br/normas-e-legislacao/tratados>>, da Secretaria de Cooperação Internacional da Procuradoria-Geral da República, está disponível para consulta a íntegra dos instrumentos bilaterais e multilaterais celebrados pelo Brasil no plano internacional.

13. Veja-se, por exemplo, o Decreto nº 7.687/2012, que versa sobre parceria e cooperação em matéria de segurança pública entre Brasil e Alemanha, prevendo no art. 4º que, "no âmbito da prevenção e do combate a crimes transnacionais, as Partes Contratantes cooperarão em conformidade com seu respectivo direito interno", propondo-se a executar, entre outras, "a pedido de uma das Partes Contratantes e de acordo com o consentimento da Parte requerida, medidas de ordem policial previstas em seu ordenamento jurídico nacional".

de 12 de julho de 2013, referentes à promulgação de tratados, todos em vigor desde aquela data, versando sobre extradição, transferência de pessoas condenadas ou a respeito do auxílio direto, a assistência jurídica mútua. Trata-se dos acordos celebrados entre Brasil e Espanha (Decreto nº 8.048/2013),¹⁴ Honduras (Decreto nº 8.046/2013), Panamá (Decretos nº 8.045/2013 e 8.050/2013), Reino Unido da Grã-Bretanha (Decreto nº 8.047/2013)¹⁵ e os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa¹⁶ (Decreto nº 8.049/2013).

Na categoria dos multilaterais, incluem-se a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal (Convenção de Nassau), de 1992, com vigência interna para o Brasil em 2008, conforme o Decreto nº 6.340/2008, publicado no Diário Oficial da União de 4 de janeiro de 2008, e seu Protocolo Facultativo, assinado em Manágua, capital nicaraguense, em 11 de junho de 1993.

São diversas as modalidades de entreato de persecução penal no âmbito mundial, das quais a mais antiga provavelmente seja a extradição.¹⁷ Vão desde a troca de informações com relação a investigados e acusados até realização de medidas processuais que, pelos mecanismos tradicionais, demandariam enfrentamento de caminhos burocráticos mais extensos, como costuma ocorrer nas cartas rogatórias.

Pela estrada da cooperação direta, evitam-se os percalços da morosidade e anda-se em sintonia com o princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal¹⁸). A transferência de testemunhas ou réus de um Estado para outro, a remessa

14. Cuida da cooperação em matéria de combate à criminalidade, especialmente no que se refere a: a) delitos contra a vida e integridade das pessoas; b) terrorismo e seu financiamento; c) tráfico, produção e comércio ilegais de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como matérias-primas para sua fabricação e precursores; d) imigração ilegal e tráfico de seres humanos, principalmente de mulheres e crianças; e) privação ilegal da liberdade individual; f) falsificação (elaboração, alteração) e utilização ilegal de documentos de identidade (passaportes, vistos e documentação de veículos); g) contrabando; h) lavagem de dinheiro procedente de atividades ilícitas; i) falsificação (elaboração, alteração) e distribuição fraudulenta de moeda, meios de pagamento, cheques e valores; j) comércio ilegal de armas, munições, explosivos, matérias-primas estratégicas (materiais nucleares e radioativos), bem como outras substâncias de periculosidade geral e artigos e tecnologias de duplo uso; k) tráfico ilegal de bens culturais, de valor histórico e obras de arte; l) crimes contra a economia, inclusive delitos fiscais; m) exploração e abuso sexual de crianças e adolescentes; n) crimes cibernéticos; o) crimes contra recursos naturais e o meio ambiente; p) corrupção. Ademais, as “Partes colaborarão também na luta contra qualquer outro crime cuja prevenção, detecção e investigação requeiram a cooperação das autoridades competentes dos dois Países” (art. 1º, item 3).

15. Estabelece o art. 27 desse Tratado que suas disposições se aplicam ao Brasil e aos territórios do Reino Unido, nos quais se compreendem Inglaterra, País de Gales, Escócia, Irlanda do Norte, Ilha de Man, Ilhas do Canal e “qualquer outro território por cujas relações internacionais o Reino Unido seja responsável e ao qual o presente tratado tenha sido estendido, por troca de notas, entre as Partes, sujeito a qualquer modificação acordada pelas Partes e a possibilidade de quaisquer das Partes denunciar em tal extensão mediante aviso prévio por escrito com seis meses via canal diplomático”.

16. Além do Brasil, a Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP) é formada por Angola, Cabo Verde, Moçambique, Portugal, São Tomé e Príncipe, Guiné-Bissau e Timor-Leste.

17. “En su inicio, la cooperación internacional penal estaba limitada a la extradición. Extradición que además era estudiada y concedida para cada caso concreto y sobre la única base del criterio de oportunidad. A partir del siglo XIX empezaron a surgir los primeros tratados bilaterales sobre cooperación penal, primero limitados a la extradición y, más adelante, ampliados a la asistencia judicial en el sentido estricto de las comisiones rogatorias. No fue sino hasta finales del siglo XX que, ante fenómenos de criminalidad organizada, tráfico de armas y estupefacientes, blanqueo de dinero, corrupción, terrorismo etcétera, y (o) por influencia de la globalización, los Estados se han visto obligados a reforzar la cooperación penal” (VIADA, 2009, p. 93).

18. CF, art. 5º, LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

de material probatório, além da “possibilidade do reconhecimento, quase que de plano, das sentenças estrangeiras, bem como a mobilidade de condenados entre diferentes Estados”,¹⁹ são outros exemplos da cooperação jurídica internacional em matéria penal.

Não por outro motivo, a Lei nº 9.613/1998 prevê no art. 8º a hipótese de o juiz determinar, lastreado em tratado ou convenção internacional, ou, em sua falta, em promessa de reciprocidade por parte do país solicitante, medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores oriundos de crimes, praticados no exterior, descritos no art. 1º da lei. Vale lembrar que desde 10 de julho de 2012 qualquer infração penal pode servir de ilícito antecedente para lavagem de dinheiro, uma vez que naquela data entrou em vigor a Lei nº 12.683/2012, a qual modificou a Lei nº 9.613/1998, eliminando a lista fechada de crimes antecedentes, até então formada por: **a)** tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; **b)** terrorismo e seu financiamento; **c)** contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; **d)** extorsão mediante sequestro; **e)** crimes contra a Administração Pública, inclusive exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para prática ou omissão de atos administrativos; **f)** crimes contra o sistema financeiro nacional; **g)** crimes praticado por organização criminosa; e **h)** crimes praticado por particular contra a administração pública estrangeira.

Tais considerações levam a perceber que o ponto nodal está na precisa compreensão da realidade do nosso tempo, em que o Estado nacional, por si só, não se basta. Isso não significa, no entanto, que em datas pretéritas inexistisse o fenômeno da transnacionalidade delitiva.

Quer-se aqui dizer é que tal fenômeno se agudizou em face dos progressos sociais, em particular no campo das comunicações e do trânsito de pessoas e valores. Essa nova configuração veio acompanhada de inúmeras questões de elevada importância, como a forma de influência sofrida pelo Estado a partir dessas inovações e as novas linhas de legitimidade e força social.²⁰ Todos esses aspectos refletem na persecução penal,²¹ principalmente quando essa persecução se refere a delitos transnacionais, como crimes econômicos lato sensu, redes de corrupção, tráficos de drogas, armas e munições e outros tantos.

Estima-se que somente atividades ligadas ao tráfico de drogas movimentam cerca de 500 bilhões de dólares anuais, superando valores provenientes da indústria petrolífera.²² Essas cifras bilionárias oriundas do narcotráfico, para serem usufruídas no mercado convencional, fatalmente terão de ser lavadas.

Cada vez mais grupos criminosos atuam não somente em um território nacional, rompendo seus limites e embaraçando sobremaneira a atividade investigativa e a persecução penal. Segundo Maria Carolina de Almeida Duarte, artigos “piratas” chineses têm sido fabricados

19. COSTA, 2010, p. 1313-1314.

20. “Pura e simplesmente o que é que aquilo que se acaba de perceber traz de diferente – e de diferença radical – ao nosso modo de ser coletivo? Por outras palavras: em que é que a comunidade politicamente organizada – o Estado – é influenciada? Em que é que ela se transforma? Quais as suas novas linhas de força? Quais as novas legitimidades que se podem perceber? Quais os traços que podem caracterizar essa nova realidade social? Eis um conjunto de perguntas fundamentais que viabilizam a procura de respostas adequadas à percepção de um modelo operatório para o direito penal e, muito particularmente, para o direito penal econômico” (COSTA, 2010, p. 1304-1305).

21. A propósito, consulte-se ANDREATO, 2013.

22. COSTA, 2010, p. 1306, nota 12.

até mesmo em alto-mar. “Existem verdadeiras linhas de montagens instaladas nos próprios navios que saem de cidades como Xangai com destino a grandes mercados, como o Brasil”.²³ Tais entraves, com os quais o Ministério Público e a Polícia se deparam para identificar a autoria de infrações penais e colheita de provas, tornam-se verdadeira tarefa labiríntica.

Como adverte José de Faria Costa, é preciso buscar perceber a criminalidade transnacional não como se fosse um fenômeno social qualquer, mas, antes de tudo, como produto dos influxos da própria ideia de globalização. Perceber esse fenômeno não como “exaltação de visão conspirativa da história da sociedade”, mas, diz o autor, “como atuação racional de homens que agindo, se bem que no campo do ilícito penal, pretendem, sobretudo, captar o maior benefício ilícito que as novas possibilidades de um mercado global lhes propicia”.²⁴

O enfrentamento desses problemas, os quais trazem consigo inúmeros riscos a bens jurídicos constitucionalmente protegidos, exige mudança de paradigmas, implicando não apenas mudanças de nossas percepções e maneiras de pensar, mas também de nossos valores,²⁵ sempre com amparo na dignidade da pessoa humana e em princípios democráticos. Esses novos valores podem ser identificados na sociedade de risco, proveniente do desenvolvimento tecnológico, em que os riscos atingem todo o corpo social.²⁶

Segundo afirmado linhas atrás, o regime mais harmônico com a tutela dos direitos humanos é o democrático, porque o pleno exercício dos direitos políticos tem o condão de viabilizar o “empoderamento das populações mais vulneráveis”, fortalecendo sua capacidade de pressão, articulação e mobilização políticas.²⁷

Nessa linha de raciocínio, não só os direitos individuais devem ser objeto de tutela pelo Estado, mas também os direitos socioeconômicos, marcadamente transindividuais, tendo em vista que guardam estreitos vínculos com a dignidade da pessoa humana, por favorecerem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade e propiciarem bem-estar geral.

23. DUARTE, 2009, p. 94.

24. COSTA, 2010, p. 1.310. Sobre o tema, diz Alicia González Vidaurri: “Pero ya no es la policía en su papel tradicional para prevenir delitos y proteger la vida social sino de una policía redimensionada, en cuerpos especializados para cada uno de los problemas que afectan al nuevo orden económico mundial: la emigración masiva, la desocupación generalizada, la protesta colectiva y la delincuencia organizada en todas sus facetas” (GONZÁLEZ VIDAUERRI, 2010, p. 1.209).

25. CAPRA, 2006, p. 27. Na p. 25 da mesma obra o autor percebe como novo paradigma a “visão de mundo holística, que concebe o mundo como um todo integrado, e não como uma coleção de partes dissociadas. Pode ser também denominado visão ecológica, se o termo ‘ecológica’ for empregado num sentido muito mais amplo e mais profundo do que o usual. A percepção ecológica profunda reconhece a interdependência fundamental de todos os fenômenos, e o fato de que, enquanto indivíduos e sociedades, estamos todos encaixados nos processos cíclicos da natureza (e, em última análise, somos dependentes desses processos)”.

26. “El acceso a la sociedad del riesgo se produce en el momento en el que los peligros que la sociedad decide ahora y produce consecuentemente socavan y/o anulan los sistemas de seguridad establecidos por el cálculo de riesgos existente en el estado de bienestar. En contraste con los primeros riesgos industriales, los riesgos nuclear, químico, ecológico y de la ingeniería genética: a) no pueden ser limitados ni en cuanto al tiempo ni en cuanto al espacio; b) no es posible exigir responsabilidades por ellos conforme a las normas establecidas de causalidad, culpa y responsabilidad legal; y c) no pueden ser compensados ni es posible asegurarse contra ellos. O, para expresarlo por referencia a un único ejemplo: hoy todavía no han nacido todos los afectados por Chernobil, años después de la catástrofe” (BECK, 2002, p. 120).

27. PIOVESAN, 2007, p. 14.

A par disso, os fenômenos sociais captados pelo direito penal como detentores de considerável nocividade passaram a receber ainda mais atenção de diversos países, que, principalmente por meio de tratados bilaterais ou multilaterais, buscaram harmonizar sua legislação de maneira a tecer verdadeira rede global de prevenção e repressão à criminalidade.

REFERÊNCIAS

ANDREATO, Danilo. *Técnicas especiais de investigação: premissas teóricas e limites constitucionais*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. São Paulo: Cultrix, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

COSTA, José de Faria. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). *Doutrinas essenciais de direito penal*. Introdução: direito constitucional, princípios, evolução histórica, direito internacional e globalização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1, p. 1.301-1.320.

DUARTE, Maria Carolina de Almeida. Globalização e a nova criminalidade. *Revista Territórios e Fronteiras*, Cuiabá, v. 2, n. 1, p. 81-98, jan./jun. 2009.

FARALDO CABANA, Patricia. *Las nuevas tecnologías en los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed., rev. e ampl. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al., colaboração de Alexis Augusto Couto de Brito et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GONZÁLEZ VIDAURRI, Alicia. Globalización, post-modernidad y política criminal. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). *Doutrinas essenciais de direito penal*. Introdução: direito constitucional, princípios, evolução histórica, direito internacional e globalização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. 1, p. 1.207-1.232.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

VIADA, Natacha G. *Derecho penal y globalización – cooperación penal internacional*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

Desenvolvendo parcerias para a cooperação no combate aos ilícitos transnacionais

Márcia Loureiro*¹

O enfrentamento dos ilícitos transnacionais é objeto da atuação externa do Brasil em diversas instâncias bilaterais e multilaterais. O País busca ativamente promover essa agenda no diálogo e cooperação com países vizinhos e de outras regiões, bem como no âmbito do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), da União de Nações Sul-Americanas (Unasul) e da Comunidade de Estados Latino-Americanos e Caribenhos (CELAC), da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Organização das Nações Unidas (ONU) e, ainda, em foros especializados e configurações específicas, como o Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) e seu órgão subsidiário regional (GAFILAT), o BRICS, a Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP), o G-20 e outros.

A cooperação internacional para enfrentamento de ilícitos requer abordagem integrada e contínuo aprimoramento dos arcabouços institucionais e dos métodos empregados pelos Estados. Ante a crescente complexidade do crime organizado em contexto de globalização econômica, multiplicação dos fluxos financeiros e aceleração das inovações tecnológicas, impõe-se aos governos nacionais a tarefa de desenvolver redes e mecanismos de colaboração cada vez mais ágeis e eficientes no plano externo. Esse esforço de desenvolvimento de parcerias internacionais deve ter como ponto de partida a colaboração no âmbito interno, entre os diversos órgãos públicos, a qual constitui um dos fundamentos da atuação coesa e eficaz do Brasil em iniciativas bilaterais, regionais e multilaterais.

No plano interno, característica essencial das políticas e ações governamentais brasileiras na área do enfrentamento aos ilícitos é a articulação entre diversas instâncias e órgãos do poder público, complementada pela colaboração da sociedade civil. Cabe ao Itamaraty, como parte desse conjunto, propor diretrizes de política externa para a prevenção e combate aos ilícitos transnacionais, promover e coordenar a participação do País em reuniões internacionais e ações de cooperação internacional.

Em sua atuação externa, o Brasil busca atender não apenas às suas próprias demandas e necessidades, mas também às de seus parceiros, sobretudo os países de menor índice de desenvolvimento. O crime organizado transnacional, em suas diversas manifestações – como o tráfico de drogas e substâncias precursoras, de armas e munições e de seres humanos, bem como o contrabando de migrantes, a pirataria e a lavagem de dinheiro –, pode representar, em certos casos, importante desafio à governança. Esse desafio é,

* Ministra de Segunda Classe da carreira diplomática. Chefia, desde 2012, a Coordenação-Geral de Combate aos Ilícitos Transnacionais do Ministério das Relações Exteriores. Chefiou a Coordenação-Geral de Organizações Econômicas e o Gabinete da Subsecretaria-Geral de Assuntos Econômicos e Tecnológicos. Ministra-Conselheira em Washington e Cônsul-Geral Adjunta em São Francisco. Graduada pelo Instituto Rio Branco, com mestrado em Serviço Exterior pela Universidade de Georgetown (Washington, EUA).

1. As opiniões da autora não refletem necessariamente as do Ministério das Relações Exteriores.

muitas vezes, consequência da debilidade das instituições públicas e de níveis reduzidos de desenvolvimento, fatores que compõem difíceis realidades socioeconômicas das quais as redes criminosas se beneficiam.

Nas instâncias em que a temática é discutida, o Brasil procura fazer avançar conceitos e iniciativas que, em paralelo ao enfoque da repressão às atividades ilícitas e do combate às organizações criminosas, incorporem também questões relativas à segurança cidadã, desenvolvimento e bem-estar social, acesso à justiça, prevenção e redução de danos, atenção a vítimas e promoção de cultura de paz e justiça, sempre em observância aos direitos humanos e garantias individuais e com respeito à soberania dos Estados.

No momento em que se comemora o décimo aniversário da Unidade de Cooperação Internacional da Procuradoria-Geral da República, a crescente e proveitosa colaboração entre o Ministério das Relações Exteriores (MRE) e o Ministério Público (MP), na área do combate aos ilícitos transnacionais, merece registro. A Coordenação-Geral de Combate aos Ilícitos Transnacionais do MRE e aquela Unidade da PGR, hoje consolidada como Secretaria de Cooperação Internacional (SCI), fazem parte do conjunto de órgãos cuja interlocução constante e construtiva em muito tem contribuído para formulação de posições, lançamento e avanço de iniciativas de interesse do Brasil na esfera multilateral.

Prevenção do crime e justiça criminal

Os resultados positivos dessa parceria se traduzem, por exemplo, na consistente atuação do Brasil em foros e instâncias das Nações Unidas, em particular na Comissão de Prevenção do Crime e Justiça Criminal do Conselho Econômico e Social (CPCJC/ECOSOC), que se reúne anualmente, e no Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Justiça Criminal, evento de periodicidade quinquenal, cuja 12ª edição o Brasil sediou em 2010 e que se realizará no Catar, em 2015. O MRE tem coordenado o processo preparatório da participação brasileira no Congresso, com o concurso de diversos órgãos, de modo que o Brasil possa seguir contribuindo para aperfeiçoamento conceitual e para desenvolvimento de ações concretas na área da prevenção do crime e de administração da justiça.

Nesse contexto, aos conhecimentos específicos da Procuradoria-Geral da República sobre investigação e processo criminal, soma-se sua contribuição na avaliação de possíveis mecanismos de cooperação internacional. A PGR também apoia, de forma regular, as atividades que o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) desenvolve em cumprimento aos mandatos emanados da CPCJC em temas de especial relevância e atualidade, como tráfico de pessoas e crime cibernético. Tal apoio inclui a indicação de especialistas para compor grupos de peritos e fornecimento de subsídios para estudos temáticos e repositórios de legislações nacionais. Outro aporte significativo da PGR aos debates nesses foros deriva de sua experiência no contexto das redes de cooperação jurídica internacional, de que são exemplos a Rede Ibero-americana de Cooperação Judicial (IberRed), estrutura que congrega pontos de contato nos 23 países que compõem a Comunidade Ibero-americana de Nações, e a Rede Judiciária da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, formada por pontos de contato dos oito países lusófonos.

A reflexão conceitual e o exercício propositivo são de particular importância em áreas que se situam na fronteira do conhecimento, como o combate ao crime cibernético.

O Brasil está plenamente envolvido no esforço de digitalização de inúmeros processos sociais, econômicos e culturais da vida contemporânea. Em contraposição aos benefícios gerados por essa crescente digitalização, observam-se também consequências indesejáveis, entre as quais o aumento do número de atividades delitivas que envolvem sistemas de computadores. Na investigação desses crimes, as instituições competentes enfrentam sério obstáculo: em vista do caráter global das redes, as provas que poderiam incriminar um suspeito frequentemente se encontram armazenadas em servidores que estão fora do território nacional. Para obtê-las, procedimentos tradicionais mostram-se frequentemente incompatíveis com a realidade digital, na qual o volume de informação produzida a cada instante impede sua preservação por períodos extensos.

Ante esse desafio, compartilhado por toda a comunidade internacional, o Brasil entende ser necessário instrumento multilateral para enfrentamento do crime cibernético, a ser negociado, com a máxima representatividade, sob a égide das Nações Unidas. Existem alguns instrumentos regionais relativos aos crimes cibernéticos, alguns abrangendo diversos aspectos do problema. Embora tais instrumentos reflitam, de forma legítima, diferenças socioculturais e regionais, divergências na extensão das provisões concernentes a poderes procedimentais e à cooperação internacional conduziram à emergência de “blocos” de cooperação, os quais nem sempre são adequados à natureza global dos crimes cibernéticos.

O governo brasileiro defende a criação de mecanismo de cooperação internacional para preservação e obtenção das provas eletrônicas, calcado em abordagem equilibrada, que leve em conta a necessidade de, por um lado, enfrentar o crime cibernético e, por outro, garantir pleno respeito aos direitos humanos, como o direito à liberdade de expressão e de associação, o acesso ao conhecimento e à cultura, o devido processo legal, a privacidade dos cidadãos e a transparência da administração pública. Nos foros em que o tema é discutido, as posições brasileiras têm incorporado importantes elementos extraídos da experiência dos membros do Ministério Público Federal.

Prevenção e combate à corrupção

O Brasil é parte dos principais instrumentos internacionais que regem a matéria, como a Convenção Interamericana contra a Corrupção (Caracas, 1996), de caráter pioneiro, e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Mérida, 2003), de alcance global. O Brasil é também signatário da Convenção da OCDE sobre Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, sendo membro pleno do Grupo de Trabalho sobre Suborno daquela Organização. Integra, ainda, o Grupo de Trabalho Anticorrupção do G-20. Nesses foros, representantes do MPF têm tido participação construtiva nas delegações brasileiras, contribuindo para divulgação externa dos mais recentes avanços legislativos e institucionais alcançados pelo Brasil e integrando as equipes avaliadoras de outros países-membros.

Lavagem de dinheiro e recuperação de ativos

Prevenção e repressão ao crime organizado não podem prescindir do combate à lavagem de dinheiro. O encarceramento de integrantes de organizações criminosas é necessário, mas não suficiente para reduzir a atividade criminosa, cuja desestruturação requer corte dos fluxos financeiros ilícitos que a alimentam. Com base nesse enfoque,

o Brasil procura aperfeiçoar continuamente a cooperação internacional para combate à lavagem de dinheiro e para recuperação de ativos, tendo participação ativa e sendo avaliado positivamente, por exemplo, no Grupo de Peritos para Combate à Lavagem de Dinheiro da Comissão Interamericana sobre o Abuso de Drogas (CICAD) da Organização dos Estados Americanos (OEA), no Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI-FATF) e no Grupo de Ação Financeira da América Latina (GAFISUD).

A prevenção e o combate à lavagem de dinheiro e recuperação de ativos são áreas da ação dos Estados que requerem intensa cooperação entre os diversos órgãos e instituições governamentais. Nesse contexto, não se pode deixar de mencionar iniciativa brasileira que desperta grande atenção em foros internacionais: a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA). Criada em 2003, sob a liderança do Ministério da Justiça, a ENCCLA hoje articula cerca de 60 integrantes, entre os quais figuram órgãos dos três Poderes da República, Ministérios Públicos e entidades da sociedade civil. O Ministério das Relações Exteriores tem procurado, no plano interno, expandir sua participação nas ações anuais da ENCCLA e, no plano externo, divulgar e promover essa inovadora experiência, que reafirma o caráter colaborativo e transversal das políticas públicas brasileiras, com resultados positivos para consecução dos objetivos do Brasil e reforço de suas credenciais no plano internacional.

Ao Som da Interpol

Luiz Cravo Dórea*

Ao escutar a palavra Interpol, é possível que os amantes de rock alternativo se lembrem de imediato da banda formada em 1998, que já se apresentou várias vezes no Brasil. Mas, em 1923, isto é, 92 anos antes de emprestar nome ao quarteto nova-iorquino, o chefe da polícia de Viena, Johann Schober, com representantes de 14 países, criou a Organização Internacional de Polícia Criminal, que mais tarde viria a ser conhecida simplesmente como Interpol, nome adotado como endereço telegráfico da sede da organização. Já naquela época, era comum que criminosos europeus fugissem do alcance da lei cruzando a fronteira em direção ao país vizinho. Por isso, eles resolveram formar um banco de dados que facilitasse a troca de informações sobre delitos internacionais e seus autores.

Com o tempo, as demais nações perceberam que essa cooperação também facilitava o combate aos ora chamados crimes transnacionais (tráfico de drogas, armas, pessoas, obras de arte roubadas, terrorismo, contrabando etc.) e, aos poucos, foram aderindo. Com sede em Lyon, na França, a Interpol conta atualmente com 190 países-membros. É a segunda maior organização internacional, atrás apenas da Organização das Nações Unidas (ONU), com 193 países, ou seja, somente três países da ONU ainda não se associaram. Em cada país filiado há um Escritório Central Nacional (ECN). Funciona sem interrupção durante todos os dias do ano e difunde informações em quatro línguas oficiais: árabe, espanhol, francês e inglês.

Seu suporte é mantido por contribuições dos países, de acordo com a capacidade financeira de cada um. O Brasil contribui com 799 mil euros anualmente, o que corresponde a 1,47% do orçamento geral da instituição. Parece caro, mas vale a pena. Com a globalização do crime e a fácil movimentação das pessoas, não há como um país, principalmente o Brasil, considerada a 7ª economia do planeta, combater de forma muito eficiente a delinquência internacional sem possuir uma ferramenta mundial de intercâmbio de informação policial. Tanto é que, desde 1956, a Interpol no Brasil já cumpriu centenas de mandados de prisão expedidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF) contra estrangeiros, para extradição. A lista vai de pedófilos a mafiosos que gostam de esconder-se em ensolaradas praias do Nordeste sob disfarce de simpáticos donos de restaurantes e pousadas. No exterior, dentre os casos mais famosos, destacam-se as prisões da fraudadora do INSS, Jorgina de Freitas, presa na Costa Rica, e do tesoureiro da campanha do ex-presidente Fernando Collor de Mello, Paulo César Farias, detido na Tailândia. Recentemente entraram na galeria Henrique Pizzolato, preso na Itália, e o médico Roger Abdelmassih, capturado em Assunção, Paraguai.

Não existe concurso ou outra forma de seleção para ingressar na Interpol. Normalmente ela é representada em cada país por alguma instituição policial. No Brasil, suas atribuições são desempenhadas por servidores policiais e administrativos da Polícia Federal. Diferente do que muita gente pode pensar, seus agentes não possuem imunidade diplomática nem autorização legal para prender em qualquer lugar do mundo quem estiver em seus registros. O respeito ao sistema legal de cada país e aos direitos humanos são princípios básicos.

* Coordenador-Geral de Cooperação Internacional da Polícia Federal.

Um simples exemplo de como funciona na prática. Suponhamos que a Polícia Civil de uma cidade qualquer apure que o autor de um homicídio fugiu para o exterior. O delegado ou o promotor pode representar ao juiz pela prisão preventiva e pelo envio do mandado para a representação regional da Interpol, que funciona em cada uma das 27 superintendências da Polícia Federal e na Delegacia de Foz do Iguaçu. No ofício, o magistrado deve informar que se compromete a requerer a extradição do fugitivo caso algum país cooperante o localize e o prenda. Então, a cópia do mandado, os dados qualificativos e uma síntese do caso são enviados para a Secretaria-Geral da Interpol em Lyon, via sistema I-24/7. Isso vai gerar uma “difusão vermelha”, que é um pedido internacional de prisão com vistas à extradição. Sem mandado, também se pode solicitar a mera localização de um suspeito ou de testemunhas.

Alguns países, como a Argentina, possuem legislação que permite a prisão imediata do fugitivo localizado, bastando que o nome dele conste na difusão vermelha. A maioria dos países, contudo, condiciona a expedição de mandado de prisão por juiz local. O Brasil adotou um meio-termo. Com a promulgação da Lei nº 12.878/2013, de 5 de novembro de 2013, chamada informalmente de Lei da Difusão Vermelha, o ECN da Interpol passou a ser reconhecido formalmente como parte legítima para encaminhar ao Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça (DEEST/MJ) pedidos de prisão cautelar para fins de extradição. Após conferência dos pressupostos, o MJ encaminhará o pedido ao STF para decisão quanto à expedição do mandado. Caso seja determinada a ordem restritiva, o país interessado será comunicado de que terá 90 dias para formalizar o pedido de extradição pelo canal diplomático. Antes da Lei nº 12.878/2013, a Interpol Brasil informava a localização do fugitivo ao país interessado, de modo que este é que tinha que formalizar pela via diplomática o pedido da prisão cautelar para extradição, o que podia demorar meses, levando-se em conta a burocracia envolvida e a tradução dos documentos para o português. Portanto, de fato tal lei agilizou muito o trabalho de cooperação policial internacional de prisões para extradição.

Como nada é perfeito, há dois pontos fracos nesse sistema. O primeiro se refere à localização não planejada do fugitivo. Ocorre quando, por exemplo no Brasil, ele vem a ser detectado no embarque ou desembarque de aeroporto. Por mais rápida e articulada que seja a comunicação dos policiais de imigração com o ECN, este dificilmente terá como conseguir um mandado de prisão do STF em questão de horas. Na maioria das vezes levam-se dias. Sem isso não há como reter o fugitivo no local e, conseqüentemente, poderá se perder oportunidade única para aplicação da lei penal. Outra dificuldade é que a alimentação dos bancos de dados da Interpol e a realização de diligências policiais no exterior dependem do grau de envolvimento com a causa policial global que cada país define para si mesmo. Em bom português, a velha boa vontade. Assim, a falta de resposta em tempo hábil poderá, por exemplo, privar a Justiça local de conhecer os antecedentes criminais de réu estrangeiro em seu país, dado importante para efeito de cálculo da pena.

O cenário ideal seria que a lei permitisse a prisão com base na difusão vermelha, com a obrigação de apresentação incontinenti do preso ao magistrado e comunicação ao Ministério Público, para homologação ou não da prisão. De qualquer forma, de 2006 a 2014, o uso do canal Interpol no Brasil viabilizou 111 extradições para o exterior (extradição passiva) e 56 extradições de outros países para o Brasil (extradição ativa), constituindo, assim, poderosa ferramenta de cooperação internacional.

Por tudo isso, do mesmo modo que a música da banda americana une admiradores ao redor do mundo, a Interpol tem o mérito de aproximar quem tem a investigação criminal como profissão, independentemente de língua, religião ou nacionalidade.

Terrorismo e a Cooperação Penal Internacional: Desafios ao direito de extradição

Artur de Brito Gueiros Souza*

Palavras-chave: Terrorismo. Cooperação penal internacional. Crime político. Direito de extradição.

1. Introdução

Em 22 de dezembro de 2014, a pedido do governo espanhol, o brasileiro K. G. foi preso na Bulgária, com dois marroquinos, quando estavam a caminho da Turquia, todos acusados de receber fundos de recrutamento da ala radical do grupo terrorista Estado Islâmico (EI), que ocupa parte do território da Síria e do Iraque. Prontamente extraditado para a Espanha, onde residia havia cerca de dez anos, K. G. será julgado pela suposta prática do delito de associação com organização terrorista e, se condenado, poderá receber pena de seis a 12 anos de prisão¹.

Esse fato, que envolve um cidadão brasileiro, ilustra aquilo que se pode considerar uma nova “face” do terrorismo: o recrutamento de jovens, nascidos ou criados em países do chamado “primeiro mundo”, para cerrar fileiras com grupos extremistas autodenominados “islâmicos”, no Oriente Médio, com o escopo de, após treinamento militar e doutrinação ideológica, retornarem ao país de origem para protagonizarem ações terroristas². Foi o que ocorreu, entre os dias 7 e 9 de janeiro de 2015, nos atentados havidos na capital da França, que vitimaram uma dezena de pessoas³.

Diante desse contexto de dinâmica transformação – no qual, como visto, o Estado

* Procurador Regional da República. Professor de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP).

1. Cf. Brasileiro suspeito de terrorismo depõe. O Globo, p. 49.

2. Cf.: “Eles têm de 11 a 20 anos, normalmente têm ascendência muçulmana, vivem em situação de opressão socioeconômica em países ocidentais, sonham com o Jannah (o paraíso), defendem a ummat al-Islamiyah (uma comunidade coletiva de povos islâmicos) e são presas fáceis do extremismo. De jovens desiludidos no Ocidente, transformam-se em jihadistas determinados a eliminar os ‘infieis’, mesmo que para isso seja preciso recorrer a decapitações e a execuções em massa. ‘O alcance do Estado Islâmico em relação ao recrutamento em países ocidentais não tem equivalente na história da jihad (guerra santa) moderna’, alerta o francês Jean-Charles Brisard, especialista na rede Al-Qaeda. Se a organização de Osama bin Laden arregimentou 20 mil militantes em duas décadas, em apenas dois anos o Estado Islâmico (EI) incluiu em suas fileiras 12 mil combatentes estrangeiros, dos quais 4 mil são ocidentais – 3,4 mil procedentes da Europa. O EI revolucionou o recrutamento de terroristas. Enquanto a Al-Qaeda e outras facções operam por meio de células e de redes de aliciamento, a organização se especializou em usar a internet. ‘O Estado Islâmico tem presença sofisticada nas mídias sociais e publica uma revista on-line, a Dabiq. No ambiente virtual, dissemina mensagens alusivas ao poder da facção, com exaltação da violência e das decapitações, e aos triunfos militares na busca da criação do califado’, afirma o canadense Wesley Mark, professor da Universidade de Ottawa.” (CRAVEIRO, 2014, p. A-8). Enquanto a Al-Qaeda e outras facções operam por meio de células e de redes de aliciamento, a organização se especializou em usar a internet. ‘O Estado Islâmico tem presença sofisticada nas mídias sociais e publica uma revista on-line, a Dabiq. No ambiente virtual, dissemina mensagens alusivas ao poder da facção, com exaltação da violência e das decapitações, e aos triunfos militares na busca da criação do califado’, afirma o canadense Wesley Mark, professor da Universidade de Ottawa.” (CRAVEIRO, 2014, p. A-8).

3. Sobre o assunto, vide nota de rodapé n. 31, infra.

brasileiro encontra-se, direta ou indiretamente, inserido⁴ – e em uma primeira aproximação, pode-se compreender o terrorismo no seu sentido comum ou vulgar, ou seja, como sendo o “método de emprego ou ameaça de violência grave para provocar um estado de terror na população, com motivação e finalidade política ou ideológica⁵”.

Por seu turno, a doutrina considera o terrorismo, particularmente nas suas formas mais extremadas, como integrante do rol dos “crimes internacionais”, ao lado dos crimes de guerra, dos crimes contra a humanidade e do genocídio, entre outros⁶. Isso porque, se, no passado, ele se vinculava aos movimentos clandestinos locais de libertação nacional ou de descolonização, a partir de meados do século XX passou-se a experimentar crescente internacionalização do terrorismo, com o emprego de meios cada vez mais destrutivos e uso de novas tecnologias, a ponto de comprometer a paz e a segurança das nações⁷.

Com efeito, apesar de ser um fenômeno de longa data, é certo que o terrorismo em escala universal experimentou uma dimensão nunca antes imaginada já no início do século XXI⁸. Isso em virtude dos atentados perpetrados nas cidades de Nova York e Washington, além da Pensilvânia, na emblemática data de 11 de setembro de 2001. Na ocasião, foram mortas cerca de três mil pessoas e feridas outras milhares. A reação desencadeada a partir de então, por parte da maior potência do mundo, foi a de uma verdadeira “guerra ao terror”, não raro sem observância às normas do Direito Internacional, inclusive com uma pseudojustificável abdução “legítima” de terroristas, conforme bem criticado por Bassiouni⁹.

Frente a cenário tão complexo, tem-se que, para a cooperação penal internacional – e também para o Ministério Público Federal como parte interessada, tanto nos pedidos de extradição ativa quanto na passiva¹⁰ –, o terrorismo suscita grandes desafios. Citem-se,

4. Episódio envolvendo, diretamente, o Brasil, foi o ataque terrorista que explodiu o prédio da Associação Mutual Israelita da Argentina (Amia), em Buenos Aires, em 18 de julho de 1994, matando 85 e ferindo mais de 300 pessoas. Segundo as investigações conduzidas pelo Procurador Alberto Nisman – morto, em 18 de janeiro de 2015, em sua residência, em Buenos Aires, em circunstâncias ainda misteriosas –, haveria uma conexão regional, na chamada “Tríplice Fronteira” (Argentina, Brasil e Paraguai), com apoio logístico e financeiro do “núcleo local” do grupo libanês Hezbollah, sendo que a etapa final do planejamento daquele atentado teria ocorrido na cidade brasileira de Foz do Iguaçu/PR (cf. CASADO, 2014, p. 39-40).

5. MOLL, 2010, p. 27. Segundo Heleno Fragoso, o “ato de terrorismo é sempre um acontecimento espetacular, que desperta o sensacionalismo com que se nutre a imprensa, e daí, como nota Cooper, o desenvolvimento de uma certa relação simbiótica: o terrorismo usa a imprensa, e a imprensa usa o terrorismo.” (FRAGOSO, 1981, p. 123). Obviamente, essa compreensão “clássica” do terrorismo não inclui o fenômeno contemporâneo do “ciberterrorismo”, ou seja, o ataque aos sistemas de informática e de telecomunicações de estados, empresas ou de particulares, bem como a apologia ao terrorismo via internet, que estão a causar graves consequências às sociedades atuais.

6. Cf. SOUZA; JAPIASSÚ, 2012, p. 314. No mesmo sentido: KITTICHAISAREE, 2001, p. 227; SCHABAS, 2001, p. 62.

7. MOLL, op. cit., p. 42.

8. Nesse sentido: “Apesar de não ser algo característico ou restrito aos nossos tempos, a preocupação e o alarma criados pelo terrorismo contribuem para que seja tal atividade identificada como uma das causas de maior sensibilidade da moderna sociedade. Muito em virtude das ações espetaculares, somadas à difusão de suas vítimas, o temor generalizado propiciado pelo terrorismo fez com que este entrasse na ordem do dia das discussões internacionais.” (COSTA, 2007, p. 169). Segundo Celso de Albuquerque Mello, o terrorismo teria surgido, como “arma de conquista de poder”, no “século XI, na Pérsia, onde Hassan Ben Sabbah fundou, em 1090, uma sociedade secreta denominada Hashishins. Pertencia à seita dissidente dos ismailis, que era uma das duas maiores facções guerreiras do Islame, tendo a sua maior base na Pérsia.” (MELLO, 2000, p. 958).

9. Cf. BASSIOUNI, 2002, p. 251-252.

10. “Diz-se ativa a extradição quando o Estado brasileiro é quem pede a entrega do delinquente ao Estado es-

como exemplos, a diferenciação entre terrorismo e crime político, bem como o atendimento ao princípio da dupla incriminação do fato, tendo em vista não haver, em geral, clara tipificação de atos de terrorismo na maior parte dos ordenamentos jurídicos.

2. A distinção entre terrorismo e o crime político

Há tênue linha que separa o terrorismo do crime político. Sobre o assunto, observa Celso de Albuquerque Mello que o terrorismo é algo eminentemente “político”, podendo-se, inclusive, dizer, que “terrorismo político” seria um pleonismo, não somente porque “ele visa fins políticos, bem como porque a política dos governos entra nos mais diversos recantos da vida social¹¹”.

No entanto, e desde o século XIX, a orientação normativa dos Estados foi no sentido da paulatina “despolíticação” do terrorismo, ou seja, impedir que os autores de tais condutas pudessem ser considerados “criminosos políticos”, portanto, “não extraditáveis¹²”. Diz-se, até, que a própria categoria jurídica do terrorismo teria sido “construída” com o escopo de limitar o tratamento mais brande que, em geral, era dispensado ao criminoso político¹³.

Com a eclosão dos movimentos anarquistas, ainda no século XIX, os tratados de extradição da generalidade dos países passaram a conter regras prevendo restrições quanto à classificação de certos delitos como “políticos”. Outra não foi a razão da adoção da chamada “cláusula belga” ou de “atentado” – difundida, na prática internacional, a partir do tratado de extradição franco-belga de 1856 –, que proibiu ser qualificado como crime político – submetido, pois, ao regime da entrega extradicional –, o atentado contra a vida e a integridade da pessoa do chefe de governo estrangeiro ou dos membros de sua família.

trangeiro; já a extradição passiva é aquela em que o Estado estrangeiro pede ao Brasil a entrega do criminoso.” (MARQUES, 1964, p. 320). Na extradição ativa, o Ministério Público, como titular da ação penal pública, promove o pedido de localização, captura e entrega do prófugo, atualmente por intermédio da Secretaria da Cooperação Internacional (SCI), do Gabinete do Procurador-Geral da República, perante autoridades do Governo Federal. Na extradição passiva, cumpre ao Procurador-Geral da República opinar sobre a legalidade e procedência do pedido formulado pelo Estado requerente, bem assim opinar para que este seja devidamente instruído, caso não haja atendimento de algum requisito legal (Cf. SOUZA, 2013, p. 35 e segs.).

11. MELLO, op. cit., p. 958. Esclarece, ainda, o autor, que a palavra terrorismo vem do latim *terrere* (tremer) e *detertere* (amen-drontar), e parece que começou a ser usada na França no período da Revolução e daí passou ao inglês (idem, p. 958).

12. A regra da não extradição de criminoso político generalizou-se no século XIX, “por influência da Suíça e da Bélgica, nos tratados que concluíam. Na doutrina, De Bonald defendeu este princípio. A Lei Belga (1833) foi a primeira lei a proibir a extradição de criminoso político.” (cf. MELLO, 2006, p. 219). No Brasil, a Circular do Barão de Cairu de 1847 – nosso primeiro diploma extradicional –, já excetuava das extradições a pessoa do “criminoso político”, muito embora a Constituição de 1824 nada dispusesse a esse respeito. Na verdade, a proibição constitucional de extradição por crime político somente passou a ser prevista na Constituição de 1934 (art. 113, § 31) e, em seguida, nas Cartas de 1946 (art. 141, § 33), e de 1967-1969 (art. 150, § 19, e art. 153, § 19, respectivamente). A Constituição de 1988, por sua vez, dispõe em seu art. 5º, inc. LII: “Não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião”. Todos os tratados e convenções celebrados pelo país em matéria extradicional, bem assim a Lei nº 6.815/1980, no art. 77, inciso VII, estabelecem que não será concedida extradição quando “o fato constituir crime político”.

13. “Los delitos de terrorismo, o más brevemente el terrorismo, como se acostumbra designarlos en los Congresos y conferencias internacionales, no constituyen una figura homogénea ni caracterizada por fines altruistas ulteriores, sino por el medio ocasionado a grandes estragos, por la víctima, puede ser un magnate o personaje, o, en contrapartida, personas desconocidas que accidentalmente se allanen medios de transportes, plazas, calles, etc., y por el inmediato fin de causar intimidación pública [...]. En verdad la figura se ha construido con fines de limitar la benignidad del trato que se otorga internacionalmente a los delitos políticos.” (JIMÉNEZ DE ASÚA, 1992, p. 185).

Com efeito, a cláusula surgiu depois do atentado contra Napoleão III, cujos autores procuraram refúgio na Bélgica, que, a princípio, não podia extraditá-los. Todavia, a pressão política do governo francês fez com que houvesse a desconsideração do caráter político daquela agressão, passando a ser tomado como “delito vulgar”, possível, portanto, a extradição dos seus artífices, o que, de fato, ocorreu¹⁴.

A prática extradicional, desde aquela época, bem assim durante todo o século XX até os dias atuais, sempre conviveu com controvérsias acerca do caráter político de certos atos, tidos, em tese, como terroristas pelo Estado requerente. A tendência observada na generalidade dos casos é da adoção de soluções pragmáticas. Cite-se, nessa linha, a existência de circunstâncias fáticas, tais como a “crueldade” ou a “barbaridade de ações contra pessoas do povo”, circunstâncias essas que não se confundiriam com as violências típicas de rebeliões ou mesmo de guerras internas ou externas, indicativas, pois, de atos terroristas, ao invés de crimes políticos¹⁵.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de analisar, em diversos processos, alegações defensivas de crime político que obstarium a cooperação extradicional em casos de imputação de terrorismo¹⁶. Por exemplo, na Extradição nº 493 (Caso Falco), embora cuidassem de múltiplos fatos – roubo de veículos utilizados na invasão de quartel, privações de liberdade, lesões corporais, homicídios e danos materiais –, considerou-se que todos foram perpetrados “em combate aberto” e no “contexto de rebelião”. Sendo assim, consoante decidido pela Corte Suprema, “não constitui terrorismo o ataque frontal a um estabelecimento militar, sem utilização de armas de perigo comum nem criação de riscos generalizados para a população civil¹⁷”.

14. Cf. VABRES, 1947, p. 986. Acresça-se que a citada “cláusula de atentado” encontra-se regulada no art. 77, § 3º, 1ª parte, da Lei nº 6.815/1980.

15. Cf. BASSIOUNI, op. cit., p. 597. Segundo o autor: “Apesar de amplamente conhecido, o termo ‘crime político’ raramente é definido nas leis internas ou nos tratados, sendo certo que a interpretação judicial tem sido a principal fonte para a apreensão de seu significado. Isto pode decorrer da constatação de que o enquadramento ou não de determinado tipo de conduta naquela categoria depende, essencialmente, das circunstâncias fáticas da sua ocorrência.” (idem, p. 597). No mesmo sentido, a doutrina de Boaventura de Souza Santos: “Em face dessa evolução, a tendência mais recente é no sentido de delimitar o mais possível o conceito de crime político para o distinguir de figuras criminosas afins que, no entanto, não merecem o mesmo tratamento. [...] Nesta base, e atendida sobretudo a forma de execução, *tem-se vindo a distinguir, mesmo para efeitos de extradição, entre crime político e atos de terrorismo. Nestes últimos, a violência da execução, a extrema gravidade dos meios utilizados, a amplitude dos resultados efetivamente produzidos e a sua desconformidade com o exclusivo fim político impedem a autonomização do móbil do agente de molde a distingui-lo do criminoso comum.*” (SANTOS, 1970, p. 52, grifo nosso).

16. Cf. Ext. 162 (Bolívia). Relator Min. Rocha Lagoa. Extdo. Aquilino Guzman. *DJ* de 16.11.50. Ext. 399 (Governo da França). Relator Min. Aldir Passarinho. Relator para acórdão Min. Moreira Alves. Extdo. Horácio Rossi, ou Antônio Vega Alonso, ou Luís Ramírez, ou Antônio Fernández-Quiros, ou Mário Acosta, ou Hannibal Gómez Carrilo, ou Victor Perales Rey. *DJ* de 14.10.83. Ext. 412 (Governo da República Italiana). Relator Min. Rafael Mayer. Extdo. Orlando Gaetano ou Giuseppe d’Amico Camala. *DJ* de 30.11.83. Ext. 417 (República Argentina). Relator Min. Alfredo Buzaid. Relator para acórdão Oscar Correa. Extdo. Mário Eduardo Firmenich. *DJ* de 21.9.84. Ext. 493 (República Argentina). Relator Min. Sepúlveda Pertence. Extdo. Fernando Carlos Falco. *DJ* de 3.8.90. Ext. 694 (Itália). Relator Min. Sydney Sanches. Extdo. Luciano Pessina. *DJ* de 13/2/97. Ext. 994 (Itália). Relator Min. Marco Aurélio. Extdo. Pietro Mancini. *DJ* de 4.8.06. Ext. 855 (Governo do Chile). Relator Min. Celso de Mello. Extdo. Mauricio Fernández Norambuena ou Maurici Fernández Norambuena ou Mauricio Hernández Norambuena. *DJ* de 1.7.05. Ext. 1.008 (Governo da Colômbia). Relator Min. Gilmar Mendes. Relator para acórdão Min. Sepúlveda Pertence. Extdo. Francisco Antonio Cadena Collazos ou Oliverio Medina ou Camilo López ou Cura Camilo. *DJ* de 17.8.07. Ext. 1.085 (Governo da Itália). Relator Min. Cezar Peluso. Extdo. Cesare Battisti. *DJ* de 16.4.10.

17. Ext. 493, cit.

No mesmo sentido – mas com resultado inverso do Caso Falco –, na Extradicação nº 855 (Caso Norambuena), entendeu-se que os fatos praticados por uma facção terrorista chilena – liderada pelo extraditando –, vale dizer, homicídio, extorsão mediante sequestro e quadrilha armada – ocorreram em “plena normalidade democrática” no Estado requerente (Chile, anos de 1991 e 1992), atingindo “vítimas civis”. Sendo assim, reafirmou-se no acórdão a existência de uma “linha axiológica” apartando terrorismo da criminalidade política, conforme se observa do trecho seguinte:

O repúdio ao terrorismo: um compromisso ético-jurídico assumido pelo Brasil, quer em face de sua própria Constituição, quer perante a Comunidade Internacional. Os atos delituosos de natureza terrorista, considerados os parâmetros consagrados pela vigente Constituição da República, não se subsumem à noção de criminalidade política, pois a Lei Fundamental proclamou o repúdio ao terrorismo como um dos princípios essenciais que devem reger o Estado brasileiro em suas relações internacionais (CF, art. 4º, VIII), além de haver qualificado o terrorismo, para efeito de repressão interna, como crime equiparável aos delitos hediondos, o que o expõe, sob tal perspectiva, a tratamento jurídico impregnado de máximo rigor, tornando-o inafiançável e insuscetível da clemência soberana do Estado e reduzindo-o, ainda, à dimensão ordinária dos crimes meramente comuns (CF, art. 5º, XLIII).

A Constituição da República, presentes tais vetores interpretativos (CF, art. 4º, VIII, e art. 5º, XLIII), não autoriza que se outorgue, às práticas delituosas de caráter terrorista, o mesmo tratamento benigno dispensado ao autor de crimes políticos ou de opinião, impedindo, desse modo, que se venha a estabelecer, em torno do terrorista, um inadmissível círculo de proteção que o faça imune ao poder extradicional do Estado brasileiro, notadamente se se tiver em consideração a relevantíssima circunstância de que a Assembléia Nacional Constituinte formulou um claro e inequívoco juízo de desvalor em relação a quaisquer atos delituosos revestidos de índole terrorista, a estes não reconhecendo a dignidade de que muitas vezes se acha impregnada a prática da criminalidade política¹⁸.

Pode-se, assim, observar, no tocante à diferenciação entre terrorismo e crime político para fins extradicionais, que o Supremo Tribunal Federal, de forma pragmática, guia-se pela natureza violenta ou não do ato em si, bem assim pela condição das vítimas de tais ações, consoante o “sistema da atrocidade do meio”.¹⁹ Por outras palavras, cuidando-se de atos “cruéis”, “bárbaros”, “sangrentos”, que lesionam ou põem em risco a “população civil”, a Corte Suprema efetua a sua “despolitização”, isto é, descaracteriza-os como crime não extraditável – ainda que presente, implícita ou explicitamente, a motivação política –, deferindo o pedido de extradicação passiva, nos termos do art. 77, § 3º, da Lei nº 6.815/1980, *verbis*:

O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, sequestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.

18. Ext. 855, cit. (grifos do original).

19. Sobre o sistema da atrocidade do meio, vide nota de rodapé 15, supra.

A propósito – e com uma redação mais adequada ao Estado Democrático de Direito fundado com a Constituição Federal de 1988, o Projeto de Lei nº 5.655/2009 (nova “Lei do Estrangeiro”), no seu art. 123, § 2º, dispõe: “O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de terrorismo, sabotagem, sequestro de pessoas e o discurso de ódio.”²⁰

3. Terrorismo e o princípio da dupla incriminação do fato

Outro desafio que o terrorismo traz ao direito extradicional diz respeito ao atendimento da regra da dupla incriminação do fato – ou dupla identidade da infração. Segundo esse princípio, nenhuma extradição pode ser deferida “sem que o fato motivador do pedido seja qualificado como crime – tanto no Estado que requer, quanto naquele onde é requerido a entrega extradicional.”²¹

Há, portanto, possibilidade concreta de um pedido de extradição não ser concedido por não existir clara simetria entre a tipificação de um fato como terrorismo, no Estado requerente e/ou no Estado requerido. É certo que se cuida de problema presente na generalidade dos ordenamentos jurídicos e que pode acarretar prejuízos à cooperação jurídica internacional.

Com efeito, até hoje prepondera o dissenso nos Estados – bem assim em organizações internacionais como as Nações Unidas – acerca do que “pode” ou, conforme o caso, do que “deve” ser considerado terrorismo.

Como assinala Montserrat Abad Castelos, não há, de fato, conceito homogêneo desse fenômeno, pois a ausência de acordo no terreno político – interno e externo – influencia o terreno normativo, no qual não se consegue definição satisfatória. Segundo se depreende da reflexão da autora, os principais motivos de divergência seriam: a) a inclusão ou a exclusão das ações dos movimentos sociais ou de libertação nacional – i.e., “atores não estatais” –, que enfrentariam as forças estatais em situações de conflitos armados; e b) a natureza dos chamados “atos de agentes públicos”, civis ou militares, propriamente considerados, que poderiam ou não vir a ser qualificados como “terrorismo de Estado”.²²

Nesse contexto de indefinição político-jurídica, aquela autora questiona-se se seria “imprescindível” a adoção de uma definição dogmática de terrorismo, respondendo da seguinte forma:

Podría llegar a considerarse imprescindible o no dependiendo de cuáles sean los fines que se tengan en mente. Gran parte de la asistencia administrativa, policial o judicial mutua depende en gran medida de operadores jurídicos internos que se encuentran en cierta medida distantes del poder político. Esto es así, cuando atañe a los jueces. Pero a veces estos operadores están mucho más cerca del ámbito político, cuando no forman parte de él. Es lo que sucede sin ir más lejos con muchas *peticiones*

20. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=443102>>. Acesso em: 25 jan. 2015.

21. Cf. SOUZA, op. cit., p. 16. No mesmo sentido: “O fato determinante da extradição será necessariamente um crime, de direito comum, de certa gravidade, sujeito à jurisdição do Estado requerente, estranho à jurisdição brasileira, e de punibilidade não extinta pelo decurso do tempo.” (REZEK, 1995, p. 206).

22. Cf. ABAD CASTELOS, 2012, p. 31, grifo nosso. Sobre o chamado “terrorismo de Estado”, vide: FRAGOSO, op. cit., p. 14 e segs.

*de extradición. Por ello, la importancia de que exista un entendimiento común de lo qué es y no es terrorismo es decisiva, puesto que si bien la serie de instrumentos convencionales adoptados en el ámbito de las Naciones Unidas han recibido una amplia ratificación, no deja de haber cierta disparidad en la vinculación estatal, y esta fragmentación favorece la existencia de resquicios de impunidad y permite a veces que quiebre la asistencia penal mutua.*²³

Sendo assim, Abad Castelos chega à conclusão de que, apesar de não ser “imprescindível”, seria “conveniente”, para eficaz repressão internacional do terrorismo, que houvesse uma “Convenção Global”, que fosse amplamente ratificada pelos Estados. Dessa forma, fechar-se-ia o “círculo” em torno das ações dessa natureza, prevenindo-se, enfim, eventuais “lacunas de punibilidade”.²⁴

4. Esforços para a tipificação do terrorismo

Com efeito, uma clara e satisfatória definição legal de terrorismo constitui desafio bastante complexo. Nesse sentido, ao longo do tempo, ocorreram, no plano internacional, iniciativas para elaboração de um “tipo penal de terrorismo”.

Cite-se o exemplo apontado por Leandro Moll, qual seja o do atentado que vitimou, em 1934, em Paris, o Rei Alexandre I, da então Iugoslávia, cujos protagonistas – separatistas croatas – refugiaram-se na Itália, tendo, na ocasião, o governo italiano se recusado a extraditá-los para a França, pois o tratado entre aqueles dois países (França e Itália) vedava extradição por crimes políticos. Por força disso,

Em Resolução de dezembro de 1934, a Sociedade das Nações declarou que as regras de direito internacional relativas à repressão da atividade terrorista não eram suficientemente precisas para garantir, com eficiência, a cooperação internacional. Criou, então, um Comitê para a Repressão Internacional do Terrorismo que aprovou, em novembro de 1937, duas Convenções – uma para a Prevenção e a Punição do Terrorismo e outra para a Criação de um Tribunal Penal Internacional. Com o início da II Guerra Mundial, as convenções foram deixadas de lado e jamais seriam retomadas, nunca tendo entrado em vigor.²⁵

23. ABAD CASTELOS, op. cit., p. 39 (grifos do autor).

24. *Idem*, p. 40. Nesse sentido, o caso do atentado a bomba que destruiu a aeronave da PanAm que fazia o voo 103, Londres-Nova York, matando 279 passageiros, quando sobrevoava a cidade de Lockerbie, na Escócia, em 1988. Os responsáveis pelo atentado refugiaram-se na Líbia, cujo governo (do então ditador Muammar Kadafi) se recusou, inicialmente, a extraditá-los, propondo um “juízo imparcial em seu território”. Ante a negativa dos governos norte-americano e inglês, o impasse gerou a adoção de providências por parte do Conselho de Segurança da ONU contra a Líbia, bem assim um processo na Corte Internacional de Justiça (1992). A controvérsia somente foi resolvida em 1998, com acordo entre os Estados envolvidos e o julgamento por uma Corte escocesa aforada na Haia, que, em janeiro de 2001, declarou “inocente” o primeiro dos acusados e “culpado” o segundo. A condenação foi mantida em grau de apelação na corte, em março de 2002 (Cf. MOLL, op. cit., p. 80).

25. MOLL, op. cit., p. 43. É interessante observar que o TPI, acalentado por muitos ao longo do século passado, findou por excluir, do rol de crimes tipificados no seu Estatuto, justamente o crime de terrorismo. Segundo Kriangsak Kittichaisaree, o motivo principal de resistência para inclusão do terrorismo na jurisdição daquele Estatuto seria o “medo de uma politização do TPI”, em particular por parte da Liga dos Estados Árabes (KITICHAISAREE, op. cit., p. 227).

Outras iniciativas de estabelecer uma “convenção global” que tipificasse o terrorismo, no âmbito das Nações Unidas, foram tentadas – v.g., os Projetos de Códigos de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade de 1954, 1991 e 1996, bem assim o Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI) de 1998. Nenhuma delas, como se sabe, resultou em instrumento internacional que definisse o terrorismo como delito autônomo.²⁶

No âmbito regional, os blocos de países também procuraram tipificar, de forma autônoma, o delito. Na parte que interessa diretamente a nosso País, merece ser destacada a *Convenção Interamericana contra o Terrorismo*, adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, em Bridgetown, Barbados, em 2002.²⁷ Igualmente, o *Acordo de Extradução entre os Estados Partes do Mercosul* indicou, no art. 5º, § 2º, alínea c, como condutas “despolitizadas” – ou seja, “terroristas” –, as seguintes:

1. atentado contra a vida, a integridade física ou a liberdade de pessoas que tenham direito à proteção internacional, aí incluídos os agentes diplomáticos;
2. tomada de reféns ou sequestro de pessoas;
3. atentado contra pessoas ou bens envolvendo o uso de bombas, granadas, rojões, minas, armas de fogo, cartas ou pacotes contendo explosivos ou outros dispositivos capazes de causar perigo comum ou comoção pública;
4. atos de captura ilícita de embarcações ou aeronaves; e
5. em geral, qualquer ato não compreendido nos itens anteriores, cometido com o propósito de atemorizar uma população, classes ou setores da mesma, de atentar contra a economia de um país, seu patrimônio cultural ou ecológico, ou de realizar represálias de caráter político, racial ou religioso.

No direito interno brasileiro, a problemática da falta de definição adequada do terrorismo também se faz presente, desafiando, naturalmente, o cumprimento do princípio da legalidade ou taxatividade penal (art. 5º, XXXIX, da CF/1988, e art. 1º do Código Penal). Efetivamente, poucas e esparsas são as referências ao terrorismo em nosso ordenamento jurídico. Citem-se: a Constituição de 1988, nos arts. 4º, VIII, e 5º, XLIII; a Lei nº 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro), no art. 77, § 3º; a Lei nº 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), no art. 2º; a Lei 9.474/97 (Estatuto do Refugiado), no art. 3º, inc. III; a Lei Complementar nº 105/2001 (sigilo de instituições financeiras), no art. 1º, § 4º; a Lei nº 10.744/2004, que trata da assunção, pela União, da responsabilidade civil perante terceiros, nos casos de atentados terroristas, no art. 1º, caput, e § 4º; e, por fim, a Lei nº 7.170/1983 (Lei de Segurança Nacional).²⁸

26. MOLL, op. cit., p. 43. Segundo o autor, diante da impossibilidade de uma “convenção global”, passou-se a pragmaticamente prever “convenções setoriais”, em geral após ataques terroristas de grande repercussão internacional: “Assim é que, por exemplo, uma série de atentados à aviação civil no início da década de 1970 levou à adoção das Convenções da Haia, de 1970, e de Montreal, de 1971; ataques aos aeroportos internacionais de Roma e Viena, em 1985, tiveram por consequência a adoção do Protocolo de Montreal, de 1988; a Convenção de Roma, de 1988, foi uma resposta ao sequestro do cruzeiro italiano *Achille Lauro*, em 1985; e a Convenção sobre Atentados a Bomba, de 1997, seguiu-se a ataques na Arábia Saudita, em 1996, em Tóquio, Sri Lanka, Israel e Reino Unido.” (Idem, p. 45).

27. Promulgada pelo Decreto nº 5.639, de 26/12/2005.

28. A Lei nº 9.613/1998 (Lei de Lavagem de Dinheiro) continha, na redação dada pela Lei nº 10.701/2003, a pre-

A propósito, o art. 20 deste último diploma descreve o seguinte tipo penal:

Art. 20. Devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas.

Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Como se lê na parte em itálico, dentre outras elementares, o tipo do art. 20 da Lei nº 7.170/1983 refere-se a “atos de terrorismo”, agregado ao especial fim de agir do “inconformismo político” ou da “obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas”. Não há, porém, descrição da natureza desses “atos de terrorismo” – a não ser por exclusão, tendo em vista a partícula “ou” que precede essa elementar, diferenciando-a das anteriores.²⁹

Não obstante as dificuldades normativas apontadas, evidencia-se existir, na própria Constituição de 1988, um *mandado constitucional de criminalização do terrorismo*,³⁰ conforme se depreende dos citados arts. 4º, VIII, e 5º, XLIII. Não poderia – ou, talvez, não deveria – o legislador brasileiro quedar-se inerte diante do incisivo comando constitucional, bem assim da realidade do mundo em que atualmente se vive.³¹

No Congresso Nacional, tramitam alguns projetos de lei com o objetivo de tipificar o delito de terrorismo: PL nº 2.462/1991, de autoria do Deputado Hélio Bicudo, que visa “definir os crimes contra o Estado Democrático de Direito e a Humanidade”, revogando a Lei nº 7.170/1983; PL nº 6.764/2002, de autoria do Poder Executivo; e PL nº 149/2003, do Deputado Alberto Fraga, que altera o Código Penal, para introduzir tipos de terrorismo. Há,

visão, no inciso II, do terrorismo e seu financiamento. No entanto, as modificações feitas pela Lei nº 12.683/2012, suprimiram o rol taxativo de crimes antecedentes à lavagem, que passou a decorrer, direta ou indiretamente, de qualquer “infração penal”, conforme o disposto no atual art. 1º, *caput*.

29. Seguramente, não se trata de uma lei penal em branco, ou seja, aquela que necessita ser complementada por outra norma, em geral de hierarquia inferior (Cf. SOUZA, ; JAPIASSÚ, op. cit., p. 94). Poder-se-ia considerar um *tipo penal aberto*, uma vez que não descreve, por completo, a conduta ilícita, exigindo que o juiz ou intérprete o complemente, “para o que deverá avaliar as circunstâncias do caso concreto que estão fora do tipo” (idem, p. 190). Contudo, ainda que se trate de tipo aberto, parece não atender ao *princípio da taxatividade*, decorrente do princípio da legalidade, tendo em conta o caráter vago ou indeterminado da referida elementar “praticar atos de terrorismo”, que, repita-se, encontra-se ladeada por outras elementares de maior concretude. Isso sem adentrar na discussão sobre a constitucionalidade (ou recepção) da Lei nº 7.170/1983, promulgada nos estertores da Ditadura Militar, com o Estado Democrático de Direito formalmente inaugurado com a Constituição Federal de 1988. Heleno Fragoso, analisando igual dispositivo existente na lei anterior (Lei nº 6.620/1978), afirmava: “Não temos a menor dúvida de que a definição do crime apenas com a sua denominação ofende o princípio da reserva legal. Esse princípio proíbe a incriminação vaga e indeterminada, que não permita saber, com precisão, qual a conduta punível e qual a permitida. [...] Os abusos a que têm dado lugar as incriminações vagas em matéria política são notórios. Sendo, como é, o princípio da reserva legal, entre nós, garantia constitucional, é óbvio que definir crime através das expressões ‘praticar terrorismo’ viola a Carta Magna.” (FRAGOSO, op. cit., p. 99).

30. Acerca da existência de mandatos expressos ou implícitos de penalização, ainda que restrita a certas imposições constitucionais, figurando, dentre elas, o terrorismo, vide RAPOSO, 2011, p. 83 e segs.

31. Recentemente, isto é, entre 7 e 9 de janeiro de 2015, o mundo ficou novamente estarrecido com os violentos ataques terroristas à redação do jornal satírico *Charlie Hebdo*, bem assim a uma loja de conveniência de produtos judaicos, em Paris, protagonizados por extremistas islâmicos denominados de “jihadistas”, que culminaram com a morte de doze pessoas, entre civis e policiais franceses, além de três terroristas.

ainda, previsão dessa figura típica no Anteprojeto de Código Penal – PLS nº 236/2012 –, atualmente sob análise na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, verbis:

TERRORISMO

Art. 248. Causar terror na população mediante as condutas descritas nos parágrafos deste artigo, quando:

1. tiverem por fim forçar autoridades públicas, nacionais ou estrangeiras, ou pessoas que ajam em nome delas, a fazer o que a lei não exige ou deixar de fazer o que a lei não proíbe;

2. tiverem por fim obter recursos para a manutenção de organizações políticas ou grupos armados, civis ou militares, que atuem contra a ordem constitucional e o Estado Democrático; ou

3. forem motivadas por preconceito de raça, cor, etnia, religião, nacionalidade, origem, gênero, sexo, identidade ou orientação sexual, condição de pessoa idosa ou com deficiência, ou por razões políticas, ideológicas, filosóficas ou religiosas.

§ 1º Sequestrar ou manter alguém em cárcere privado, ou ameaçar de morte ou lesão pessoas, ainda que indeterminadas;

§ 2º Usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição ou ofensa massiva ou generalizada;

§ 3º Incendiar, depredar, saquear, explodir ou invadir qualquer bem público ou privado;

§ 4º Interferir, sabotar ou danificar sistemas de informática e bancos de dados; ou

§ 5º Sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com grave ameaça ou violência a pessoas, do controle, total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meios de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia e instalações militares:

Pena – prisão, de oito a quinze anos, além das sanções correspondentes à violência, grave ameaça ou dano.

FORMA QUALIFICADA

§ 6º Se a conduta é praticada pela utilização de arma capaz de causar destruição ou ofensa massiva ou generalizada:

Pena – Prisão, de doze a vinte anos, além das penas correspondentes à violência, grave ameaça ou dano.

EXCLUSÃO DE CRIME

§ 7º Não constitui crime de terrorismo a conduta individual ou coletiva de pessoas movidas por propósitos sociais ou reivindicatórios, desde que os objetivos e meios sejam compatíveis e adequados à sua finalidade.³²

Dessa forma, seja no plano interno, seja no plano internacional, observa-se patente dificuldade em conciliar o cumprimento da regra da dupla incriminação para o deferimento extradicional, haja vista não existir, no Brasil e na generalidade dos países, um tipo penal autônomo de terrorismo. Como dito, isso causa embaraços para o estabelecimento – ao menos em tese – de parâmetros seguros para a aferição daquele vetor extradicional.

5. Conclusão

A título de conclusão – e a despeito das dificuldades acima apontadas –, cumpre observar que a ausência de tipo penal de terrorismo não impede o deferimento de pedidos extradicionais quando os fatos atribuídos ao extraditando caracterizem crimes passíveis de extradição. No Brasil, muito embora não haja tipo penal de terrorismo, o Supremo Tribunal Federal admite que os responsáveis por condutas imputadas como “terroristas” possam vir a ser extraditados com base em dispositivos do Código Penal ou em lei especial. É o que ocorre, por exemplo, com o enquadramento do fato nos tipos penais de homicídio, lesões corporais, formação de quadrilha ou organização criminosa, entre outros (arts. 121, 129, 288 e 288-A, todos do CP).

Em síntese, importa é que o fato seja qualificado como “crime”, no caso, de natureza comum, ou seja, “despolitizado”, tanto no Estado requerente como no requerido, ainda que com *nomen juris* distintos. O Supremo Tribunal Federal vale-se do chamado sistema da prevalência – ou sistema da preponderância –, conjugando-o com o mencionado princípio da atrocidade do meio, separando a infração penal comum, isto é, os atos terroristas, da criminalidade política propriamente considerada³³

32. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=106404>. Acesso em: 25 jan. 2015.

33 Cf. a antiga lição de Nélson Hungria, há toda uma série de sistemas “para o tratamento, sob o ponto de vista da extradição, dos crimes políticos [...]”. Há o *sistema da separação, da causalidade, do fim e do motivo, dos usos de guerra, da atrocidade do meio e da prevalência*. Pelo sistema da separação, deve ser concedida a extradição para o crime comum, se não forma unidade com o crime político. É um critério inaceitável, porque, mesmo no caso de simples conexão, não é possível julgar-se o crime de direito comum, praticado com um fim político, destacando-o do seu caráter político intrínseco, e importaria em restringir excessivamente o direito de asilo, porque o confinaria aos crimes políticos puros. Pelo *sistema da causalidade*, os fatos políticos complexos ou os crimes comuns conexos a crimes políticos somente se eximem à extradição quando se explicam por uma guerra civil ou insurreição ou são a consequência direta do movimento político. Também não pode ser aceito, porque injustificadamente, limita à violenta agitação política de cunho coletivo o reflexo político sobre o crime comum. Segundo o *sistema do fim e do motivo*, não será impedida a extradição quando o crime comum é cometido por motivo político, mas já não assim quando é praticado com o fim político, pois se apresentaria, então, desde logo, como ato de defesa despido do *caráter criminal*. É igualmente um sistema imprestável, porque difícilíssima, às mais das vezes, é a diferenciação entre *motivo e fim*, e, além disso, contém uma generalização inadmissível. Pelo *sistema dos usos de guerra*, somente deve ser admitida a extradição quando o fato de que se trata, cometido durante uma comoção intestina, não seja escusado pelos usos de guerra. Tanto quanto o sistema da causalidade, restringe arbitrariamente o direito de asilo, abstraindo os crimes políticos relativos praticados fora de revolução, insurreição ou outra subversiva agitação política. Consoante o *sistema da atrocidade do meio* (adotado pelo Instituto de Direito Internacional, na sua sessão de Genebra de 1892), a extradição não será excluída por infrações mistas ou conexas a crimes políticos quando se trate de crimes revestidos de in-

Antes de encerrar este texto em homenagem aos 10 anos da Secretaria de Cooperação Internacional (SCI), do Gabinete do Procurador-Geral da República (PGR), considera-se pertinente mencionar a observação feita com propriedade por Miguel Ángel Cano Paños, no sentido de as “leis antiterroristas”, de *lege lata* ou *ferenda*, não adotarem a lógica do próprio “terrorismo”, qual seja, que elas não acarretem, direta ou indiretamente, a “autonegação do Estado de Direito”. Isso poderia ocorrer com a adoção de uma “sedutora” ideologia penal de emergência, em menoscabo dos princípios da legalidade, do direito penal do fato, da intervenção mínima e da colaboração penal internacional, dentre outros conquistados a duras penas, visto que – em última instância – é justamente este o propósito que move as reprováveis “ações terroristas”³⁴

REFERÊNCIAS

ABAD CASTELOS, Montserrat. Una historia interminable: a vueltas con la definición de terrorismo, a través del enfoque del Derecho Internacional. In: GONZÁLEZ, Manuel Pérez; PÉREZ, Elena Conde (Coord.). *Lucha contra el terrorismo, derecho internacional humanitario y derecho penal internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

BASSIOUNI, M. Cherif. *International extradition: United States law and practice*. 4. ed. New York: Oceana, 2002.

BRASILEIRO suspeito de terrorismo depõe. *O Globo*, p. 49, 25 jan. 2015.

CANO PAÑOS, Miguel Ángel. La “guerra contra el terrorismo” en Alemania. Análisis histórico-jurídico de la legislación penal y procesal. In: MAIER, Julio B. J.; SANCINETTI, Marcelo A.; SCHÖNE, Wolfgang (Dir.). *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo*: libro en homenaje a Eberhard Struensee. Buenos Aires: Ad Hoc, 2011.

CASADO, José. Rota do Cone Sul: a conexão Brasil no extremismo islâmico. *O Globo*, p. 39-40, 13 jul. 2014.

COSTA, Rodrigo de Souza. Terrorismo: algumas anotações. In: JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Coord.). *Direito penal internacional, estrangeiro e comparado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CRAVEIRO, Rodrigo. Estado Islâmico: jovens muçulmanos são seduzidos pelo ódio. *Jornal do Commercio*, p. A-8, 27 out. 2014.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Terrorismo e criminalidade política*. Forense: Rio de Janeiro, 1981.

HUNGRIA, Néelson. A criminalidade política no direito brasileiro. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 188, p. 9-10, 1960.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Tratado de Derecho Penal*. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1992. Tomo III.

KITTICHAISAREE, Kriangsak. *International criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

justificável perversidade ou crueldade. No que respeita aos atos cometidos no curso de uma insurreição ou guerra civil, só darão lugar à extradição quando constituam atos de barbaria odiosos ou de vandalismos proibidos pelas leis de guerra. A este sistema pode ser objetado que nem só a atrocidade do crime deve condicionar a extradição. Finalmente, pelo sistema da prevalência, o motivo ou fim político não exclui a extradição quando o fato imputado constitui, prevalentemente, um crime comum. É o sistema que menos oferece o flanco à crítica, e é o adotado pela lei brasileira, por inspiração de lei suíça.” (HUNGRIA, 1960, p. 9-10, grifos do autor).

34CANO PAÑOS, 2011, p. 59-60.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1964. v. I.

MELLO, Celso de Albuquerque D. *Curso de direito internacional público*. 12. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. II.

MELLO, Celso de Albuquerque. Extradução: algumas observações. In: BARROSO, Luis Roberto; TIBÚRCIO, Carmen (Org.). *O direito internacional contemporâneo*. Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOLL, Leandro de Oliveira. *A obrigação de extraditar para a repressão ao terrorismo: a prática brasileira à luz do direito penal transnacional*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

RAPOSO, Guilherme Guedes. *Teoria do bem jurídico e estrutura do delito: uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio de proteção de bens jurídicos na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2011.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

SANTOS, Boaventura de Souza. Os crimes políticos e a pena de morte. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 52, 1970.

SCHABAS, William A. *An introduction to the International Criminal Court*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *As novas tendências do direito extradicional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo A. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

VABRES, H. Donnedieu de. *Traité de droit criminel et de législation penale comparée*. 3. ed. Paris: Sirey, 1947.

A Transferência da Execução de Sentenças como Alternativa à Extradução¹

Douglas Fischer²

Vladimir Aras³

Palavras-chave: Transferência da Execução de Sentenças. Extradução. Transferência de Condenados. Cooperação Internacional. Assistência Jurídica Mútua em Matéria Penal.

Keywords: Transfer of Execution of Sentences. Extradiction. Transfer of Prisoners. International Cooperation. Mutual Legal Assistance in Criminal Matters.

INTRODUÇÃO

Este artigo é uma contribuição inicial para o debate sobre formas alternativas à extradituição ou entrega de pessoas sujeitas à execução de sentenças penais proferidas por Estados estrangeiros ou por tribunais penais internacionais.

Não se confunde o instituto da extradituição executória com a transferência da execução de sentença estrangeira nem com a transferência de pessoas condenadas para cumprimento de pena no exterior.

A transferência da execução de sentenças penais estrangeiras ou emitidas por cortes penais supranacionais é uma alternativa moderna para a concretização da Justiça criminal, seja nos casos em que a extradituição ou a entrega de pessoas já condenadas não é possível por algum motivo, ou ainda nos casos em que se apresenta como alternativa imediata a um pedido de extradituição ou entrega.

Normalmente, o direito internacional da cooperação tem-se ocupado da transferência de custódia de condenados pelo Estado requerido ao Estado ou tribunal requerente, por meio de procedimentos extradicionais ou de entrega, relegando a segundo plano o instituto da transferência da execução das penas de uma jurisdição a outra.

No Brasil, tal debate ainda é incipiente, porque não temos uma lei geral de cooperação internacional em matéria penal e também porque legislação extraditucional – especificamente o Decreto-Lei nº 394/1938 e a Lei nº 6.851/1980 – está defasada e em descompasso com modernos instrumentos de assistência jurídica interetática.

1. Texto desenvolvido a partir da conferência proferida em 16 de abril de 2015, em Doha, Qatar, durante o Congresso Criminal das Nações Unidas, no painel *"Promoting justice across borders: the transfer of execution of sentences as an alternative to extradition"* ou *"Promovendo justiça entre fronteiras: a transferência da execução de sentenças como uma alternativa à extradituição"*, promovido pelo UNODC.

2. Procurador Regional da República, mestre em Instituições de Direito e do Estado pela PUC/RS, assessor do Gabinete Criminal do procurador-geral da República, autor e coautor de diversas obras jurídicas.

3. Procurador Regional da República, mestre em Direito Público pela UFPE, professor assistente de Processo Penal na UFBA, membro fundador do Instituto Baiano de Direito Processual Penal (IBADPP) e secretário de Cooperação Internacional da PGR.

Entre nós, o instituto é estudado como eficácia de sentença penal estrangeira ou como homologação de sentença penal estrangeira, estando atualmente regulado pelo art. 9º do Código Penal.

1. COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL

Conhecida também pela sigla em inglês *Mutual Legal Assistance* (MLA), a cooperação jurídica internacional em matéria penal tem base em acordos bilaterais, em convenções multilaterais e no direito interno.

A depender do ponto de vista do Estado ou ente emissor, a cooperação internacional será ativa ou passiva. Haverá assistência internacional ativa quando o Brasil for o Estado requerente. A cooperação será passiva quando o Brasil for o Estado requerido.

Vários princípios inspiram e conformam a cooperação entre Estados ou entre estes e tribunais penais internacionais⁴. Seleccionamos três deles para nosso exame, tendo em conta que se aplicam aos institutos de que cuidamos.

1.1. O princípio da reciprocidade

O direito internacional da cooperação consagra o princípio da reciprocidade, que permite a execução de pedidos de assistência jurídica internacional oriundos de um Estado estrangeiro ou de um tribunal internacional, com base no direito interno, ainda que não exista tratado entre o ente requerente e o Estado requerido.

Segundo o art. 26, § 1º, do CPC (Lei nº 13.105/2015), “na ausência de tratado, a cooperação jurídica internacional poderá realizar-se com base em reciprocidade, manifestada por via diplomática”.

Normalmente, os países de tradição romano-germânica, que se filiam ao direito europeu continental, admitem a cooperação, inclusive a extradição, com fundamento em mera promessa de reciprocidade. Por oposição, nações de herança britânica (*common law*) só admitem a cooperação baseada em tratado, regra que é muito perceptível em matéria extradicional, sintetizada pelo brocardo no *extradition without treaty*. Tal regra limitativa, todavia, não é absoluta, e tem sido mitigada, notadamente para a execução de pedidos de mera comunicação processual (citações intimações etc.) ou de simples obtenção de provas (cópias de documentos, depoimentos de testemunhas etc.).

No contexto deste artigo, há de se ver que o Brasil pode extraditar pessoas ou transferir a execução de sentenças penais com fundamento em promessas de reciprocidade. Quanto à transferência de condenados, atualmente o País não a admite com base em simples compromisso de reciprocidade, exigindo base convencional. No entanto, se formalizados acordos *ad hoc* para casos concretos, não haveria limitação também para a transferência passiva de condenados.

4. Além da corte criminal permanente (o Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estado de Roma de 1998), funcionam atualmente outras cortes penais supranacionais. São eles o Tribunal Internacional para Ruanda (com sede em Arusha, Tanzânia); o Tribunal Especial para Serra Leoa (com sedes em Freetown e em Haia, Holanda); o Tribunal Especial para o Líbano (com sedes em Haia e em Beirute); o Tribunal Especial para o Camboja (com sede em Phnom Penh); e o Tribunal Internacional para a Ex-Iugoslávia (com sede em Haia).

1.2. O princípio da dupla tipicidade

Também chamado de dupla incriminação (*double criminality*), esse princípio é sempre exigível nas medidas de cooperação mais gravosas, como a extradição⁵ e o confisco⁶, também chamadas de medidas de terceiro nível, na classificação tradicional. Porém, em algumas hipóteses previstas em tratados, esse pressuposto é quase sempre dispensado. É o caso das medidas de assistência para mera comunicação processual, tidas como medidas de primeiro nível. Já para diligências constritivas diferentes da privação de liberdade⁷, classificadas em medidas de segundo nível, os tratados permitem aos Estados, facultativamente, dispensar a presença do requisito da dupla incriminação⁸. Nessa classificação em torno da maior ou menor gravidade das medidas de assistência, vê-se adensar-se outro preceito, o da gradualidade dos requisitos da cooperação penal.

Note-se, contudo, que, como o Brasil admite a cooperação cível, inclusive por meio de auxílio direto e rogatórias, para atos de comunicação processual, coleta de provas, medidas judiciais de urgência e qualquer outra medida, judicial ou extrajudicial, não proibida pelo direito brasileiro (art. 27 do CPC)⁹, instrumentos processuais civis podem ser manejados pelo Ministério Público Federal, nos juízos federais cíveis, para prestar assistência jurídica internacional (isto é, cumprir pedidos passivos) a autoridades requerentes estrangeiras, ainda que não exista a dupla tipicidade, isto é, ainda que o fato investigado no exterior seja atípico no Brasil¹⁰.

1.3. O princípio do reconhecimento mútuo

No campo do direito internacional da cooperação, há um princípio fundamental para a eficiência do diálogo entre as nações: o princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais. Trata-se de preceito essencial para o êxito da cooperação internacional em matéria penal.

De fato, o ponto culminante do desenvolvimento da assistência penal internacional no campo convencional deu-se com a inclusão na ordem jurídica da União Europeia do princípio do reconhecimento mútuo de decisões judiciais, inclusive em matéria penal. Trata-se da pedra angular de todo o sistema cooperativo da União, resultando do Conselho Europeu de Tampere (1999) e do Tratado de Lisboa (2007). Sobre tal princípio se baseiam o

5. Novos mecanismos de assistência internacional para a captura de foragidos, como a entrega, admitem a cooperação sem a presença de dupla incriminação. É o caso do mandado de detenção europeu ou *European Arrest Warrant*, instituído com base na Decisão de 13 de junho de 2002 (2002/584/JHA), do Conselho da União Europeia. Desde janeiro de 2005, a ordem de captura pode ser emitida para qualquer uma das infrações penais listadas da decisão que a criou. Algumas delas dispensam a dupla tipicidade, conforme o art. 2º, § 2º, da Decisão de 2002, o que inclui os delitos de terrorismo, tráfico de pessoas, corrupção, lavagem de dinheiro, cibercrimes etc.

6. A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (UNCAC) admite a *non-conviction based confiscation*, o que remete à possibilidade de confisco em casos de corrupção cível, sem dupla incriminação, ou ainda que o fato tenha prescrito ou o direito de ação tenha sido atingido por outra causa extintiva de punibilidade, ou em caso de fuga.

7. Como quebras de sigilo bancário e fiscal, interceptações telefônicas, levantamento de sigilo de dados etc.

8. É o que ocorre com o *European Arrest Warrant*, instituído em 2002, e com o *Nordic Arrest Warrant*, criado pela *Convention on Surrender for Criminal Acts between Nordic Countries (Nordisk arestordre)* de 2005.

9. Lei nº 13.105/2015.

10. Exemplo: pedido de bloqueio cautelar de ativos no Brasil, no contexto de investigação realizada no exterior sobre o delito de financiamento do terrorismo, conduta atípica em nossa jurisdição.

Mandado de Detenção Europeu (European Arrest Warrant – EAW)¹¹ e o Mandado Europeu de Obtenção de Prova (European Evidence Warrant – EEW).¹²

33. Um maior reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a necessária aproximação da legislação facilitarão a cooperação entre as autoridades e a protecção judicial dos direitos individuais. Por conseguinte, o Conselho Europeu subscreve o princípio do reconhecimento mútuo que, na sua opinião, se deve tornar a pedra angular da cooperação judiciária na União, tanto em matéria civil como penal. Este princípio deverá aplicar-se às sentenças e outras decisões das autoridades judiciais.

35. Em matéria penal, o Conselho Europeu insta os Estados-Membros a ratificarem rapidamente as Convenções UE, de 1995 e 1996, relativas à extradição. O Conselho Europeu considera que o procedimento formal de extradição deverá ser abolido entre os Estados-Membros no que diz respeito às pessoas julgadas à revelia cuja sentença já tenha transitado em julgado e substituído por uma simples transferência dessas pessoas, nos termos do artigo 6º do TUE. Dever-se-á também reflectir sobre a possibilidade de estabelecer procedimentos de extradição acelerados, sem prejuízo do princípio do julgamento equitativo. O Conselho Europeu convida a Comissão a apresentar propostas sobre esta matéria à luz da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen.

36. O princípio do reconhecimento mútuo deverá ainda aplicar-se aos despachos judiciais proferidos antes da realização dos julgamentos, em especial aos que permitam às autoridades competentes recolher rapidamente as provas e apreender os bens que facilmente podem desaparecer; as provas legalmente obtidas pelas autoridades de um Estado-Membro deverão ser admissíveis perante os tribunais dos outros Estados-Membros, tendo em conta as normas¹³ neles aplicáveis.

Esse princípio permite, por exemplo, que prisões preventivas decretadas em um país sejam executadas em outro sem que haja necessidade de prévio processo de extradição. Como primeira manifestação mais concreta desse princípio em matéria penal em nosso continente¹⁴, foi assinado, em 2010, no âmbito do Mercosul, o Acordo de Foz do Iguaçu sobre o mandado de detenção do bloco (Mandado Mercosul de Captura – MMC), ainda não implementado.

Nada obstante a relevância do princípio do reconhecimento mútuo de decisões judiciais, há dois obstáculos ainda relevantes que, na maioria das vezes, têm sido invocados para impedir sua implementação: a) a soberania dos Estados, entendida como impeditiva da execução de decisões estrangeiras no Brasil; e b) a ordem pública (*ordre publique*), no sentido do direito internacional.

11. Decisão-Quadro 2002/584/JAI, do Conselho relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros, que foi a primeira concretização do princípio do reconhecimento mútuo no direito penal. A euro-ordem dispensa o procedimento extradital.

12. Decisão-Quadro 3008/978/JAI do Conselho, relativa a um mandado europeu de obtenção de provas destinada à obtenção de objetos, documentos e dados para utilização no âmbito de processos penais.

13. Sobretudo as conclusões nºs 33 a 36 e as de nºs 43 a 50. Conclusões do Conselho Europeu de Tampere, de 15 e 16 de outubro de 1999. Disponíveis em: <http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_pt.htm>.

14. O Protocolo de Las Leñas de 1996 e o Protocolo de Buenos Aires de 2002, ambos firmados no âmbito do Mercosul, incorporaram o princípio do reconhecimento mútuo em casos não penais.

Em boa parte das vezes, o entrechoque desses óbices tem impedido a evolução dos sistemas de cooperação internacional, no que diz respeito à plena continuidade da persecução criminal transnacional, independentemente das realidades locais.

Na União Europeia, esse avanço é significativo. Conforme se vê na exposição de motivos da Lei Espanhola nº 23, de 20 de novembro de 2013, sobre reconhecimento mútuo de decisões judiciais no bloco:

El principio de reconocimiento mutuo, basado en la confianza mutua entre los Estados miembros y consagrado en el Consejo Europeo de Tampere como la «piedra angular» de la cooperación judicial civil y penal en la Unión Europea, ha supuesto una auténtica revolución en las relaciones de cooperación entre los Estados miembros, al permitir que aquella resolución emitida por una autoridad judicial de un Estado miembro sea reconocida y ejecutada en otro Estado miembro, salvo cuando concurra alguno de los motivos que permita denegar su reconocimiento. Finalmente, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ha supuesto la consagración como principio jurídico del reconocimiento mutuo, en el que, según su artículo 82, se basa la cooperación judicial en materia penal.

Este nuevo modelo de cooperación judicial conlleva un cambio radical en las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea, al sustituir las antiguas comunicaciones entre las autoridades centrales o gubernativas por la comunicación directa entre las autoridades judiciales, suprimir el principio de doble incriminación en relación con un listado predeterminado de delitos y regular como excepcional el rechazo al reconocimiento y ejecución de una resolución, a partir de un listado tasado de motivos de denegación. Además, se ha logrado simplificar y agilizar los procedimientos de transmisión de las resoluciones judiciales, mediante el empleo de un formulario o certificado que deben completar las autoridades judiciales competentes para la transmisión de una resolución a otro Estado miembro.

En el ámbito penal, según lo dispuesto en el Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal, dicho principio ha de ser de aplicación en cada una de las fases del proceso penal, tanto antes, como durante e incluso después de dictarse la sentencia condenatoria.¹⁵

Tais regras decorrem do art. 82 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, que determina que a “cooperação judiciária em matéria penal na União assenta no princípio do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e inclui a aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos Estados-Membros”, cabendo ao Parlamento Europeu e ao Conselho adotar medidas destinadas a definir regras e procedimentos para assegurar o reconhecimento em toda a União de todas as espécies de sentenças e decisões judiciais.

Estão sujeitas ao influxo do princípio do reconhecimento mútuo todas as ordens europeias expedidas por autoridades competentes de um Estado-Membro da União que sejam transmitidas a outro Estado-Membro para execução, sendo elas: o mandado

15. Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Disponível em: <http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-12029>.

européu de detenção e entrega; o mandado europeu de proteção; a ordem europeia de bloqueio cautelar de ativos; o mandado europeu de obtenção de provas; as sentenças penais condenatórias privativas de liberdade ou pecuniárias; as decisões sobre livramento condicional e sursis; e decisões de confisco.

2. MEDIDAS DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL RELACIONADAS À EXECUÇÃO PENAL

2.1. Extradicação

A extradicação é o mais tradicional instrumento de cooperação internacional. Recai sobre pessoas foragidas, ou seja, o investigado, o réu ou o apenado que tente se furtar à Justiça criminal. Baseia-se em tratados bilaterais, em convenções multilaterais ou em promessa de reciprocidade, podendo ser requerida pelo Estado que proferiu julgamento (extradicação executória) ou onde tramita a investigação ou a ação penal (extradicação instrutória).

Presta-se a sujeitar à jurisdição do Estado requerente indivíduo localizado no território do Estado requerido, que tenha cometido infração penal no exterior. A pessoa procurada pode ser extraditada para responder a processo criminal (extradicação instrutória) ou para cumprir pena (extradicação executória). Do ponto de vista do Estado requerente será ativa; do ponto de vista do Estado requerido é dita passiva.

No Brasil, o procedimento extradicional passivo é regido pelos arts. 5º, incisos LI e LII, e 102, inciso I, da Constituição; pelos arts. 7º, 63 e 75 a 94 do Estatuto do Estrangeiro (Lei Federal nº 6.815/1980) e no art. 110 do Decreto nº 86.715/1981. É medida compulsória em relação ao extraditando, não podendo ele se opor à sua entrega ao Estado requerente após o deferimento pelas autoridades competentes do Estado requerido. Já a extradicação ativa tem regulamento precário no art. 20 do Decreto-Lei nº 394, de 28 de abril de 1938, parcialmente revogado.

Em função do princípio da especialidade, os tratados firmados pelo Brasil em matéria extradicional sobrepõem-se às normas internas, mormente à Lei nº 6.815/1980, devendo-se respeitar as limitações constitucionais que vedam a extradicação por crimes políticos, militares e de opinião, assim como as que proíbem a extradicação de nacionais, salvo do naturalizado.

Atualmente¹⁶ o Brasil é parte de 28 tratados bilaterais¹⁷ e de 3 tratados multilaterais de extradicação, sendo dois do Mercosul e um da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa

16. 4 de junho de 2015.

17. Argentina – 1961 – Decreto nº 62.979/1968, Austrália – 1994 – Decreto nº 2.010/1996; Bélgica – 1953 – Decreto nº 41.909/1957; Bolívia – 1938 – Decreto nº 9.920/1942; Chile – 1935 – Decreto nº 1.888/1937; China – 2004 – Decreto nº 8.431/2015; Colômbia – 1938 – Decreto nº 6.330/1940; Coreia do Sul – 1995 – Decreto nº 4.152/2002; Equador – 1937 – Decreto nº 2.950/1938; Espanha – 1988 – Decreto nº 99.340/1990; Estados Unidos – 1961 – Decreto nº 55.750/1965; França – 1996 – Decreto nº 5.258/2004; Itália – 1989 – Decreto nº 863/1993; Lituânia – 1937 – Decreto nº 4528/1939; México – 1933 – Decreto nº 2.535/1938; Panamá – 2007 – Decreto nº 8.045/2013; Paraguai – 1922 – Decreto nº 16.925/1925; Peru – 2003 – Decreto nº 5.853/2006; Portugal – 1991 – Decreto nº 1.325/1994 (vide art. 25 da Convenção da CPLP); Reino Unido – 1995 – Decreto nº 2.347/1997; República Dominicana – 2003 – Decreto nº 6.738/2009; Romênia – 2003 – Decreto nº 6.512/2008; Rússia – 2002 – Decreto nº 6056/2007; Suíça – 1932 – Decreto nº 23.997/1934; Suriname – 2004 – Decreto nº 7.902/2013; Ucrânia – 2003 – Decreto nº 5.938/2006; Uruguai – 1916 – Decreto nº 13.414/1919 (vigência: vide Extradicação 991, de 27/07/2013); Venezuela – 1938 – Decreto nº 5.362/1940.

(CPLP), dos quais citamos o Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do Mercosul de 1998 (Decreto nº 4.975/2004) e a Convenção de Extradicação entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, firmada na Cidade de Praia, República do Cabo Verde, em 2005 (Decreto nº 7.935/2013).

O Brasil integra o grupo minoritário de países que não extraditam seus nacionais. Grande parte das nações democráticas o faz, desde que presente a reciprocidade.

Em geral, países de sistema *common law*, como o Reino Unido, seguem o princípio da indispensabilidade dos tratados em matéria extradicional. Vale dizer, sem tratado não se processa pedido de extradição (*no extradition without treaty*)¹⁸. Já as nações que seguem o modelo de direito europeu continental (*civil law*) normalmente aceitam o princípio da reciprocidade para a tramitação de pedidos de extradição¹⁹.

No que diz respeito às suas espécies, a extradição pode ser instrutória ou executória. Na primeira forma, o indivíduo foragido é procurado para a fase investigatória ou processual, como suspeito ou réu. Na segunda forma, já existe sentença condenatória transitada em julgado e se busca capturar o foragido para cumprimento da pena privativa de liberdade aplicada no Estado requerente. A extradição executória pode ser substituída por medida alternativa de cooperação internacional, como é a transferência da execução penal.

2.2. Entrega

A extradição evoluiu e simplificou-se. No âmbito da União Europeia, a Decisão nº 2002/584/JHA do Conselho da União Europeia criou o mandado de detenção europeu (*European Arrest Warrant*). Desde janeiro de 2004, esse procedimento substituiu a extradição dentro do bloco, permitindo a entrega direta de procurados e foragidos entre os 28 Estados-Membros, inclusive de nacionais, em rito estritamente judicial, sem etapa política.

No Mercosul, o Acordo de Foz do Iguaçu de 2010, aprovado pela Decisão Mercosul/CMC/DEC nº 58/2010, instituiu mecanismo semelhante ao europeu ao criar o Mandado Mercosul de Captura (MMC), ainda não implementado na região.

Ferramenta similar existe na Escandinávia (*Nordic Arrest Warrant*), que se desenvolveu a partir da cooperação simplificada intranórdica, que permitia a extradição de nacionais naquela região desde meados do século XX. Esse sistema foi amplificado pela *Convention on Surrender for Criminal Acts between Nordic Countries (Nordisk arestordre)*, de 2005, que aboliu o princípio da dupla tipicidade para pedidos de entrega entre os cinco países escandinavos: Dinamarca, Finlândia, Islândia, Noruega e Suécia.

O *Caricom Arrest Warrant*, criado pelo Tratado de Antígua, de 2008, é o mandado regional de captura da Comunidade do Caribe (Caricom), ente formado por Antígua e Barbuda, Bahamas, Barbados, Belize, Dominica, Granada, Guiana, Haiti, Jamaica, Montserrat, Santa Lúcia, São Cristóvão e Névis, São Vicente e Granadinas, Suriname e Trinidad e Tobago.

18. Vide o caso Ronald Biggs, entre o Brasil e o Reino Unido.

19. Vide os casos Salvatore Cacciola, entre Brasil e Mônaco, e Hosmany Ramos, entre Brasil e Islândia.

A tramitação dos mandados de entrega se faz de forma direta, ou por meio de uma autoridade central, e diferentemente da extradição, o procedimento de avaliação é inteiramente judicial, sem fase política. O cumprimento desses mandados baseia-se no princípio do reconhecimento mútuo.

Esses mandados regionais de captura e entrega diferem do instituto da entrega, previsto no art. 89 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI) de 1998 (Decreto nº 4.388, de 2002), que se destina à cooperação entre os Estados signatários do tratado e a própria Corte.

O TPI pode emitir um pedido de detenção e entrega de uma pessoa a qualquer Estado em cujo território essa pessoa se encontre, com a finalidade de permitir a instrução de processo penal de jurisdição da Corte ou de sujeitá-la à execução penal²⁰. Diversa da extradição, essa espécie de entrega aplica-se a cidadãos estrangeiros ou a nacionais, inclusive brasileiros natos.

2.3. Transferência de condenados

A transferência de condenados não é propriamente uma medida de cooperação internacional. Tem cunho humanitário, e é focada na ideia de recuperação do interno e de promoção de sua reinserção social. Deve ser requerida pelo próprio apenado. Pode ser ativa ou passiva. Somente estrangeiros estão sujeitos ao procedimento ativo. Quanto ao modo passivo (Brasil como Estado receptor), em regra, somente é admissível a transferência para cá de brasileiros ou de estrangeiros já residentes.

Difere da extradição executória por ser voluntária. Ou seja, o condenado é quem geralmente toma a iniciativa de pedir sua remoção de uma jurisdição a outra, para o seu país de nacionalidade ou para o de sua residência habitual. É muito útil para a transferência da custódia de presos estrangeiros, em nome de sua reabilitação.

No momento de requerer sua remoção, o transcondenado estará necessariamente cumprindo pena no território de um Estado estrangeiro, ou sob a jurisdição de uma corte penal internacional. Deferida a medida, o condenado é enviado ao país de destino (receptor) com a documentação necessária à execução penal. No Brasil, a autoridade central para esse tema é o Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça.

Atualmente, contrariamente ao que dispõe o art. 105, inciso I, alínea 'i', da Constituição, não se tem exigido prévia homologação da sentença estrangeira perante o Superior Tribunal de Justiça, o que viola a competência daquela corte e acaba por ampliar o escopo do art. 9º do Código Penal, que só permite a homologação de sentenças penais estrangeiras para fins civis e para cumprimento de medida de segurança.

A execução penal nos casos passivos (Brasil como Estado receptor) compete excepcionalmente às Varas de Execuções Penais da Justiça dos Estados brasileiros, por aplicação subsidiária da Súmula nº 192 do STJ, o que ofende o art. 109, incisos IV e X, da Constituição Federal. Como em todos os temas de cooperação internacional passiva, a competência deveria ser da Justiça Federal.

20. Vide caso Omar Al-Bashir, Petição no 4625 (República do Sudão), no STF.

Na transferência ativa, a competência será do juízo federal ou estadual, a depender da situação prisional do detento²¹, nos termos da Lei nº 7.210/1984, que dispõe sobre execuções penais, e da Lei nº 11.671/2008, que dispõe sobre a inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima.

Nesse instituto, ocorre a transferência simultânea da execução penal e do próprio condenado, não só deste; não só daquela. Sua implementação tem dependido da existência tratado bilateral. Por motivos práticos, o Brasil não coopera nesse campo com base em mera promessa de reciprocidade, devido às dificuldades de equalização das penas e regimes prisionais por essa via simplificada. Note-se que o transcondenado deve ser também expulso do território nacional (arts. 67 e 68 da Lei nº 6.815/1980).

Atualmente²², estão em vigor para o Brasil 12 tratados bilaterais de transferência de condenados, firmados com Argentina (Decreto nº 3.875/2001), Angola (Decreto nº 8.316/2014), Bolívia (Decreto nº 6.128/2007), Canadá (Decreto nº 2.547/1998), Chile (Decreto nº 3.002/1999), Espanha (Decreto nº 2.576/1998), Panamá (Decreto nº 8.050/2013), Paraguai (Decreto nº 4.443/2002), Peru (Decreto nº 5.931/2006), Países Baixos (Decreto nº 7.906/2013), Portugal (Decreto nº 5.767/2006) e Reino Unido (Decreto nº 4.107/2002).

No plano multilateral, podem ser invocados a Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior, conhecida como Convenção de Manágua de 1993 (Decreto nº 5.919/2006); a Convenção sobre a Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, ou Convenção da Praia, de 2005 (Decreto nº 8.049/2013); e o Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Partes do Mercosul, ou Convenção de Belo Horizonte, de 2012 (Decreto nº 8.315/2014).

A Convenção de Manágua estabelece um direito fundamental à transferência no espaço jurídico da Organização dos Estados Americanos (OEA). A transferência depende da existência de sentença firme²³; da existência de consentimento do sentenciado; e da presença do requisito da dupla incriminação. É necessário que a pessoa a ser transferida seja nacional do Estado receptor; que a pena a ser cumprida não seja pena de morte; que a pena ainda a ser cumprida tenha duração superior a seis meses; e que a sentença não contrarie a ordem pública do Estado receptor.

21. Respeitada a Súmula nº 192 do STJ: “Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual”.

22. Dados de 4 de junho de 2015, O Ministério da Justiça tem optado pela negociação de tratados bilaterais, um procedimento moroso e custoso. O ingresso do País em convenções multilaterais, como a europeia, seria mais adequado ao interesse público. Referência é feita à Convenção relativa à transferência de pessoas condenadas do Conselho da Europa, de 21 de março de 1983 (CETS 112), cujo art. 19 admite a adesão de terceiros Estados. Atualmente, 46 Estados europeus são partes, salvo Mônaco. Outros 18 países não europeus são membros, inclusive Estados Unidos, Canadá, Austrália, Japão, Coreia do Sul, Israel e várias nações latino-americanas.

23. O art. 1º, § 3º da Convenção de Manágua define sentença como “a decisão judicial definitiva mediante a qual se imponha a uma pessoa, como pena pela prática de um delito, a privação da liberdade ou a restrição da mesma, em regime de liberdade vigiada, pena de execução condicional ou outras formas de supervisão sem detenção. Entende-se que uma sentença é definitiva se não estiver pendente apelação ordinária contra a condenação ou sentença no Estado sentenciador, e o prazo previsto para a apelação estiver expirado”.

Com o nome de “transferência de pessoas condenadas”, o instituto também é objeto do art. 17 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo); do art. 45 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), ali com o *nomen iuris* de “traslado de pessoas condenadas”; e do art. 6º, § 12 da Convenção de Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, concluída em Viena, em 20 de dezembro de 1988:

12. As Partes poderão considerar a possibilidade de celebrar acordos bilaterais ou multilaterais, especiais ou gerais, que visem à transferência de pessoas condenadas a prisão ou a outra forma de privação de liberdade pelos delitos cometidos, aos quais se aplica este Artigo, a fim de que possam terminar de cumprir sua pena em seu país.

Na União Europeia, a Decisão-Quadro 2008/909/JAI, de 27 de novembro de 2008, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo a sentenças impositivas de penas ou outras medidas privativas de liberdade, ampliou a incidência do princípio do reconhecimento mútuo no que concerne à execução de sentenças penais privativas de liberdade, para fins de transferência de condenados.

Resultante do art. 82 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, a decisão de 2008 permite reconhecer e executar em um Estado-Membro as sentenças privativas de liberdade emitidas noutro, sempre que o Estado sentenciante se convença de que a execução da pena no Estado receptor contribuirá para facilitar a reinserção social do condenado. A transmissão da sentença pelo Estado emissor ao Estado de execução se faz diretamente entre as autoridades competentes.

A Decisão-Quadro 2008/909/JAI lista várias infrações penais que estão sujeitas a execução penal noutro Estado-Membro da União, independentemente da presença da dupla incriminação, desde que a pena máxima no Estado de emissão não seja inferior a três anos de prisão. Caso a pena a ser executada no exterior, por sua duração ou natureza, seja incompatível com a legislação do Estado de execução, deve-se adequar a sentença ao direito penal local, sem possibilidade de agravar a sanção²⁴.

2.4. Transferência de execução penal

Ainda pouco aplicada em países de modernização tardia, a transferência de execução da pena permite que um Estado ou um tribunal internacional solicite a outro Estado que submeta uma pessoa que *já está em seu território* ao cumprimento de pena privativa de liberdade, ou a outra espécie de sanção.

A homologação de sentença estrangeira tem por fim dar eficácia no território do Estado requerido a uma decisão com força de definitiva proferida pelas autoridades judiciárias do Estado ou do tribunal internacional requerente. A homologação pode ser total ou parcial. O pedido pode ser ativo ou passivo, e seu pressuposto é a existência de dupla incriminação.

No Brasil, a transferência de execução penal de sentença estrangeira exige prévia homologação perante o Superior Tribunal de Justiça, e, ainda assim, é limitada pelo art. 9º do

24. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008F0909&from=ES>>.

Código Penal, a duas finalidades: cumprimento dos efeitos civis de decisão condenatória (execução civil *ex delicto*) e sujeição de inimputável a medida de segurança.

Art. 9º A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para:

I - obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis;

II - sujeitá-lo à medida de segurança;

Parágrafo único – A homologação depende:

a) para os efeitos previstos no inciso I, de pedido da parte interessada;

b) para os outros efeitos, da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça.

Assim, no âmbito criminal (passivo), a finalidade da homologação de sentença estrangeira é restrita à reparação do dano, à restituição da coisa, ao cumprimento de obrigações não penais de dar, fazer e não fazer, ao pagamento de custas e despesas processuais e a outros efeitos civis (perda do poder parental, por exemplo), assim como para a execução de medidas de segurança em casos de inimputabilidade (art. 26 do CP).

Para que produzam os efeitos do art. 9º do Código Penal, as sentenças estrangeiras deverão ser previamente homologadas pelo Superior Tribunal de Justiça²⁵. Portanto, a sentença estrangeira tem eficácia condicional, servindo a homologação para aferir a adequação da decisão estrangeira à legalidade interna e à ordem pública nacional²⁶.

Porém, no campo cível, o Protocolo de Las Leñas (Decreto nº 2.067/1996)²⁷ e o Protocolo de Buenos Aires (Decreto nº 6.891/2009)²⁸, do Mercosul, conforme o princípio do reconhecimento mútuo, dispensam o procedimento de homologação e estabelecem rito simplificado, por meio de rogatórias, para o cumprimento das sentenças não penais emitidas por países do bloco²⁹. Eis os arts. 18 e 19 do Protocolo de Buenos Aires:

25. Art. 787 do CPP lido à luz da Emenda Constitucional nº 45/2004.

26. É de se lembrar que o Código Penal brasileiro prevê algumas hipóteses de eficácia incondicional da decisão proferida no exterior. É o caso da reincidência em razão de sentença condenatória prolatada no estrangeiro (art. 63 do CP); e da detração, em que se permite o cômputo do tempo de prisão cumprido fora do Brasil (art. 42 do CP).

27. Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa foi assinado pelo Brasil em Las Leñas, em 27 de junho de 1992.

28. Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile, assinado em Buenos Aires, em 5 de julho de 2002.

29. O art. 475-N, inciso VI, do CPC de 1973 considera títulos executivos extrajudiciais as sentenças estrangeiras homologadas pelo STJ. Os referidos tratados, como leis especiais, derrogam essa norma, que encontra símile no art. 515, inciso VIII, do CPP de 2015 (Lei nº 13.105). A propósito, os arts. 960 e 961 do novo CPC dizem expressamente que “a homologação de decisão estrangeira será requerida por ação de homologação de decisão estrangeira, salvo disposição especial em sentido contrário prevista em tratado” e que “a decisão estrangeira somente terá eficácia no Brasil após a homologação de sentença estrangeira ou a concessão do exequatur às

Artigo 18

As disposições do presente Capítulo serão aplicáveis ao reconhecimento e à execução das sentenças e dos laudos arbitrais pronunciados nas jurisdições dos Estados Partes em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa, e serão igualmente aplicáveis às sentenças em matéria de reparação de danos e restituição de bens pronunciadas em jurisdição penal.

Artigo 19

O reconhecimento e execução de sentenças e de laudos arbitrais solicitado pelas autoridades jurisdicionais poderá tramitar-se por via de cartas rogatórias e transmitir-se por intermédio da Autoridade Central, ou por via diplomática ou consular, em conformidade com o direito interno. Não obstante o assinalado no parágrafo anterior, a parte interessada poderá tramitar diretamente o pedido de reconhecimento ou execução de sentença. Em tal caso, a sentença deverá estar devidamente legalizada de acordo com a legislação do Estado em que se pretenda sua eficácia, salvo se entre o Estado de origem da sentença e o Estado onde é invocado, se houver suprimido o requisito da legalização ou substituído por outra formalidade.

Isso significa que, no âmbito do Mercosul, a execução civil *ex delicto* de sentenças penais estrangeiras, nos termos do art. 9º do CP, não depende de homologação do STJ. Para a outra finalidade – sujeição à medida de segurança – a homologação continua sendo exigível, mesmo no bloco.

A transferência pode ser ativa ou passiva. No seu aspecto passivo, a homologação de sentenças penais estrangeiras tem curso perante o Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, inciso I, alínea 'i', da Constituição e do Regimento Interno do STJ³⁰. É procedimento de cunho processual penal e, no plano passivo, a iniciativa é do procurador-geral da República, conforme o art. 789 do CPP, quando se trate de cumprimento de medida de segurança.

Desse modo, para o cumprimento de medida de segurança de internação ou de tratamento ambulatorial em solo brasileiro (arts. 96, incisos I e II, do CP), por crime ocorrido no exterior, o STJ só homologará a sentença se o Brasil e o Estado requerente tiverem tratado de extradição, ou se, não existindo tratado entre as partes, houver requisição do ministro da Justiça do Brasil, fundada em promessa de reciprocidade. A decisão estrangeira a ser homologada será aqui recebida e executada como absolutória imprópria.

Em se tratando de imposição de execução civil *ex delicto*, o interessado na execução de sentença penal estrangeira, para a reparação do dano, restituição e outros efeitos civis, poderá requerer ao STJ a sua homologação, observando-se o art. 109, inciso X, da Constituição, o art. 516, inciso III, e o art. 965 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).

Assim, a ação será promovida pela parte interessada, isto é, a vítima, o terceiro de boa-fé, seus representantes legais ou seus sucessores. Se a vítima for o Estado estrangeiro, a Procuradoria-Geral da República será o requerente perante o STJ. Aqui, a execução

cartas rogatórias, salvo disposição em sentido contrário de lei ou tratado”.

30. Alterado pela Emenda Regimental 18/2014.

permitirá a imposição do efeito previsto no art. 91, inciso I, do Código Penal (“São efeitos da condenação tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime”), muito útil para confisco de ativos relacionados à corrupção e à lavagem de dinheiro, e do art. 63 do CPP, conforme as regras da execução civil *ex delicto*.

O art. 26, § 2º do CPC (Lei nº 13.105/2015) determina que não se exigirá a reciprocidade para homologação de sentença estrangeira no Brasil, o que significa dizer que uma sentença estrangeira (mesmo penal condenatória) poderá ser executada no Brasil para fins civis, ainda que não tenha havido prévia promessa de reciprocidade.

Mas a questão não se limita a isso. A transferência da execução penal no direito comparado é muito mais ampla e pode levar de fato ao cumprimento, no Estado requerido, de pena privativa de liberdade aplicada por jurisdição estrangeira ou supranacional.

Diferentemente da extradição executória, na transferência da execução penal não é a pessoa que é “movimentada” ou removida de um país a outro; é a decisão judicial condenatória que é transferida. Ou seja, uma sentença firme é remetida para execução noutro Estado soberano sempre que não seja juridicamente possível ou viável ou oportuna a extradição desse mesmo condenado.

A transferência da execução penal tampouco se confunde com a transferência de pessoas condenadas. Esta é feita no interesse do apenado e é voluntária; aquela ocorre no interesse do Estado onde se proferiu a sentença condenatória e, uma vez deferida, é compulsória. Numa (transferência de condenados), a pessoa transferida já está cumprindo a pena no território do Estado requerente. Na outra, a pessoa encontra-se no território do Estado requerido, e ainda não está encarcerada.

Para a transferência da execução penal, é conveniente a existência de tratado bilateral ou acordo *ad hoc*, não sendo suficiente a simples promessa de reciprocidade, pois é indispensável a harmonização das regras de execução penal, notadamente pela diversidade dos limites penais (mínimo e máximo) e das espécies sancionatórias, que nem sempre são compatíveis com o ordenamento jurídico do Estado receptor, como a prisão perpétua. De fato, segundo o art. 781 do CPP, as sentenças estrangeiras não serão homologadas, se contrárias à ordem pública.

Essa maior abrangência do instituto sob exame pode ser mais facilmente percebida no plano ativo. Nesse caso, a iniciativa de requerer a Estado estrangeiro a execução de sentença criminal proferida no Brasil é do juízo competente ou do promotor natural, estadual ou federal, por intermédio da autoridade central, não se limitando às hipóteses previstas no art. 9º do CP. O princípio da reciprocidade pode ser um obstáculo, mas, se a legislação do Estado requerido não a exigir, a sentença penal proferida no Brasil poderá ser executada no exterior, cabendo ao Ministério Público requerer sua remessa ao país receptor por meio da autoridade central.

A transferência da execução penal a outro Estado é útil em três situações:

a) quando houver um sentenciado foragido e este for inextraditável (por ser nacional do país requerido ou por motivo diverso da extinção da punibilidade), ou ainda quando a extradição houver sido negada; ou

b) quando não for conveniente nem oportuno requerer a extradição de um condenado foragido; ou

c) quando se trate de executar uma pena não privativa de liberdade para a qual nem em tese caiba extradição.

Em qualquer dos casos, pode-se invocar dispositivos dos tratados bilaterais ou multilaterais aplicáveis, como o art. 6º, § 10 da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotópicas, conhecida por Convenção de Viena de 1988 (Decreto nº 154/1991)³¹; ou o art. 44, § 13 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção³², conhecida por Convenção de Mérida ou UNCAC³³ (Decreto nº 5.687/2006); ou, ainda, o art. 16, § 12 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida por Convenção de Palermo ou UNTOC³⁴ (Decreto nº 5.015/2004)³⁵, sendo indispensável a indicação de regras de direito interno do Estado requerido que admitam esse tipo de cooperação para execução penal.

Observe-se que esses tratados são normas complementares ou subsidiárias e têm por foco facilitar a cooperação internacional relativa à persecução de tráfico de drogas, corrupção, peculato, criminalidade organizada, lavagem de dinheiro e delitos antecedentes.

Quando existe tratado vinculante para o Brasil, a autoridade central para a tramitação de pedidos de homologação de sentenças penais estrangeiras no Brasil é o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) do Ministério da Justiça. Para Portugal e Canadá, a autoridade central é a Secretaria de Cooperação Internacional da Procuradoria-Geral da República. Na União Europeia, a tramitação dos pedidos de transferência de execução penal é direta entre as autoridades competentes.

A Convenção Europeia sobre a Validade Internacional de Julgamentos Criminais de 1970 (CETS 70) admite o cumprimento no exterior de decisões condenatórias emitidas por outros Estados europeus, se presente um ou mais motivos listados no seu art. 5º: a) a pessoa condenada reside no Estado requerido ou é nacional dele; b) a execução penal no outro Estado facilitará a reabilitação do condenado; c) a pena privativa de liberdade

31. 31 "10. Se a extradição solicitada com o propósito de fazer cumprir uma condenação, for denegada, porque o indivíduo objeto da solicitação é nacional da Parte requerida, esta, se sua legislação assim o permitir, e de acordo com as determinações da legislação em questão, e a pedido da parte requerente, considerará a possibilidade de fazer cumprir a pena imposta, ou o que resta da pena ainda a cumprir, de acordo com a legislação da Parte requerente."

32. 32 "13. Se a extradição solicitada com o propósito de que se cumpra uma pena é negada pelo fato de que a pessoa procurada é cidadã do Estado Parte requerido, este, se sua legislação interna autoriza e em conformidade com os requisitos da mencionada legislação, considerará, ante solicitação do Estado Parte requerente, a possibilidade de fazer cumprir a pena imposta ou o resto pendente de tal pena de acordo com a legislação interna do Estado Parte requerente".

33. *United Nations Convention Against Corruption.*

34. *United Nations Convention Against Transnational Organized Crime.*

35. "12. Se a extradição, pedida para efeitos de execução de uma pena, for recusada porque a pessoa que é objeto deste pedido é um cidadão do Estado Parte requerido, este, se o seu direito interno o permitir, em conformidade com as prescrições deste direito e a pedido do Estado Parte requerente, considerará a possibilidade de dar execução à pena que foi aplicada em conformidade com o direito do Estado Parte requerente ou ao que dessa pena faltar cumprir".

aplicada no Estado requerente pode ser unificada a outra sanção de igual natureza já em execução no Estado requerido; ou d) se o Estado requerente entende que não pode executar a sanção em seu território, mesmo que apresente pedido de extradição.

2.5. Quadro comparativo das diferenças entre os institutos

TABELA COMPARATIVA ENTRE OS QUATRO INSTITUTOS

ESPÉCIE DE PEDIDO	EXTRADIÇÃO	ENTREGA	TRANSFERÊNCIA DE EXECUÇÃO	TRANSFERÊNCIA DE CONDENADOS
A MEDIDA RECAI SOBRE	Qualquer pessoa, salvo o nato	Qualquer pessoa, inclusive nato	Sentença firme proferida no exterior	Pessoa nacional ou residente e sobre a sentença
QUANTO À VOLUNTARIEDADE	Compulsória	Compulsória	Compulsória	Voluntária
QUANTO À EXECUÇÃO PENAL	Não iniciada ou interrompida por fuga	Não iniciada ou interrompida por fuga	Não iniciada ou interrompida por fuga	Já iniciada
QUANTO À LOCALIZAÇÃO DO SENTENCIADO	Pessoa foragida ou residente no exterior	Pessoa foragida ou residente no exterior	Pessoa foragida ou residente no exterior	Pessoa já cumpre pena no Estado requerente
LEGITIMIDADE ATIVA	Estado estrangeiro	Estado estrangeiro ou tribunal internacional	Estado estrangeiro ou tribunal internacional	Apenado ou seu representante legal
QUANTO À NATUREZA	Cooperação internacional	Cooperação internacional	Cooperação internacional	Cunho humanitário e reinserção social
QUANTO À TRAMITAÇÃO	Via diplomática ou autoridade central	Via direta ou autoridade central	Via diplomática ou autoridade central	Via diplomática ou autoridade central
COMPETÊNCIA NO	STF	STF	STJ	STJ
MODO PASSIVO				

2.6. Transferência da execução penal como alternativa à extradição

A extradição é o método tradicional de persecução transnacional de foragidos. Contudo, não são raros os óbices que se apresentam em algumas jurisdições. É que, por disposição constitucional ou legal, o Estado requerido pode estar impedido de extraditar seus nacionais ou nacionais de outros Estados com os quais mantenham convenções protetivas.

Nesses casos, questiona-se qual seria a solução para impedir a impunidade do foragido. Se não se pode obter a extradição de alguém já condenado no Estado que exerceu a jurisdição, só há duas opções: a) propositura de nova ação penal no país de destino (onde está o condenado), como consequência do princípio *aut dedere aut iudicare*; ou b) a execução da sentença penal condenatória no território desse outro Estado.

Noutras palavras, quando a extradição não é deferida pelo fato de o extraditando ser nacional do Estado requerido, aplica-se a regra conhecida como *aut dedere aut iudicare*: extradite ou julgue. Cabe ao Estado requerido extraditar ou processar a pessoa procurada pela prática de crime no exterior.

Esta solução é adequada sobretudo para aquelas situações nas quais o foragido ainda não foi condenado no Estado que detém a jurisdição. Se recusada a extradição, o processo penal terá curso no Estado de abrigo do procurado.

Porém, se o foragido já houver sido condenado, a melhor solução é a transferência da execução penal, conforme o princípio do reconhecimento mútuo de decisões judiciais. Afronta a economia processual e a segurança jurídica realizar um novo julgamento sobre o mesmo fato.

Não importa se o apenado fugiu antes de ter início ou após haver sido iniciada a execução da pena, a transferência da execução penal poderá ocorrer. Noutros casos, o sentenciado estará sujeito a esse procedimento mesmo que não seja foragido, pois um réu pode cometer um crime de jurisdição do Estado X sem jamais ter estado em seu território.

Nos casos de negativa de extradição (especialmente a executória) em função da inextraditabilidade de nacionais, a transferência da execução da sentença penal estrangeira é a melhor alternativa para evitar a impunidade e permitir a imediata responsabilização de alguém que já foi condenado noutra jurisdição em ação penal na qual se tenha observado o devido processo legal.

Se o Estado requerente e o Estado requerido forem signatários da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida por Convenção de Palermo ou UNTOC (Decreto nº 5.015/2004), pode-se invocar a regra do art. 16, § 12, segundo o qual:

Artigo 16. Extradição

1. O presente Artigo aplica-se às infrações abrangidas pela presente Convenção ou nos casos em que um grupo criminoso organizado esteja implicado numa infração prevista nas alíneas a) ou b) do parágrafo 1 do Artigo 3 e em que a pessoa que é objeto do pedido de extradição se encontre no Estado Parte requerido, desde que a infração pela qual é pedida a extradição seja punível pelo direito interno do Estado Parte requerente e do Estado Parte requerido. [...]

12. Se a extradição, pedida para efeitos de execução de uma pena, for recusada porque a pessoa que é objeto deste pedido é um cidadão do Estado Parte requerido, este, se o seu direito interno o permitir, em conformidade com as prescrições deste direito e a pedido do Estado Parte requerente, considerará a possibilidade de dar execução à pena que foi aplicada em conformidade com o direito do Estado Parte requerente ou ao que dessa pena faltar cumprir.

Regra semelhante está no § 13 do art. 44 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, apelidada de Convenção de Mérida ou UNCAC (Decreto nº 5.687/2006). Se não deferida a extradição de nacional, mais eficaz e rápido é transmitir a sentença penal condenatória definitiva para o Estado requerido para que lá seja executada a pena.

Art. 44. Extradição

13. Se a extradição solicitada com o propósito de que se cumpra uma pena é negada pelo fato de que a pessoa procurada é cidadã do Estado Parte requerido, este, se sua legislação interna autoriza e em conformidade com os requisitos da mencionada legislação, considerará, ante solicitação do Estado Parte requerente, a possibilidade de fazer cumprir a pena imposta ou o resto pendente de tal pena de acordo com a legislação interna do Estado Parte requerente.

No que concerne ao Tribunal Penal Internacional, criado pelo Estatuto de Roma de 1998 (Decreto nº 4.388/2002), o procedimento de transferência da execução penal é diferenciado, estando regulado nos arts. 103 e 104. Em regra, as penas privativas de liberdade serão cumpridas num Estado indicado pelo Tribunal a partir de uma lista de Estados que tenham manifestado a sua disponibilidade para receber pessoas condenadas. Se nenhum Estado for designado pela Corte, a pena privativa de liberdade será cumprida num estabelecimento prisional designado pelo Estado anfitrião (a Holanda). Caso seja necessário, o Tribunal poderá transferir um condenado para prisão de um outro Estado.

A Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, de 19 de junho de 1990, cuida da transmissão da execução de sentenças penais (*transfer of the enforcement of criminal judgements*), procedimento que não depende do consentimento do apenado. Os arts. 67 a 69 desse tratado complementam a Convenção do Conselho da Europa de 21 de março de 1983 sobre a transferência de pessoas condenadas, entre as partes contratantes que também sejam partes na referida convenção. Conforme o art. 68:

[...] a Parte Contratante em cujo território foi decretada uma pena privativa de liberdade ou uma medida de segurança restritiva da liberdade por uma sentença passada em julgado, relativamente a um nacional de uma outra Parte Contratante que se subtraiu, evadindo-se para o seu país, ao cumprimento desta pena ou medida de segurança, pode solicitar a esta última Parte Contratante, caso a pessoa evadida aí for encontrada, que retome a execução da pena ou medida de segurança.

O primeiro tratado internacional – não regional – a possibilitar a transferência de sentenças penais estrangeiras no interesse do Estado sentenciante foi a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena de 1988), promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 154/1991. Conforme o art. 7º, § 10, desse tratado:

10. Se a extradição solicitada com o propósito de fazer cumprir uma condenação, for denegada, porque o indivíduo objeto da solicitação é nacional da Parte requerida, esta, se sua legislação assim o permitir, de acordo com as determinações da legislação em questão, e a pedido da Parte requerente, considerará a possibilidade de fazer cumprir a pena imposta, ou o que resta da pena ainda a cumprir, de acordo com a legislação da parte requerente.

Como se observa, os três dispositivos convencionais tomam a impossibilidade de extradição de nacionais como premissa para viabilizar a transferência da execução de sentenças criminais proferidas no exterior. Mas em todas as três regras há que se observar o direito interno.

A legislação nacional deve permitir a execução de uma sentença penal estrangeira, o que, no contexto do art. 9º do Código Penal brasileiro, é juridicamente impossível³⁶.

A decisão penal firme – isto é, transitada em julgado – proferida no Estado requerente ou pelo tribunal internacional competente³⁷ deverá ser adequada à realidade jurídico-penal do Estado requerido. Em algumas jurisdições, a esse procedimento complexo se dá o nome de homologação de sentença penal estrangeira. Noutras, chama-se exequatur, em que o princípio do reconhecimento mútuo não é devidamente aplicado, tal chancela é sempre um passo necessário para viabilizar a execução da pena proferida no exterior.

Em países como o Brasil, ainda há sérias limitações ao reconhecimento de sentenças penais estrangeiras para execução, pois, segundo o art. 9º do Código Penal brasileiro, a sentença penal estrangeira só pode ser homologada para obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis, e para sujeitar o inimputável ao cumprimento de medida de segurança. E isso só ocorrerá após a homologação da decisão originária pelo Superior Tribunal de Justiça.

No atual marco normativo do Brasil, não é possível dar força a sentenças penais estrangeiras para seus fins intrínsecos, isto é, para o cumprimento de pena, a pedido do Estado ou tribunal sentenciante. De fato, atualmente não é possível executar em solo brasileiro uma sentença penal proferida por uma corte estrangeira ou um tribunal supranacional.

Como visto, os textos convencionais determinam que, para a transferência de sentenças penais, haja previsão expressa do direito local. Em se tratando de regras de índole penal, é fundamental a observância do princípio da legalidade, o que torna necessária a existência de lei penal em sentido estrito (*lex populi*) para dar-se eficácia imediata aos tratados internacionais nesse ponto.

Note-se, porém, como vimos, que este instituto é diverso da transferência de condenados, que se faz com base em tratados bilaterais ou convenções multilaterais. Tal instituto

36. O art. 10 do PLS 236/2012, que institui o novo Código Penal brasileiro, procura solucionar esta questão, passando a admitir a homologação de qualquer tipo de sentença penal.

37. Na forma do art. 87, § 1º, alínea “a”, do Estatuto de Roma de 1998, “o Tribunal estará habilitado a dirigir pedidos de cooperação aos Estados Partes. Estes pedidos serão transmitidos pela via diplomática ou por qualquer outra via apropriada escolhida pelo Estado Parte no momento de ratificação, aceitação, aprovação ou adesão ao presente Estatuto”.

tem cariz humanitário e sempre é manejado no interesse do condenado³⁸. Ademais, na transferência de condenados, condenados a pessoa a ser transferida está no território do Estado sentenciante e sujeito a sua jurisdição ou sob custódia. Ao revés, na transferência da execução penal, o condenado não está ao alcance imediato do Estado sentenciante.

Devemos abandonar a ideia de que a transferência da execução da pena (com ou sem homologação) seria uma alternativa à extradição apenas no caso de seu indeferimento ou impossibilidade jurídica. Em verdade, apesar das limitações ínsitas aos dispositivos convencionais da Convenção de Mérida de 2003 (UNCAC), da Convenção de Palermo de 2000 (UNTOC) e da Convenção de Viena de 1988, deveria ser possível transferir a sentença penal ao Estado requerido desde logo, independentemente de ter sido requerida e negada a extradição do condenado, sempre que se trate de criminalidade organizada, corrupção, narcotráfico e lavagem de dinheiro, e seus delitos antecedentes.

Assim, a transferência da execução penal terá lugar quando o réu for condenado, tendo respondido ao processo penal noutra jurisdição (isto é, o acusado foi notificado para a ação penal e defendeu-se no exterior, tendo sido, em seguida, condenado); ou, quando o acusado fugiu para outro país durante a investigação ou a ação penal e sobreveio sentença condenatória; ou ainda, quando a pessoa condenada se evadiu do Estado sentenciante antes de iniciada a execução penal ou durante o cumprimento da pena privativa de liberdade.

Além da regra de reconhecimento mútuo e do preceito *aut dedere aut iudicare*, outro princípio deve ser levado em conta quando consideramos a execução de pena noutra jurisdição. A transferência da execução penal tem uma vantagem evidente sobre a regra *aut dedere aut iudicare*, na medida que, em observância ao princípio do *ne bis in idem*, evita a propositura de novo processo criminal pelo mesmo fato, ainda que noutra jurisdição. Isto é, se o Estado requerido nega a extradição (por exemplo, por motivo de nacionalidade), fica obrigado a iniciar a persecução criminal em seu território, conforme a diretriz “extradite ou processe.” Um novo processo penal no Estado requerido ofende as ideias de economia processual e celeridade, além de permitir a prolação de decisão contraditória em relação à condenação já proferida no Estado requerente.

Por outro lado, ainda que em jurisdições distintas, essa nova decisão (que pode ser absolutória) poderá ofender outro princípio, o da coisa julgada (*res iudicata*) na medida em que uma pessoa condenada no país “A” poderá ser novamente processada, pelo mesmo fato, no país “B” e vir a ser absolvida ou obter declaração de extinção de punibilidade, pela prescrição, por exemplo. Muito mais lógico e adequado à principiologia que rege o processo penal e a cooperação internacional em matéria criminal que uma sentença condenatória prolatada, ao final de um processo penal legítimo, seja de logo executável no Estado requerido, independentemente da propositura de outra ação penal nesse território.

Todavia, como já deixamos claro, o princípio da legalidade penal estrita deve ser levado em conta. Em certas jurisdições, as regras da UNTOC, da UNCAC ou da Convenção

38. Quanto a este instituto, no cenário brasileiro, há inúmeros casos. Atualmente (junho de 2015), o Brasil é Parte da Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior (Convenção de Manágua de 1993), do Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (Convenção de Praia, de 2005), do Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Partes do Mercosul (Convenção de Belo Horizonte, de 2012) e signatário de 12 tratados de transferência de pessoas condenadas com países da América Latina, África e Europa.

de Viena de 1988 não serão imediatamente ou diretamente aplicáveis. Para alguns seria necessária intermediação normativa, no nível do direito interno, para que a transferência da execução efetivamente ocorresse, a não ser que um tratado multilateral ou bilateral ou ainda um compromisso de reciprocidade ad hoc entre os Estados em questão contenha regras suficientes de adequação das penas e dos regimes de execução penal.

Diga-se, aliás, que, independentemente da existência de um tratado, o direito interno pode permitir o reconhecimento direto de condenação penal estrangeira, sem necessidade de reprocessamento da causa. O Estado requerido verifica se a sentença judicial estrangeira reúne os requisitos legais para ser reconhecida ou homologada e, então, a implementa.

Como já assinalado, tal alternativa não está à disposição do Ministério Público no direito brasileiro. O atual art. 9º do CP só admite o reconhecimento de sentenças penais estrangeiras para fins muito restritos, afastando a possibilidade de cumprimento de pena privativa de liberdade. Por essa razão, no projeto de Lei do Senado nº 236/2012, que institui o novo Código Penal brasileiro, pretende-se prever no art. 10 regra de admissibilidade do reconhecimento de sentenças penais estrangeiras para execução de pena privativa de liberdade, a saber:

Sentença estrangeira

Art. 10. A sentença estrangeira pode ser homologada no Brasil para produzir os mesmos efeitos de condenação previstos pela lei brasileira, inclusive para a sujeição à pena, medida de segurança ou medida socioeducativa e para a reparação do dano.

§ 1º A homologação depende:

I – de pedido da parte interessada;

II – da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça ou da Mesa do Congresso Nacional.

§ 2º Não dependem de homologação as decisões de corte internacional cuja jurisdição foi admitida pelo Brasil, bem como a transferência de brasileiro, condenado no estrangeiro, para o cumprimento de pena no País.

O *caput* do art. 10 do PLS 236/2012 amplia as hipóteses de reconhecimento de sentença estrangeira para abarcar as decisões condenatórias que impõem penas privativas de liberdade; as absolutórias impróprias, que sujeitam o acusado a medidas de segurança, em caso de inimputabilidade; e as de procedência de representações e que aplicam medidas socioeducativas a adolescentes infratores.

Inovando a matéria, o § 2º do art. 10 do referido projeto de lei dispensa de homologação as sentenças proferidas por corte internacional penal, tal como o Tribunal Penal Internacional (TPI), criado pelo Estatuto de Roma de 1998; e também, dado o seu cunho humanitário, aquelas decisões condenatórias prolatadas no exterior contra brasileiros que peçam remoção ao Brasil para aqui cumprirem suas penas³⁹.

39. O projeto trata no mesmo artigo de dois institutos distintos. No entanto, é interessante notar que, no âmbito

Essa possibilidade ainda não existe no Brasil. No entanto, o direito interno de outros países permite a execução de penas proferidas no exterior. Tomemos a Itália como exemplo. Os arts. 730 a 741 do Código de Processo Penal italiano admite o reconhecimento de sentença penal estrangeira, de forma unilateral ou com base num tratado, para várias finalidades, inclusive o cumprimento de pena privativa de liberdade, fiscalização de *sursis* ou de livramento condicional, confisco penal, restituição de bens e para fins civis. O procedimento depende do Ministério da Justiça, que recebe o pedido, e do Ministério Público, que o executa perante uma corte de apelação, com recurso à Corte de Cassação.

Em regra, os sistemas jurídicos nacionais que admitem a execução de condenações penais estrangeiras estabelecem requisitos para sua homologação ou exequatur. Tais requisitos serão mais singelos quando houver regime convencional de reconhecimento mútuo, tal como se dá na União Europeia, no contexto da Decisão-Quadro 2008/909/JAI, de 27 de novembro de 2008⁴⁰, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo a sentenças impositivas de penas privativas de liberdade.

Obviamente, a sentença penal estrangeira deve ter transitado em julgado, conforme a lei do Estado sentenciante; não pode conter disposições contrárias aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico do Estado requerido (ou de execução); e devem ter sido respeitados os direitos processuais do acusado. Além disso, a condenação não pode ter ocorrido por motivos relativos a raça, etnia, religião, sexo, nacionalidade, idioma, opinião política ou condição pessoal, e, salvo exceções devidamente apontadas, deve-se observar o princípio da dupla tipicidade (dupla incriminação). Do mesmo modo, a sentença estrangeira não será executável, se contra a mesma pessoa e sobre o mesmo fato houver ação penal em curso ou houver sido proferida decisão firme no Estado requerido (de execução).

2.7. O caso Pizzolato

Explicitada a utilidade do instituto da transferência da execução de sentença penal condenatória – que será compulsória, sem a necessidade de concordância do apenado –, como alternativa à extradição, parece importante examinar esse mecanismo de efetivação da Justiça criminal, no plano transnacional, à luz de um caso concreto.

Na ação penal 470, o Sr. Henrique Pizzolato foi condenado pelo Supremo Tribunal Federal a 12 anos e 7 meses de prisão por corrupção passiva, peculato e lavagem de dinheiro.

Como o Sr. Pizzolato tem dupla nacionalidade (brasileira e italiana), valeu-se de documentos falsos (de seu irmão, que já era morto) para fugir do Brasil rumo à Itália.

Descoberto o seu paradeiro, o foragido foi preso pela Interpol em solo italiano, e o Brasil pediu à Itália sua extradição executória, para cumprimento da pena em território

européu, a disciplina legal do *enforcement* de julgamentos criminais e a da transferência de sentenciados vão se aproximando. Apesar desse avanço, continua exigindo como condição para a homologação a existência de tratado de extradição com o Estado emissor (requerente), ou, na falta deste, requisição do ministro da Justiça “ou da Mesa do Congresso Nacional”. Obviamente, essa questão deveria ser deixada a critério da Procuradoria-Geral da República, à luz do art. 129, I, CF.

40. Na regulamentação da União Europeia, são similares as características da transferência de execução penal (medida de cooperação internacional no interesse do Estado) e da transferência de condenados (medida de reinserção social).

nacional. Conforme o art. 26 da Constituição da Itália, havendo tratado, este país extradita seus cidadãos.

Pois bem. Se for negada a entrega de um extraditando em semelhante situação, indaga-se o que poderia fazer o Estado brasileiro para fazer cumprir a decisão condenatória proferida contra tal pessoa.

A primeira alternativa será pedir a transferência para a Itália da sentença condenatória proferida no Brasil, para que naquele país europeu esse suposto condenado cumpra a pena determinada pela Justiça brasileira. Tal solução tem fundamento no art. 44, § 13, da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção ou Convenção de Mérida (UNCAC)⁴¹, da qual os dois países são partes. Tem base ainda nos art. 731 e 735 do Código de Processo Penal italiano; e no art. 12 do Código Penal do mesmo país.

De fato, em relação aos efeitos da sentença penal estrangeira, o CPP italiano admite seu reconhecimento com base em acordos internacionais, mediante requisição do ministro da Justiça ao procurador-geral da corte de apelação competente. Cabe ao Ministério Público requerer o reconhecimento da decisão condenatória proferida no exterior, inclusive para os fins do art. 12, §§ 1º, 2º e 3º do Código Penal italiano⁴², quando cabível. A Corte de Apelação define a pena a ser cumprida na Itália, amoldando-a a uma das previstas na legislação local, respeitado o limite máximo estabelecido para o mesmo fato pela lei italiana.

Segundo o art. 12 do CP da Itália, uma sentença estrangeira pode ser homologada e executada em seu território, desde que tenha sido emitida por autoridade judiciária de um Estado com o qual exista tratado de extradição. Caso não exista tratado desse tipo, o reconhecimento depende de requisição do ministro da Justiça.

Assim, não sendo cabível a extradição ou a entrega de um sentenciado ou não tendo sido essas requeridas, o Estado sentenciante poderá pedir ao Estado onde se encontra a pessoa condenada que ordene sua prisão e o início da execução penal, com base na decisão condenatória baixada pelo Estado emissor, observado o direito interno do Estado receptor.

3. CONCLUSÃO

Devem os Estados buscar alternativas ao tradicional instituto da extradição, cujos requisitos são muito rígidos, com a finalidade de promover efetiva justiça criminal para além das fronteiras nacionais. Essa opção é válida em várias hipóteses, mas principalmente quando a extradição for juridicamente impossível, dada a inextraditabilidade de nacionais, motivo de recusa ainda existente em alguns países, como o Brasil.

Contudo, o Estado emissor da sentença condenatória não precisa passar pelo proce-

41. Art. 44. Extradición. [...] 13. Se a extradição solicitada com o propósito de que se cumpra uma pena é negada pelo fato de que a pessoa procurada é cidadã do Estado Parte requerido, este, se sua legislação interna autoriza e em conformidade com os requisitos da mencionada legislação, considerará, ante solicitação do Estado Parte requerente, a possibilidade de fazer cumprir a pena imposta ou o resto pendente de tal pena de acordo com a legislação interna do Estado Parte requerente." A UNCAC seria aplicável tendo em mira os crimes reconhecidos na sentença ou acórdão.

42. Trata do "riconoscimento delle sentenze penali straniere".

dimento extradicional para só então, transmitir a decisão penal para execução no exterior. Essa saída pode ser adotada desde o primeiro instante pelas autoridades competentes do Estado interessado na execução da pena, em lugar da extradição.

No plano ativo, não há grandes problemas para implementar essas alternativas. Ou se pede a extradição do condenado foragido ou se transfere a sentença penal ao estrangeiro, para sua execução.

A questão mais intrincada está na cooperação passiva. Nossa legislação penal não permite a extradição de brasileiros natos (art. 5º, inciso LI, da Constituição); tampouco autoriza a homologação de sentença penal estrangeira para cumprimento de pena privativa de liberdade (art. 9º do Código Penal), o que cria um paradoxo, em detrimento da eficiência dos mecanismos de cooperação internacional.

Como se viu, a solução passa pela adoção, de forma mais ampla, do princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais estrangeiras, notadamente quando proferidas por autoridades judiciárias de Estados Democráticos de Direito, nos quais prevalece o *rule of law*.

Se, de um lado, há o dever de proteger o condenado e lhe garantir o devido processo legal durante a instrução criminal e na execução penal, de outro existe igual dever, de mesma hierarquia, que impõe aos Estados a obrigação de agir e evitar que lesões a direitos individuais ou coletivos ou a outros bens jurídicos fundamentais da sociedade fiquem impunes.

Naturalmente, os Estados devem respeitar o devido processo legal e observar os direitos fundamentais do réu ou do condenado.

Não menos importante, como forma de proteção à coletividade e aos interesses das vítimas, é o dever dos Estados de realizar a persecução criminal de delitos (especialmente os graves) e promover a execução da pena que vier a ser imposta, ainda que o condenado não esteja ao alcance imediato da jurisdição criminal do Estado interessado.

Assim, não podemos falar apenas em direitos fundamentais do condenado, mas também em correspondentes direitos da sociedade em ver a responsabilização dos criminosos, maximizando-se o dever de proteção, sob pena de violação do princípio da proibição de proteção deficiente. No particular, podem ser invocadas aqui as palavras de Adolfo Gelsi Bidart:

[...] la mera formulación de los derechos humanos con el alcance indicado revela la necesidad de su complementación con los deberes humanos, que tienen igual significación y trascendencia que aquellos con los que mutuamente se deslindan y garantizan en su ejercicio o realización. Los derechos humanos

en cada hombre requieren, para su efectiva existencia, igual fundamento o base, de deberes de igual jerarquía e significación.⁴³

43. GEIDI BIDART, Adolfo. *De Derechos, deberes y garantías del hombre común*. Buenos Aires: Ed. B de F, 2006.

Esses deveres são impostos aos Estados também como forma de assegurar proteção ativa à sociedade, pela maximização da Justiça efetiva e redução da impunidade. Os instrumentos tradicionais de cooperação internacional (como a extradição) e as novas ferramentas cooperativas (como a transferência de execução penal) têm um importante papel a desempenhar para esse fim. Não deve haver lugar de ocultação, valhacouto ou homizio para criminosos foragidos em nenhuma parte do globo.

Atuação do Ministério Público Federal nas convenções internacionais contra corrupção

Wellington Cabral Saraiva*

RESUMO:

O texto trata das três principais convenções internacionais contra a corrupção – convenções da Organização das Nações Unidas (ONU), da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), aponta o contexto de seu surgimento e a importância delas, assim como as linhas gerais dos mecanismos de avaliação desses instrumentos jurídicos. Em seguida, explica a evolução da atuação do Ministério Público Federal (MPF) no acompanhamento dessas convenções e a relevância desse trabalho.

Palavras-chave: Corrupção. Convenções internacionais. ONU. OCDE. OEA. Ministério Público Federal. Organismos internacionais. Mecanismos de avaliação.

1. As convenções internacionais contra corrupção

Com o crescimento da percepção generalizada dos efeitos altamente nocivos da corrupção, seja interna ou transnacional, seja pública ou privada, para a sociedade, para as instituições e para a economia, a partir da década de 1990 surgiram três instrumentos jurídicos internacionais com a finalidade de preveni-la e reprimi-la (ou “combatê-la”, na linguagem que se tem usado amiúde).

O Brasil é signatário dessas que são as três principais convenções internacionais contra corrupção (por ordem cronológica de conclusão):

a) Convenção Interamericana contra a Corrupção, concluída em Caracas, Venezuela, em 29 de março de 1996, patrocinada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002, conhecida como Convenção da OEA contra a Corrupção;

b) Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, França, em 17 de dezembro de 1997, patrocinada pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000, conhecida como Convenção da OCDE contra a Corrupção; e

* Procurador regional da República. Mestre em Direito. Coordenador da Assessoria Jurídica Constitucional do procurador-geral da República. Membro do Grupo Executivo da Secretaria de Cooperação Jurídica Internacional do Ministério Público Federal. Ex-Conselheiro Nacional de Justiça (2011-2013). Endereço eletrônico: wsaraiva@mpf.mp.br. Twitter: @WSarai.

c) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003, assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003 e promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, conhecida como Convenção da ONU contra a Corrupção; é igualmente conhecida no cenário internacional pela sigla UNCAC (*United Nations Convention Against Corruption*) ou ainda como Convenção de Mérida, cidade do México onde foi assinada.

Essas convenções têm enorme relevância nos planos político, sociológico e jurídico, pelos seguintes principais motivos (não em ordem de importância):

a) estabelecem padrões internacionais de procedimentos e normas destinados à prevenção e à repressão de atos de corrupção;

b) servem como guia para que os países, tanto os signatários quanto os demais (sobretudo os que desejem a elas aderir), procurem adotar esses padrões;

c) induzem os países signatários a aperfeiçoar, de forma específica e contínua, seus instrumentos de combate à corrupção, em vários campos (pelo desenvolvimento do arcabouço jurídico e administrativo, por exemplo), por meio dos mecanismos de avaliação nelas previstos, da troca de informações durante reuniões e eventos promovidos sob a égide das convenções e do conhecimento de experiências bem-sucedidas (as chamadas “boas práticas”);

d) estimulam cooperação recíproca entre os países, seja por meio de mecanismos de assistência técnica, treinamento (*capacity building*), cooperação jurídica internacional (*international legal cooperation ou mutual legal assistance*) e parcerias formais, seja por vias informais de troca de informações e experiências, as quais são também relevantes;

e) difundem a percepção da extrema nocividade da corrupção e, com isso, em algum grau, contribuem para despertar ou aumentar a repulsa social a práticas corruptas, por meio da conscientização da sociedade (*awareness raising*); e

f) promovem envolvimento de instâncias não oficiais, como organizações não governamentais (ONGs) e parcelas da sociedade civil,¹ no combate à corrupção.

2. Linhas gerais dos mecanismos de avaliação das convenções internacionais

Todas as três convenções possuem em comum a existência de mecanismo permanente de avaliação dos países signatários quanto ao cumprimento dos deveres nelas previstos, com linhas gerais similares, mas com graus de consolidação e eficácia bem distintos. Basicamente, os Estados Partes das convenções avaliam-se uns aos outros, reciprocamente, pelo sistema de avaliação de pares (*peer review*). Em geral, a cada rodada de avaliação dos países, dois dos demais signatários são escolhidos pelo conjunto, com base em critérios

1. Exemplos de entidades não governamentais com forte atuação contra a corrupção são a Transparency International e a Article 19, as quais monitoram empresas e países para essa finalidade, divulgam relatórios, cobram medidas, divulgam informações na imprensa e na internet e mantêm parcerias com organismos domésticos e internacionais. No Brasil, funcionam homólogos delas, como é o caso da Transparência Brasil e a Artigo 19, e outras nascidas no País, como a Amarribo Brasil.

como disponibilidade de avaliadores capacitados e familiaridade destes com o sistema jurídico do país a ser avaliado, além de, frequentemente, fatores geopolíticos.

Em grandes traços, esse mecanismo se estrutura nas seguintes etapas: **a)** definição de parâmetros de avaliação, em função dos deveres previstos na convenção e do estado geral de seu adimplemento pelos países signatários; **b)** fixação de fases para avaliação de cada grupo de parâmetros; **c)** escolha, pelo plenário da convenção, dos países a serem avaliados, de seus avaliadores e do cronograma das avaliações; **d)** avaliação do país, ao longo de vários meses (*vide* parágrafo seguinte); e **e)** acompanhamento (*follow-up*) da avaliação e cobrança das melhorias apontadas como necessárias ao processo de avaliação, o qual pode se estender por meses ou anos.

O processo de avaliação dos países costuma ocorrer, em linhas muito gerais, da seguinte forma, consoante parâmetros definidos pelo conjunto dos signatários: **a)** comunicação, pelo secretariado da convenção, do cronograma de avaliação; **b)** envio de questionários detalhados que abrangem aspectos relevantes da convenção a serem examinados e indicam informações e documentos a serem fornecidos aos avaliadores (leis, atos e mecanismos administrativos, decisões judiciais sobre casos relevantes, estatísticas etc.); **c)** recebimento da resposta inicial do país avaliado; **d)** realização de visita dos avaliadores e do secretariado ao país avaliado (*visita in loco*), para obtenção de esclarecimentos adicionais e entrevista com autoridades ligadas às áreas de incidência da convenção e com pessoas físicas e jurídicas interessadas na aplicação dela (empresas, entidades da sociedade civil, imprensa etc.); **e)** formulação de perguntas complementares por parte dos avaliadores e resposta do país avaliado; **f)** envio de minuta do relatório de avaliação (*draft report*) ao país avaliado, para correções e objeções; **g)** discussão da minuta de relatório entre o avaliado e os avaliadores, geralmente por ocasião da reunião plenária que examinará o relatório; **h)** discussão e aprovação da versão final do relatório, pelo plenário dos Estados Partes da convenção; e **i)** acompanhamento (*follow-up*) do país avaliado, caso necessário, quanto ao cumprimento de pendências verificadas no processo de avaliação.

O secretariado (*secretariat*) da convenção costuma dar importante apoio às avaliações, uma vez que seus componentes detêm, não raro, mais experiência no processo e no conhecimento das convenções do que os próprios avaliadores (*lead examiners*) indicados pelos Estados Partes.

Tanto a definição dos parâmetros de avaliação quanto a dos demais aspectos para cumprimento da convenção e a análise propriamente dita das avaliações de cada país são realizadas pelo conjunto dos signatários, que se encontram com periodicidade mais ou menos rigorosa em reuniões plenárias (*plenary meetings*).

Pelo fato de as convenções serem firmadas por Estados soberanos e por não preverem mecanismos coercitivos para cumprimento de suas obrigações, os relatórios de avaliação não costumam prever punição para os países inadimplentes. Não obstante, sanções metajurídicas podem advir, como o risco à imagem do país (que pode desestimular investimentos externos, por exemplo). As convenções dependem da vontade política interna de cada signatário, a qual, sem embargo, pode ser estimulada pelo próprio mecanismo de avaliação, ao longo do qual deficiências institucionais dos países são apontadas pelos demais, de modo a gerar algum embaraço a seus representantes, na técnica conhecida como “identificar e envergonhar” (*naming and shaming*). A pressão informal internacio-

nal também estimula os países, inclusive por meio da imprensa e de organizações que publicam relatórios próprios, dos quais o principal é o Índice de Percepção da Corrupção (Corruption Perception Index) da Transparência Internacional.²

2.1. O mecanismo de avaliação da Convenção da OEA

Para cumprimento da Convenção Interamericana contra a Corrupção, os países signatários aprovaram, em 2002, a criação do Mesicic, sigla em espanhol para *Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción*.³

O órgão máximo do mecanismo é a Conferência dos Estados Partes da convenção, a qual supervisiona todo o processo de avaliação e lhe traça as diretrizes, à luz da convenção. Como instância encarregada de conduzir as avaliações, há a Comissão de Peritos (*Comité de Expertos*), composta por representantes dos países com experiência profissional nos aspectos objeto da avaliação. Por fim, há a Secretaria Técnica, exercida pela Secretaria-Geral da OEA, que apoia os avaliadores e cuida das medidas administrativas necessárias ao processo de avaliação.

A Comissão de Peritos reúne-se semestralmente na sede da OEA, em Washington, EUA, para discutir medidas destinadas ao cumprimento da convenção nos diferentes países, a fim de acompanhar os relatórios dos países avaliados e de decidir ações futuras.

Ao final de cada rodada de avaliações, o Comitê aprova e divulga um relatório hemisférico sobre o estado de aplicação da convenção no continente americano.⁴

2.2. O mecanismo de avaliação da Convenção da OCDE

O Brasil não é membro da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), mas é Estado Parte de sua convenção contra corrupção em transações comerciais internacionais, a qual ratificou e promulgou no ano 2000, por meio do mencionado Decreto nº 3.678/2000. Em 26 de novembro de 2009, por ocasião do décimo ano de vigência da convenção, a OCDE aprovou uma Recomendação para Combate Adicional da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais.⁵

A Convenção da OCDE⁶ ostenta a peculiaridade de prever norma específica para o

2. O relatório é publicado em inglês. Sua versão de 2014 está disponível em: <<http://www.transparency.org/cpi2014>>. Acesso em: 29 jan. 2015. A Transparency International publica relatório específico, denominado Exporting Corruption, para aferir, com seus critérios, o estado do cumprimento da Convenção da OCDE. A última versão (Exporting Corruption: Progress Report 2014: Assessing Enforcement of the OECD Convention on Combating Foreign Bribery) está disponível em: <<http://bit.ly/TIExpCorr>> ou <http://www.transparency.org/whatwedo/publication/exporting_corruption_progress_report_2014_assessing_enforcement_of_the_oecd>. Acesso em: 29 jan. 2015.

3. A página em português do Mesicic no sítio eletrônico da OEA está disponível em: <<http://bit.ly/oeacorr1>> ou <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/Combate.htm>>. Acesso em: 29 jan. 2015.

4. Na página eletrônica do Mesicic, esses e outros documentos estão disponíveis.

5. Em inglês, a Recommendation for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions. Disponível em: <<http://bit.ly/oeecdcorr2>> ou <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/oecdantribriberyrecommendation2009.htm>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

6. Além do citado Decreto nº 3.678/2000, a versão original da convenção, nas línguas oficiais da OCDE (inglês

processo de avaliação, em seu art. 12.⁷ Cabe ao Grupo de Trabalho sobre Corrupção em Transações Comerciais Internacionais, conhecido como WGB, por sua sigla em inglês (*Working Group on Bribery in International Business Transactions*), conduzir o processo de avaliação.

Em 2015, o WGB continua a conduzir a Fase 3 das rodadas de avaliação, iniciada em 2010 e prevista para término ao final do ano.⁸ Desde 2014 estão em discussão parâmetros e metodologia para a Fase 4 das avaliações nacionais. Ao mesmo tempo, novos signatários da convenção iniciam suas avaliações pela Fase 1, como ocorre com a Letônia, o 41º país a aderir à convenção.

O WGB reúne-se aproximadamente a cada trimestre (em março, junho, outubro e dezembro de cada ano), na sede da OCDE, em Paris, França. Além da análise das avaliações dos 41 signatários da convenção, em suas diferentes fases, à medida que são concluídas, o grupo adota metodologia denominada *tour de table* (“volta da mesa”, em francês), por meio da qual, a cada semestre, uma parte dos países, na ordem alfabética de seu nome em francês, presta informações sobre os avanços que realizou na aplicação da convenção, inclusive quanto à evolução de investigações e processos criminais para punição de casos de corrupção internacional.

Ao lado do processo contínuo de avaliação e das *tours de table*, o WGB promove, semestralmente (em geral em junho e em dezembro), reuniões específicas de servidores de órgãos voltados à aplicação da Convenção da OCDE e das leis anticorrupção em cada país, na área administrativa e, sobretudo, criminal (são os *Meetings of Law Enforcement Officials*).

Atua também o WGB em parcerias com diversos outros organismos – como o Grupo de Trabalho Anticorrupção do G20, o Escritório da ONU sobre Drogas e Crime (UNODC, *United Nations Office on Drugs and Crime*), a OEA, o Banco Mundial – e mantém iniciativa de difusão da cultura anticorrupção com entidades do setor privado e da sociedade civil, como a Transparency International e a Associação Internacional de Advogados (*International Bar Association*). Por fim, o WGB e a OCDE promovem e participam de iniciativas para produção de material técnico destinado ao combate da corrupção.⁹

e francês) e em traduções não oficiais (árabe, chinês e espanhol), e diversos importantes subsídios sobre ela podem ser encontrados na página eletrônica da OCDE sobre a convenção. Disponível em: <<http://bit.ly/oecd-corr1>> ou <<http://www.oecd.org/corruption/oecdantibriberyconvention.htm>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

7. “Art. 12 – Monitoramento e Acompanhamento. As Partes deverão cooperar na execução de um programa de acompanhamento sistemático para monitorar e promover a integral implementação da presente Convenção. A menos que decidido em contrário por consenso das Partes, essa iniciativa dar-se-á no âmbito do Grupo de Trabalho sobre Corrupção em Transações Comerciais Internacionais da OCDE, de acordo com seu termo de referência, ou no âmbito e de acordo com os termos de referência de qualquer substituto para essa função. As Partes arcarão com os custos do programa, segundo as regras aplicáveis àquele Grupo.”

8. Todos os relatórios de avaliação dos países podem ser encontrados em <<http://bit.ly/oecdcorr3>> ou <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/countryreportsontheimplementationoftheoecdanti-briberyconvention.htm>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

9. Alguns dos estudos podem ser encontrados na página sobre relatórios de tipologias anticorrupção (anti-bribery typology reports, disponíveis em: <<http://bit.ly/oecdcorr4>> ou <<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/anti-briberytypologyreports.htm>>. Acesso em: 30 jan. 2015), como estes: Typology on Mutual Legal Assistance in Foreign Bribery Cases, Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery: a Joint OECD-StAR Analysis, Typologies on the Role of Intermediaries in International Business Transactions, Bribery in Public Procurement: Methods, Actors and Counter-Measures. Informações importantes sobre o trabalho do WGB podem ser encontradas em seus relatórios anuais de atividades, disponíveis em: <<http://bit.ly/oecdcorr5>> ou <<http://www.oecd.org>>.

Apesar de ser específica para corrupção de servidores públicos em transações comerciais internacionais, a Convenção da OCDE tem enorme importância no cenário internacional e é, talvez, uma das que detêm maior eficácia, pois seu mecanismo de avaliação e a praxe do WGB têm sido rigorosos ao longo dos anos. No caso brasileiro, como resultados diretos do mecanismo de acompanhamento do WGB, o Brasil, entre outras medidas, aprovou duas leis de grande importância: a Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002,¹⁰ e a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, conhecida como Lei Anticorrupção.¹¹

2.3. O mecanismo de avaliação da Convenção da ONU

A Convenção da ONU é a mais recente de todas, e passou a compor sistema internacional de atos normativos que se complementam mutuamente. Os principais eixos da Convenção da ONU (conhecida como UNCAC, como dito) são prevenção e criminalização da corrupção, cooperação internacional e recuperação de bens desviados ou apropriados devido a atos de corrupção, que alguns preferem denominar de “recuperação de ativos” (por inspiração da expressão em inglês, *asset recovery*).¹²

Para cumprimento da UNCAC, a ONU vale-se dos seguintes mecanismos:

a) realiza sessões da Conferência dos Estados Partes da Convenção (em inglês conhecida como COSP, ou *Conference of the States Parties*), aproximadamente a cada dois anos;¹³

b) busca implementar um Mecanismo de Revisão do Cumprimento (*Implementation Review Mechanism – IRM*) da convenção, conforme decisão da Terceira Sessão da COSP, em Doha (2009), com base no art. 63 e seu § 7º; o UNODC funciona como secretaria do mecanismo; e

c) mantém quatro grupos de trabalho: o Grupo de Trabalho Intergovernamental Aberto sobre Recuperação de Bens (*Open-ended Intergovernmental Working Group on Asset Recovery*), o Grupo de Trabalho Intergovernamental Aberto sobre Prevenção

org/daf/anti-bribery/ocedworkinggrouponbribery-annualreport.htm>. Acesso em: 30 jan. 2015. Outros materiais técnicos sobre o tema podem ser vistos em: <<http://bit.ly/ocedcorr6>> ou <<http://www.oecd.org/corruption/keyocedanti-corruptiondocuments.htm>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

10. Inseriu no Código Penal os arts. 337-B a 337-D, para tipificar crimes de corrupção de funcionários públicos estrangeiros, e alterou a Lei de Lavagem de Bens (Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998), para incluir delitos contra a administração pública estrangeira como crimes antecedentes à lavagem. A alteração da Lei nº 9.613/1998 era necessária na época, porque esta adotava rol taxativo de crimes antecedentes necessários à configuração de lavagem (lei antilavagem de segunda geração). Com a Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012, qualquer infração penal passou a poder ser antecedente de lavagem (lei antilavagem de terceira geração).

11. “Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências”.

12. Muita informação sobre a UNCAC pode ser encontrada na página dedicada a ela no sítio eletrônico do United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), que é o órgão da ONU encarregado de promover e aplicar a convenção: <<http://bit.ly/uncac01>> ou <<http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/index.html>>. Acesso em: 2 fev. 2015.

13. Foram as seguintes as sessões já realizadas: Amã, Jordânia (2006), Nusa Dua, Indonésia (2008), Doha, Catar (2009), Marrakech, Marrocos (2011), e Cidade do Panamá, Panamá (2014). A sexta sessão da COSP está prevista para 2015. Informações sobre as sessões e a rica documentação nelas produzida podem ser encontradas na página específica: <<http://bit.ly/uncacosp>> ou <<http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/CAC-COSP.html>>. Acesso em: 30 jan. 2015.

(*Open-ended Intergovernmental Working Group on Prevention*), o Grupo de Trabalho Intergovernamental Aberto sobre Revisão do Cumprimento da UNCAC (*Open-ended Intergovernmental Working Group on Review of the Implementation of the United Nations Convention against Corruption*) e o Grupo de Trabalho Intergovernamental Aberto sobre Assistência Técnica (*Open-ended Intergovernmental Working Group on Technical Assistance*).

Em 2015 encerra-se o primeiro ciclo de avaliações da UNCAC, centrado nos capítulos III (criminalização da corrupção¹⁴ e aplicação da lei) e IV (cooperação internacional) da convenção. No mesmo ano deverá iniciar-se o segundo ciclo, cada um com duração prevista de cinco anos.

3. A atuação do Ministério Público Federal

3.1. Breve histórico da atuação internacional do Ministério Público Federal: 2005-2015

Na área internacional, o Ministério Público Federal começou a atuar de forma mais organizada com a criação do Centro de Cooperação Jurídica Internacional (CCJI), instituído pelo procurador-geral da República Cláudio Lemos Fonteles, em 2005.¹⁵ Esse centro teve como sucessora a Assessoria de Cooperação Jurídica Internacional (ASCJI), a partir de dezembro de 2010, por decisão do procurador-geral da República Roberto Monteiro Gurgel Santos.¹⁶ A coordenação, de fato, da ASCJI ficou sob a responsabilidade do subprocurador-geral da República Edson Oliveira de Almeida, que já era o coordenador do CCJI.

Especificamente quanto aos mecanismos de cumprimento das convenções internacionais contra corrupção, o Ministério Público Federal começou a acompanhá-los de forma sistemática a partir do final de 2009, na gestão do procurador-geral da República Roberto Monteiro Gurgel Santos. Até então, a instituição era ocasionalmente convidada para participar de reuniões dos organismos internacionais sobre a matéria, em geral quando algum órgão do Poder Executivo (especialmente o Ministério das Relações Exteriores, a Controladoria-Geral da União ou o Ministério da Justiça) considerava que a presença do MPF seria relevante.

A partir de 2009, o procurador-geral da República Roberto Gurgel passou a designar com mais frequência representantes para reuniões da OCDE, da ONU e da OEA que tratavam das convenções contra corrupção. Em julho de 2010, instituiu grupo de trabalho especificamente destinado à representação do MPF nesses organismos,¹⁷ em complementação ao trabalho da ASCJI.

14. A tradução oficial da UNCAC contida no Decreto nº 5.687/2006 indica o termo “criminalization”, do original em inglês da convenção, como “penalização”, o que não é o mais adequado. É preciso cautela na análise dessa tradução, que contém diversos equívocos linguísticos e técnico-jurídicos.

15. O subprocurador-geral da República Cláudio Fonteles ocupou o cargo de procurador-geral da República de 2003 a 2005. O centro foi criado pela Portaria PGR nº 23, de 3 de fevereiro de 2005. Pela Portaria PGR nº 31, de 9 de fevereiro de 2005, foi designado o primeiro coordenador do Centro, o subprocurador-geral da República Edson Oliveira de Almeida.

16. A ASCJI foi criada pela Portaria PGR nº 627, de 10 de dezembro de 2010.

17. A Portaria PGR nº 356, de 20 de julho de 2010, designou os procuradores regionais da República Wellington Cabral Saraiva e Mônica Nicida Garcia e os procuradores da República Adriana Zawada Melo e Marcello Paranhos de Oliveira Miller para formar o grupo de trabalho, sob a coordenação do primeiro. Até então, a representação do MPF nos foros internacionais anticorrupção variava a cada reunião e não era assídua.

Com a posse do procurador-geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros, em 17 de setembro de 2013, a atuação do MPF tornou-se mais intensa também nessa área. Em setembro de 2013, foi criada a Secretaria de Cooperação Jurídica Internacional (SCI), pela primeira vez sob a responsabilidade de um membro com dedicação exclusiva à atividade, providência que já tardava, dada a abrangência das funções do Ministério Público Federal nessa área.¹⁸ Posteriormente, foi formalizada a constituição de um Grupo de Apoio para a SCI,¹⁹ depois convertido em Grupo Executivo, diante da necessidade de designações frequentes para reuniões e outros eventos internacionais.

3.2. Formas de atuação do Ministério Público Federal relativamente às convenções internacionais contra corrupção

Como titular constitucional da ação penal (Constituição da República, art. 129, I), o Ministério Público é naturalmente vocacionado a participar de forma decisiva dos atos tendentes à concretização das convenções internacionais contra corrupção, tanto no plano interno quanto no externo, sem prejuízo das competências de outros órgãos, na própria esfera penal (como a atividade do Departamento de Polícia Federal na investigação criminal e do Ministério da Justiça nas extradições, por exemplo) e na administrativa (como a da Controladoria-Geral da União, relativamente à prevenção e repressão da corrupção no Poder Executivo federal).

Do ponto de vista da aplicação de normas de caráter sancionatório, as convenções contra corrupção têm reflexos tanto no que se refere a ações penais quanto em relação a ações por improbidade administrativa (muito embora essa categoria jurídica seja própria do Brasil, segundo os contornos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 – LIA ou Lei da Improbidade Administrativa).

O Ministério Público é o principal legitimado para ambas, motivo pelo qual precisa acompanhar a evolução do debate internacional sobre o tema, tanto para ter conhecimento de providências a seu cargo quanto para conhecer novos enfoques e informações sobre o assunto que sejam relevantes para sua atuação no plano interno. Em se tratando de crimes de competência federal, aí incluída a maior parte dos crimes transnacionais, a competência para a persecução criminal é do Ministério Público Federal, nos termos do

18. A SCI foi criada pela Portaria PGR/MPF nº 650, de 17 de setembro de 2013, firmada no dia da posse do procurador-geral da República Rodrigo Janot. Seu primeiro titular foi o então procurador da República Vladimir Barros Aras, que passou a contar com um grupo de apoio para representação do MPF nas diversas áreas de atuação internacional, além de propor ao procurador-geral da República a designação de outros membros para atuações específicas, em função de eles já serem os procuradores responsáveis por determinado caso ou por sua afinidade ou conhecimento em determinada matéria.

19. O Grupo de Apoio foi constituído pelas Portarias PGR nº 714, de 4 de outubro de 2013 (inicialmente com os procuradores regionais da República Carlos Fernando dos Santos Lima, Denise Neves Abade, Luiz Fernando Voss Chagas Lessa e Wellington Cabral Saraiva e os procuradores da República Ângelo Augusto Costa, Marcello Paranhos de Oliveira Miller, Patrícia Maria Núñez Weber e Ubiratan Cazetta), PGR/MPF nº 219, de 10 de abril de 2014 (que acrescentou aos citados na Portaria PGR nº 714/2013 os procuradores Carla Veríssimo de Carli, Carlos Bruno Ferreira da Silva, Marcelo Antônio Moscolgiato e Antonio do Passo Cabral), e PGR/MPF nº 906, de 18 de novembro de 2014 (que acrescentou aos citados nas Portarias PGR nº 714/2013 e nº 219/2014 os procuradores Anamara Osório Silva, Artur de Brito Gueiros Souza, Cristina Schwanssee Romanó, Daniel César Azeredo Avelino, Douglas Fischer, Mônica Nicida Garcia, Oliveiros Guanais de Aguiar Filho, Paulo Galvão, Ronaldo Pinheiro de Queiroz e Sérgio Gardenghi Suiana).

art. 109, IV e V, da Constituição da República.²⁰ Também compete ao MPF, em princípio, acompanhar a execução de pedidos de cooperação jurídica internacional, por decorrência do art. 109, X, da Constituição.²¹

Essa atuação do Ministério Público Federal não se dedica, naturalmente, apenas a fins acadêmicos. Nos foros internacionais, o Brasil é rotineira e sistematicamente solicitado a prestar informações sobre sua legislação penal e processual penal, sobre investigações e processos em andamento, sobre a praxe da aplicação da legislação e o respectivo entendimento jurisprudencial, sobre aspectos do funcionamento do sistema estatal de prevenção e repressão à corrupção e a outros ilícitos com ela relacionados (peculato, fraude processual, lavagem de bens, sonegação fiscal etc.), inclusive no que tange à eficiência geral do sistema e a medidas que precisam ser adotadas para melhorá-la, tanto no plano administrativo quanto no legal. Outros órgãos públicos, sem embargo de sua relevância e preparo técnico nos respectivos campos, não estão habilitados a prestar essas informações, por atuarem em áreas distintas, conquanto correlatas.

A prestação de informações aos mecanismos de acompanhamento das convenções ocorre não apenas durante as reuniões presenciais deles, mas igualmente no processo de avaliação do Brasil e durante o acompanhamento dos relatórios de avaliação. A instituição do grupo de trabalho para representação do MPF nessa matéria e sobretudo a criação da SCI e seu grupo executivo constituíram importantes avanços, porquanto o órgão passou a ter membros com atuação mais permanente nesses foros, donde resultaram mais conhecimento de seus mecanismos e maior facilidade dos demais órgãos brasileiros na identificação de interlocutores do Ministério Público a quem se dirigir.

Nas reuniões das convenções, também há frequente troca de informações entre membros do Ministério Público Federal e seus homólogos internacionais, bem como entre aqueles e servidores de órgãos correlatos de outros países (polícia, fisco, órgãos de controle administrativo etc.), sobre meios de tornar mais eficazes os canais de cooperação jurídica internacional e a atuação em geral no combate ao crime. Ocasionalmente dessas reuniões surgem informações sobre casos concretos que podem dar início a investigações no país e no exterior. Esses contatos são enormemente relevantes para criar rede confiável de pessoas (o chamado *networking*) que podem ajudar no início e na condução de investigações e processos de interesse do Brasil e dos demais países. São consenso entre os profissionais que atuam na área a insuficiência dos canais formais e a importância do contato pessoal para maior fluidez da cooperação internacional.

20. “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...]”

IV – os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

V – os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente; [...]”

21. “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...]”

X – os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o exequatur, e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização; [...]”.

O Ministério Público Federal tem igualmente contribuído com a Transparency International na confecção de seu relatório anual sobre cumprimento da Convenção da OCDE. Para isso, um de seus membros envolvido no acompanhamento da convenção é contatado a cada ano pela Transparência Brasil, representante da organização internacional, para prestar informações não sigilosas sobre casos e investigações em andamento, tanto sobre seu estado quanto sobre os resultados.

Outra linha de atuação do Ministério Público Federal nos foros internacionais anti-corrupção consiste na colaboração em estudos realizados por organismos internacionais destinados à melhoria dos mecanismos públicos e privados nessa área. Exemplo concreto foi a participação na produção de estudos da *Stolen Asset Recovery Initiative (StAR)*,²² iniciativa do Banco Mundial e do UNODC, com a finalidade, entre outras, de produzir material técnico de apoio aos países, servidores públicos e sociedade civil, para combate à corrupção. Membros do Ministério Público Federal participaram ativamente da produção dos manuais *Asset Recovery Handbook: A Guide for Practitioners*²³ e *Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery*.²⁴

A experiência tem mostrado a enorme importância de o Ministério Público Federal manter, desenvolver e intensificar sua atuação na área internacional. Muitos países com dimensão econômica e importância geopolítica inferiores à do Brasil mantêm membros dedicados a acompanhar o trabalho desses foros internacionais (por vezes, com exclusividade). Em face da importância dos tratados anticorrupção, da amplitude das competências do Ministério Público Federal acerca do tema, tanto na esfera cível quanto na criminal, e da gravidade do problema da corrupção no país, é muito relevante para o interesse público que a representação brasileira neles esteja presente de forma sistemática e qualificada, de maneira a contribuir para que as normas convencionais sejam aplicadas internamente com a eficácia a que o Brasil se obrigou.

22. Cf. <<http://star.worldbank.org>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

23. Disponível em: <<http://bit.ly/starassetrec>> ou <<https://star.worldbank.org/star/publication/asset-recovery-handbook>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

24. Disponível em: <<http://bit.ly/starproc bribery>> ou <<https://star.worldbank.org/star/publication/identification-and-quantification-proceeds-bribery>>. Acesso em: 24 fev. 2015.

Combate à corrupção: convenções e mecanismos internacionais

Hamilton Cota Cruz*
Camila Colares Bezerra**

Palavras-chave: Combate à corrupção. Convenções internacionais. Mecanismos de acompanhamento. Cooperação jurídica internacional para fins não criminais.

A corrupção, em regra, não é fruto de conduta passional, mas de cálculo racionalmente elaborado por aquele que a pratica. Por isso, atos de corrupção geralmente proliferam em ambientes em que a chance de serem descobertos e de seus agentes serem punidos é baixa e, por consequência, a sensação de impunidade é alta.

Sabe-se, entretanto, que punição de agentes corruptos e a consolidação de cultura de intolerância à corrupção não constituem tarefas simples, exigindo dos atores envolvidos na matéria alto grau de concertação. Combate sério à corrupção passa necessariamente por atuação coordenada das instituições que compõem um sistema de enfrentamento a esse mal que assola todo o globo em alguma medida e, não por outro motivo, a integração com autoridades internacionais revela-se igualmente necessária.

A corrupção e a forma como os Estados respondem a esse fenômeno dentro da sua jurisdição foram considerados temas de interesse exclusivamente nacional por muito tempo. O uso correto e transparente dos bens públicos era afeto tão somente a políticas nacionais, não constituindo preocupação de ordem internacional a criação de padrões de enfrentamento à corrupção. Afora raras exceções, a corrupção não constava como item prioritário nas agendas internacionais e, conseqüentemente, não havia diretrizes ou padrões multinacionais nessa matéria. Como espelho dessa realidade, as instituições nacionais tampouco conferiam importância ao tema, cabendo a cada governo isoladamente decidir sobre políticas de prevenção e punição de práticas corruptas.

Em meados dos anos 1990, uma série de escândalos envolvendo funcionários de alto nível hierárquico, especialmente na América Latina, fez a comunidade internacional despertar para a necessidade de conferir tratamento coordenado à corrupção, dando início às primeiras ações rumo à internacionalização do tema. Foram vários os motivos que elevaram o tema à preocupação internacional, tendo, contudo, alguns fatores econômicos e políticos contribuído de maneira mais premente.

No plano econômico, o processo de desregulação dos mercados, de fomento do comércio internacional e dos investimentos estrangeiros revelou a necessidade de se contar com níveis mais elevados de transparência e previsibilidade das instituições públicas. No que se refere ao cenário político, a época é marcada, especialmente na América Latina,

* Diretor de Integridade de Acordos e Cooperação Internacional da Controladoria-Geral da União.

** Coordenadora-Geral de Acordos e Cooperação Internacional da Controladoria-Geral da União.

pelo empenho de governos com o processo de consolidação e fortalecimento da democracia. Como parte desse cenário, tem-se a atuação de instituições autônomas dotadas de amplos poderes de fiscalização, o empoderamento da sociedade civil e dos meios de comunicação, que dispõem de plena liberdade para informar a população sobre a atuação dos seus governos, interna e internacionalmente.

O conjunto desses e de outros fatores levaram os Estados a reunir esforços para criar ambiência de cooperação internacional em matéria de enfrentamento à corrupção, o que refletiu na incorporação do tema à agenda dos principais foros internacionais e, mais adiante, na criação de convenções internacionais e respectivos mecanismos de acompanhamento.

A Convenção Interamericana contra a Corrupção constituiu o primeiro tratado internacional destinado ao enfrentamento da corrupção, e foi firmada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1996. Até então, poucas iniciativas em nível hemisférico haviam despertado tanto interesse e apoio político na região, em clara demonstração da necessidade de construir um plano de combate à corrupção em escala supranacional. Não por outro motivo, a iniciativa interamericana exerceu forte influência na inserção do tema em outros foros e na adoção posterior de novos instrumentos internacionais voltados para a matéria.

Atualmente, o regime internacional de combate à corrupção é composto principalmente por três convenções: Convenção Interamericana contra a Corrupção, Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), e Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

Apesar de todas disporem sobre aspectos relacionados a soluções anticorrupção, cada uma dessas convenções possui particularidades que espelham o contexto no qual foram criadas e, conseqüentemente, as preocupações dos atores responsáveis por sua construção. A Convenção da OEA, por exemplo, lança alguns conceitos importantes para o debate acerca do combate às práticas corruptas, que vão desde a participação da sociedade civil na gestão pública até a necessidade de os Estados cooperarem entre si para sedimentação de cultura de intolerância à corrupção na região. É evidente, contudo, que os formuladores desse instrumento estavam mais preocupados em fomentar a adoção de medidas preventivas do que propriamente levar os Estados Partes à abordagem voltada para a punição.

A criação da Convenção da OEA insere-se em ambiente de reconstrução da democracia, e os atores envolvidos viram nesse processo oportunidade de mostrar à sociedade seu comprometimento com os ideais de probidade e transparência na gestão pública. Uma agenda preventiva que deslocasse o centro de preocupação das ações de punição para um conjunto de diretrizes sobre como exercer o poder público de maneira respeitosa ao interesse coletivo vinha ao encontro da necessidade de reafirmação da democracia nos Estados da região. Assim surgiram pilares importantes na estrutura ótima de prevenção à corrupção, tais como o conflito de interesse e a proteção ao denunciante de boa-fé.

A Convenção da OCDE foi firmada em 1997, um ano após a Convenção Interamericana, e possui espectro mais restrito do que as demais, qual seja o combate ao suborno de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais. Ela reflete

preocupações relacionadas principalmente aos efeitos econômicos da corrupção, na medida em que afeta a dinâmica concorrencial das transações comerciais internacionais. A principal preocupação dos atores que se articularam para formulação dessa convenção era garantir mercado internacional livre de interferências relacionadas a práticas corruptas, estimulando, assim, ambiente transparente e previsível para contratações transfronteiriças. A iniciativa partiu principalmente de países que já contavam com legislação interna proibitiva das práticas de suborno de funcionários públicos estrangeiros e que enxergaram na convenção uma forma de garantir igualdade concorrencial para suas empresas.

Por sua vez, a Convenção das Nações Unidas, firmada em 2005, constitui o mais amplo texto internacional voltado para o combate à corrupção. Por meio de uma série de dispositivos com efeitos mandatórios ou sugestivos para os Estados Partes, aborda vários aspectos relacionados a prevenção, identificação e punição da corrupção, seja detalhando conceitos apresentados pelas convenções que a antecederam, seja inovando em alguns aspectos. A exemplo de outros temas, a participação da sociedade civil e a transparência na gestão pública são dissecadas em rol significativo de mandamentos que tentam cobrir os assuntos em sua integralidade. Acesso à informação, integridade no setor público e no privado, recuperação de ativos e cooperação internacional também são objeto de detalhamento por parte da convenção. Sua negociação aconteceu na esteira das tratativas que originaram a Convenção da Organização das Nações Unidas contra o Crime Organizado e, por essa razão, esteve em grande medida imbuída de preceitos relacionados a investigação, persecução e punição de atos de corrupção. Apesar de apresentar abordagem ampla e variada do tema, o texto da convenção confere grande importância às ferramentas relacionadas a esses aspectos.

Preocupados com a possibilidade de que as convenções se transformassem tão somente em carta de intenções sem gerar ações efetivas, os entusiastas internacionais, impulsionados em grande medida pela sociedade civil organizada, passaram a advogar também a criação de mecanismos para monitorar a evolução dos Estados Partes no cumprimento de suas obrigações internacionais. Em junho de 2001, foi criado, por meio do chamado *Documento de Buenos Aires*, o Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção (Mesicic). Mais recentemente, em 2012, o mecanismo de avaliação da Convenção da ONU contra a Corrupção passou a operar também, tendo o mecanismo de avaliação da Convenção da OCDE surgido ainda em 1997, concomitantemente ao próprio tratado.

Os mecanismos de acompanhamento exercem papel fundamental no processo de implementação das convenções pelos Estados, que regularmente devem reportar seus avanços a suas contrapartes. Em regra, os mecanismos apresentam metodologias semelhantes: a cada rodada de avaliação são eleitos alguns aspectos da convenção para que sejam objeto de análise quanto a sua efetividade nos países signatários. Cada Estado é avaliado por um grupo composto por outros dois países-membros da organização, que, ao final do processo compreendido em cada rodada, elaboram relatório em que deve constar análise quanto ao cumprimento dos dispositivos selecionados por parte do Estado avaliado. Diante da constatação de que o Estado avaliado não cumpre satisfatoriamente suas obrigações, os Estados avaliadores formulam recomendações, que serão novamente analisadas pelo mecanismo nas próximas rodadas de avaliação.

As fontes para averiguação do cumprimento são variadas. Cada rodada de avaliação tem como ponto de partida um extenso questionário-padrão, destinado a inquirir o Estado avaliado sobre todos os aspectos que envolvem as obrigações em análise. Alguns mecanismos, como o Mesicic, conferem espaço para que esse mesmo questionário seja também respondido por organizações da sociedade civil previamente cadastradas na organização. As visitas do grupo avaliador ao Estado avaliado, também como parte da metodologia de avaliação, são igualmente fontes ricas de informação. Nessas ocasiões, tem-se oportunidade de ouvir não somente representantes governamentais, como também organizações da sociedade civil, academia, imprensa, representantes do setor privado etc. As visitas são normalmente uma maneira eficiente de checar a coerência entre o que o Estado avaliado informa em seu questionário com o que, de fato, acontece na prática.

O produto gerado pelos mecanismos de acompanhamento transcende os relatórios de avaliação, que acabam conformando rico mapeamento sobre o nível de comprometimento da região por eles coberta. Os mecanismos são, sobretudo, um espaço de cooperação interestatal do qual emergem padrões de enfrentamento à corrupção, nos mais variados aspectos. Para cada um dos quesitos avaliados, formam-se entendimentos que são utilizados como referência pelos próprios Estados Partes na condução dos seus processos internos de institucionalização e formulação de políticas voltadas para prevenção e combate à corrupção. Busca-se, portanto, garantir a manutenção de patamar supranacional no que se refere aos pontos que compreendem um sistema de boa governança, reforçando a ideia de que corrupção constitui fenômeno global e, como tal, deve ser enfrentada de maneira coordenada pelos países.

Cada rodada de avaliação assenta a importância de os Estados implementarem medidas que tornem preceitos teóricos em realidades práticas, impulsionando-os a incluir o tema nas respectivas agendas de governo e, conseqüentemente, a construir ou fortalecer políticas públicas que gerem resultados efetivos nesse campo.

A participação do Brasil nos processos avaliativos, em que figura tanto como país avaliado quanto como avaliador, é coordenada pela Controladoria-Geral da União (CGU), que, no exercício dessa função, conta com a importante contribuição dos órgãos relevantes para a matéria, dentre eles, Advocacia-Geral da União (AGU), Ministério da Justiça (MJ) e Ministério Público Federal (MPF). São exemplos exitosos de atuação conjunta nesse sentido a participação do Ministério Público Federal na avaliação do Uruguai no âmbito da ONU, bem como do Suriname e de Trinidad e Tobago no âmbito da OEA e da Espanha, Suécia e Argentina no âmbito da OCDE. Igualmente imprescindível foi a participação desses órgãos nas avaliações a que foi, ou tem sido, submetido o Brasil, gerando considerações positivas do nosso sistema anticorrupção por parte dessas três organizações.

Os foros internacionais são, sobretudo, instâncias impulsionadoras de mudanças, levando os Estados Partes a promover melhorias nos respectivos sistemas e, conseqüentemente, elevando o padrão de efetividade no combate global à corrupção. No Brasil, exemplo recente e elucidativo da influência dos foros internacionais na condução das políticas internas é a aprovação da chamada Lei da Empresa Limpa (Lei nº 12.846/2013), que introduz a responsabilização objetiva da pessoa jurídica por atos de corrupção.

A Lei nº 12.846/2013 representa importante avanço no combate à corrupção, ao prever responsabilização objetiva, no âmbito civil e administrativo, de empresas que praticam atos lesivos contra a administração pública nacional ou estrangeira, fechando, dessa maneira, lacuna histórica no ordenamento jurídico brasileiro. Sabe-se, contudo, que, como qualquer instrumento normativo voltado à persecução e à punição da corrupção, a nova lei somente terá sua potencialidade integralmente exercida se as autoridades nacionais puderem contar com a cooperação das autoridades estrangeiras na condução dos atos cuja execução transpõe nossas fronteiras. Espera-se, aliás, que a necessidade de buscar provas e atos no exterior seja constante na implementação da Lei nº 12.846/2013, dada a natureza dos ilícitos por ela cobertos. A cooperação jurídica internacional, portanto, será imprescindível para solução exitosa dos casos iniciados com base na Lei da Empresa Limpa.

O estudo da cooperação jurídica internacional representa na atualidade um dos temas de maior interesse, não somente por sua necessidade sempre recorrente, mas principalmente pelas muitas dificuldades e questionamentos que se colocam em relação a seu processamento. O dinamismo que caracteriza a cooperação internacional sempre introduz novos desafios que buscam manter a funcionalidade dos instrumentos de assistência. Atualmente, uma das questões que se coloca está relacionada à necessidade de alargar os canais de cooperação internacional em matéria não criminal, com o fim de tornar viáveis procedimentos internos que, a despeito de não constituírem esfera penal, prestam-se a punir condutas ilícitas em âmbito civil e administrativo.

Historicamente, os Estados optaram pela esfera criminal para punir atos de corrupção, tipificando como crimes as condutas lesivas ao patrimônio público. Tal opção justifica-se, em grande parte, pela necessidade de os Estados sinalizarem para nova ambiência institucional e social, em que tais condutas não poderiam mais ser toleradas. Entretanto, mesmo com a criminalização dos atos cometidos contra a Administração Pública constituindo uma forma de priorização do combate à corrupção, procedimentos civis e administrativos revelaram-se, com o tempo, meios igualmente eficientes de investigação e punição. Além disso, penalidades civis e administrativas com viés financeiro podem ser bastante dissuasivas, servindo ao propósito de desincentivo da prática de condutas indesejáveis. É desnecessário dizer que a responsabilização civil e administrativa não visa suplantiar o uso de sanções criminais. Ao contrário, busca completar os sistemas nacionais de enfrentamento e combate à corrupção, já que as três esferas são complementares entre si. Não é por outro motivo que, com cada vez mais frequência, criam-se instrumentos de natureza civil e administrativa com o objetivo de punir atos de corrupção, sendo expressivo o número de países que dispõem de tais ferramentas.¹

Em plano internacional, as principais convenções contra a corrupção estabelecem que as partes devam adotar, de acordo com seus princípios e regras, a responsabilização, criminal, civil e/ou administrativa, de pessoas físicas e jurídicas por atos praticados contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

1. Como exemplo, podemos citar o art. 26(2) da Convenção das Nações Unidas (Uncac) e o art. 3(4) da Convenção da OCDE.

As convenções internacionais também fornecem base legal necessária à execução da cooperação jurídica internacional em matéria não criminal. A Convenção da ONU, por exemplo, traz em seu art. 43 que,

[...] Quando couber e estiver em consonância com seu ordenamento jurídico interno, os Estados Partes considerarão a possibilidade de prestar-se assistência nas investigações e procedimentos correspondentes a questões civis e administrativas relacionadas com a corrupção.

A Convenção da OCDE, por sua vez, reconhecendo a necessidade da cooperação jurídica internacional, determina a promoção de assistência jurídica internacional não só para casos de investigação e procedimentos penais, mas também para procedimentos não criminais em relação a pessoas jurídicas.

Tais previsões, contudo, não refletem a realidade prática. Ao contrário dos canais de cooperação jurídica em matéria penal, os quais já apresentam certo grau de maturidade, a troca internacional para fins de investigação e punição nos âmbitos civil e criminal ainda demanda uma série de melhorias que a torne compatível com as necessidades locais. Ainda há, na prática, nível elevado de resistência das autoridades em cooperar para fins não criminais, sem mencionar o fato de que, na maioria dos países, a cooperação jurídica está regulada apenas no que diz respeito à assistência penal.

A CGU, com outros órgãos parceiros, como a AGU, o MJ e o MPF, vem trabalhando nos principais foros internacionais de que o Brasil é parte para elevar o nível de convencimento acerca da necessidade de consolidação da assistência jurídica internacional também para fins não criminais. Realizaram-se, por exemplo, pesquisas no âmbito da ONU e do G-20 em que, por meio de questionário padrão, os Estados foram instados a responder se dispunham de instrumentos não criminais de punição às condutas relacionadas à corrupção e, ainda, se poderiam prestar cooperação jurídica em matéria criminal. Entre outras conclusões apontadas pelo estudo, verificou-se que, apesar de número relevante de países disporem de mecanismos não criminais de investigação e punição a atos de corrupção, a maioria deles não ofertam cooperação nessa mesma matéria.

Especialmente na via passiva, ou seja, no que se refere aos pedidos de assistência que chegam ao País, a atuação da Secretaria de Cooperação Internacional do MPF tem sido primordial para colocar o Brasil em posição confortável para seguir na missão de mobilização da comunidade internacional na defesa de canais de cooperação mais fluidos e consolidados.

A internacionalização do Direito Penal e as dificuldades de harmonização legislativa para implementação dos tratados internacionais anticorrupção

Carla Veríssimo de Carli*

Introdução

A corrupção é mal que atinge todos os Estados, em qualquer época ou sistema político. Os danos que provoca são enormes e alastram-se por vários campos: ético, social, político e econômico. Entretanto, a corrupção começou a gerar atenção internacional apenas a partir dos anos 90 do século XX, sendo hoje considerada um dos maiores obstáculos ao desenvolvimento. A adoção da Convenção da Organização das Nações Unidas (ONU) contra a Corrupção, em 2005, definiu esse consenso.¹

Além da ONU, outras organizações internacionais discutiram e elaboraram tratados internacionais dedicados ao enfrentamento da corrupção, tais como a Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, no âmbito europeu (OCDE). São eles justamente os principais tratados internacionais sobre corrupção assinados e ratificados pelo Brasil: a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e a Convenção Interamericana contra a Corrupção, da OEA, e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais, da OCDE.

Esses instrumentos internacionais impõem aos países que os assinaram e ratificaram obrigações jurídicas que exigem, por vezes, mudança em seu Direito Interno; seja no sentido de criar tipos penais, seja no de prover normais processuais para investigação dos delitos e recuperação dos recursos públicos desviados.

Apesar de serem tratados multilaterais, em tese negociados por todos os países que neles tomam parte, existem dois grandes sistemas jurídicos em uso, atualmente, no mundo: o sistema da *common law* e o sistema da *civil law* (ou tradição romano-germânica), e a chance é de que um deles prevaleça, no momento da elaboração dos tratados. Se, como aponta Japiassú, “o sistema internacional tem sido fortemente influenciado pelo sistema da *common law*, seja nos documentos internacionais, seja na base legal e nas decisões dos Tribunais Internacionais”;² como isso refletirá na realidade dos países que adotam o sistema da *civil law*? Há certamente grandes dificuldades para a adequada implementação desses tratados. Qual sistema está mais bem preparado para essa tarefa?

* Procuradora Regional da República na 4ª Região. Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS. Doutoranda em Direito pela UFRGS e doutoranda do Programa de Doctorado Estado de Derecho y Gobernanza Global da Universidade de Salamanca.

1. GENEBRA, 2010.

2. JAPIASSÚ, 2009, p. 1.

Examino, por isso, rapidamente, a internacionalização do Direito Penal, para, num segundo momento, abordar características e diferenças dos principais sistemas jurídicos. Ao final, reflito sobre os processos de harmonização legislativa requeridos pelos tratados internacionais em matéria penal.

1. A internacionalização do Direito Penal

Delmas-Marty afirma que a mundialização atual, a qual repousa sobre a globalização das trocas, notadamente as econômicas, está caracterizada por proliferação normativa e jurisdicional sem precedentes.³

Para Cassese, a rede de tratados internacionais cresce cada vez mais. A maior parte dos países do mundo é signatária de grande número de tratados que incidem sobre seus sistemas legais domésticos. Surge, daí, a necessidade de implementar essas normas, o que, muitas vezes, demanda esforço de harmonização legislativa.⁴

Tratados em matéria penal impõem aos países signatários a obrigação jurídica internacional de criar tipos penais e adaptar suas legislações processuais no sentido de incrementar a cooperação internacional, de admitir técnicas especiais de investigação e de adotar medidas assecuratórias destinadas à recuperação de bens e valores.

A integração de normas internacionais, em si mesmas consideradas, não é processo fácil. Na prática, as forças políticas internas de um país signatário (especificamente, o poder legislativo) nem sempre estão alinhadas com a política internacional desenvolvida por esse mesmo país, de forma a honrar compromissos assumidos por governos anteriores, os quais redundaram na ratificação e assinatura de tratado internacional. Dito de outra forma: o que foi importante para determinado governo pode não ser para o seguinte.

Essa dificuldade é acentuada quando as normas a serem integradas, de alguma forma, entram em choque com a cultura jurídica do país. Como mencionamos, em razão das diferenças no peso político entre os sujeitos de Direito Internacional, a tendência é que prevaleçam, na fase da negociação dos tratados, os institutos jurídicos – ou pelo menos a lógica – da cultura da *common law*. De acordo com Garapon (2008, p. 56-57), a referência teórica dominante nos Estados Unidos hoje é a teoria econômica do Direito, segundo a qual toda instituição jurídica, inclusive o domínio penal, deve ser analisada segundo o modelo do contrato.

Essa visão de cunho eminentemente prático frequentemente entra em choque com institutos jurídicos da cultura da *civil law*. Como conciliar esses opostos? Como harmonizar legislações sem afrontar princípios jurídicos basilares, tais como o direito à propriedade ou o direito de defesa? Nesse aspecto, a legislação internacional antiterrorismo é o exemplo mais contundente dessas dificuldades.

3. "Phénomène majeur de la dernière décennie, cette mondialisation multiplie l'influence des droits venus d'ailleurs qui pénètrent dans les droits nationaux en passant tout simplement par la porte qui leur est ouverte, soit par le principe de primauté des traités sur la loi interne, soit par leur incorporation des traités sur la loi interne, soit par leur incorporation par une loi interne." (DELMAS-MARTY, 2004, p. 18).

4. CASSESE, 2005, p. 12.

Para entender um pouco melhor a extensão do problema, é oportuno examinar, brevemente, características e diferenças entre os dois principais sistemas jurídicos, a *common law* e a *civil law*, no âmbito das disposições penais.

COMMON LAW E CIVIL LAW

Características e Diferenças

No sistema da *civil law*, ou sistema romano-germânico, a dogmática penal alemã – *Strafrechtswissenschaft* – é o principal expoente. Roxin⁵ divide a história da evolução do Direito Penal alemão em três etapas. Na primeira delas, que vai até 1962, aproximadamente, a jurisprudência fundamentava a punição de certas condutas na doutrina cristã do Direito Natural. A teoria dos fins da pena foi formulada principalmente a partir da filosofia idealista alemã, que estava ligada às doutrinas da igreja. A pena servia à realização da justiça, na medida em que compensava (ou eliminava) a culpabilidade do autor, restaurando o direito transgredido. A natureza da pena corporal era retributiva. Entretanto, fortaleceu-se a posição jurídica do acusado, de acordo com a formulação da Ilustração europeia, no marco de um Estado de Direito. O período do pós-guerra restaurou direitos suprimidos durante o nazismo.

A segunda fase, que perdurou até 1975, caracterizou-se pelo distanciamento da fundamentação filosófica e teológica do Direito Penal e pelo retorno à concepção secular e pragmática, como instrumento de domínio e controle social. Entram em primeiro plano os conceitos preventivos do Direito Penal, com predominância da prevenção especial. O conceito material do delito já não mais se liga a descumprimento de normas éticas, mas se funda em necessidades sociais, pois “el presupuesto de cada sanción penal no surge de la contravención a la moral sino de um daño a la sociedade no evitable de otro modo.”⁶ A tarefa do Direito Penal passa a ser limitada à proteção subsidiária de bens jurídicos, o que termina por restringir consideravelmente a imposição dos castigos. O autor esclarece que o princípio da lesividade não foi criação desse período, mas algo retomado do ideário da Ilustração. Era justamente o modelo de contrato social que fornecia as bases para a limitação do Direito Penal e sua desvinculação de postulados morais e religiosos, pois os cidadãos somente aceitavam o poder estatal para que este os protegesse em sua liberdade e segurança social. A teoria dos fins da pena desloca-se, nessa fase, da retribuição à prevenção. Troca-se a ideia de que a culpa pode ser expiada mediante castigo pela tarefa social de prevenção de delitos.

A terceira fase está situada temporalmente a partir de 1975, e nela predominam orientações preventivas. Agora, contudo, o centro de gravidade se desloca da prevenção especial para a geral. O rol de comportamentos que deveriam ser punidos com uma pena estava menos ligado à proteção individual e mais preocupado com a proteção da coletividade, entendida como o conjunto da população ou grandes grupos dentro dela. Surgiram novos tipos penais, especialmente delitos econômicos, crimes contra o meio ambiente, responsabilidade pelo produto, grandes riscos industriais, tráfico de drogas e outras formas de criminalidade organizada, dentro dos comportamentos que eram percebidos como ameaça ao conjunto da sociedade. O bem jurídico protegido somente

5. ROXIN, 2000, p. 17-19.

6. Ibid., p. 21.

poderia ser reconhecido de forma difusa, “porque los tipos delictivos, en lugar de describir formas concretas de lesión del bien jurídico, tienden a describir situaciones de peligro abstracto que se sitúan en una fase previa a la producción del daño”⁷. O relevo à orientação preventiva geral conduziu a crescimento do Direito Penal a todos os âmbitos socialmente relevantes, situação que também pode ser relacionada com emergência da sociedade de risco, muito bem descrita por Ulrich Beck.⁸ Do ponto de vista dos fins da pena, depois do pouco sucesso obtido com pretensões ressocializadoras, a doutrina resignou-se em retornar à prevenção geral, justificada pela necessidade de garantia de segurança suficiente para a sociedade. Segundo Roxin, têm importância aqui a teoria do sistema social de Luhman e a obra de Günther Jakobs, que desviaram a atenção do autor individual e a dirigiram à manutenção do sistema social em seu conjunto. A teoria da prevenção geral positiva sustenta que a função da pena é exercitar confiança na norma, de modo que todos e cada um a reconheçam.⁹

Em resumo, se o Direito Penal estava intimamente ligado, nos primeiros tempos, à religião, à moral e aos costumes, modernamente a preocupação da *Strafrechtswissenschaft* é com a lesividade social das condutas às quais serão impostas sanções criminais. Além disso, na dogmática alemã predomina a ideia da proteção de bens jurídicos, aliada ao princípio da subsidiariedade (se houver meios menos gravosos de reprimir as condutas socialmente danosas, o Direito Penal não deverá ser utilizado).¹⁰

Por outro lado, o que caracteriza o segundo grande sistema jurídico, a *common law*,¹¹ é o fato de ser “*judge-made law*”, ou o direito que se baseia nos usos e costumes tradicionais. Kai Ambos afirma não existir nenhuma codificação completa de Direito Penal nesse sistema que nasceu na Grã-Bretanha. Nos Estados Unidos, ao contrário, ele foi substituído de maneira gradual e agora praticamente integral pelo *statute law* (o direito que emerge das leis escritas).¹²

A *Common law* anglo-americana é sistema que teve origem na prática das cortes do rei da Inglaterra, depois de 1066. Era a lei comum às cortes do rei, as quais eram pequenos enclaves em meio a muitas outras jurisdições: *local folk courts*, chamadas cortes do condado, e as centenas que descendiam de passado tribal. A igreja operava em sistema de cortes. Grandes proprietários de terra tinham cortes. Feiras comerciais operavam com cortes, assim como as universidades de Oxford e Cambridge. A história da *common law*, então, é a história de como, através dos séculos, as cortes do rei expandiram-se de começo modesto até englobar e acabar com todas as outras jurisdições concorrentes. Nos

7. Ibid., p. 25-27.

8. BECK, 1986.

9. JAKOBS, 1997, p. 18.

10. ROXIN, 2003, p. 3-4.

11. *Common law* é definida pelo *Barron's Law Dictionary* como “The system of jurisprudence, which originated in England and was later applied in the United States, which is based on judicial precedent rather than statutory laws, which are legislative enactments: it is to be contrasted with civil law (the descendant of Roman Law prevalent in other western countries). Originally based on the unwritten laws is “generally derived from principles rather than rules; it does not consist of absolute, fixed and inflexible rules, but rather of broad and comprehensive principles based on justice, reason, and common sense. It is of judicial origin and promulgation. Its principles have been determined by the social needs of the community and have changed with the changes in such needs. These principles are susceptible of adaptation to new conditions, interests, relations, and usages as the progress of society may require.”

12. AMBOS, 2006, p. 164-165.

Estados Unidos, ponto de grande interesse é saber como esse sistema legal, enraizado na monarquia inglesa, pôde ser adaptado para um país fundado na premissa de que Direito e Governo poderiam existir sem rei.¹³

A ideia mais comum sobre a *common law* é a de que ela não tem normas escritas, baseando-se apenas no julgamento de casos concretos. De acordo com Fletcher¹⁴ algumas pessoas dizem que a *common law* é um método, técnica para obter o Direito a partir do precedente. Mas, para o autor, essa visão é invenção moderna, que ignora a complexidade da história e, em particular, a forma pela qual grandes doutrinadores formaram a *common law* inglesa. Edward Coke e Sir William Blackstone são dois autores relevantes do século XVII fundamentais na construção da doutrina desse sistema. Para eles, a *common law* era a lei da razão. *Lex est ratio summa*. Esses teóricos, que escreveram tratados e normas, viam a “*case law*” simplesmente como evidência do Direito, mas não como o Direito em si.

Fletcher¹⁵ concorda que a *common law* expressa a razão, ou racionalidade. É interessante notar o quanto está ligada à linguagem (todos os países de língua inglesa adotaram a *common law*, ao passo que os países de tradição civilista ou continental traduziram seus códigos e sua doutrina para dezenas de países em diferentes continentes).

A *common law*, ao mesmo tempo, é baseada na história, e suas raízes remontam à Idade Média. Mas não há rompimento na doutrina com codificações posteriores, não há novo começo, como ocorreu com a *civil law* na fase das codificações. A *common law* segue construindo desde o passado – Fletcher relembra a bela frase de Coke “*out of old fields must spring grow the new corn*.”

Na Inglaterra, ela consiste não apenas de casos e precedentes, mas também de intervenções legislativas do parlamento (em muitas áreas da criminal law as intervenções da *statutory law* ajudaram a dar os contornos das definições dos crimes). Outra característica importante é que a *common law* mescla Direito Material com Direito Processual – ao contrário da *civil law*, que tem códigos separados para Direito Penal e Processo Penal, Direito Civil e Processo Civil. A consequência dessa organização temática na legislação é a especialização dos profissionais do Direito em áreas muito específicas, sejam eles professores, juízes, membros do Ministério Público ou advogados.

A forma de raciocinar juridicamente também é distinta: na análise dos casos, os americanos, por exemplo, não querem apenas extrair a regra jurídica. Querem saber como as questões foram apresentadas perante a corte, como a matéria foi aceita e como os juízes acabaram decidindo. Para um civilista, a primeira pergunta é: qual a norma aplicável? E a segunda: como se pode fazê-la valer? O advogado da *common law* quer primeiro saber como funciona o processo para depois perguntar qual regra jurídica pode influenciar o resultado.¹⁶

De fato, examinar as diferenças entre os dois sistemas pode auxiliar na compreensão de ambos. A primeira diferença citada, quando eles são contrapostos, é quanto às

13. LANGBEIN, 2009, p. 4.

14. FLETCHER, 2005, p. 15.

15. Id., 2005.

16. Ibid., p. 15-21.

suas fontes. No sistema da *civil law*, a principal fonte do Direito são os códigos, que se desenvolveram historicamente a partir do *Codex Justinianus* do século VI, o qual foi a lei comum a toda a Europa até o final do século XVIII, quando diversos Estados europeus elaboraram e publicaram seus próprios códigos. Um código não é apenas coletânea de leis. Ao contrário, é o tratamento organizado e altamente sofisticado de um corpo inteiro de Direito. Normalmente o código possui uma parte geral, que se aplica a todos os problemas específicos tratados na parte especial. Na *civil law*, as opiniões doutrinárias que se seguem à publicação dos códigos e das leis, interpretando-os, são consideradas muito importantes, sendo frequentemente citadas como base para decisões judiciais. Já no sistema da *common law*, a principal fonte do Direito é a decisão judicial (*judicial opinion*), da forma como desenvolvida através dos séculos. As decisões dos juízes contêm princípios legais que podem ser aplicados para resolver casos futuros. Assim que um princípio do Direito é desenvolvido e utilizado em caso concreto para resolver um conflito, advogados com casos similares apoiam-se no que a corte disse nesse julgamento e usam essa decisão como argumento para a forma pela qual entendem que seu processo deva ser julgado. Os juízes da *common law* estão vinculados pelas decisões que proferiram e pelas das cortes superiores. O caso que foi julgado no passado e estabeleceu um princípio de Direito é chamado de precedente vinculante (*binding precedent*). A natureza vinculante do precedente é definida pela expressão latina *stare decisis et non quieta movere*, que significa manter-se no que foi decidido e não perturbar questões já resolvidas. Assim, quando se fala na doutrina do *stare decisis* está-se referindo à natureza vinculante de prévias decisões judiciais sobre determinado ponto do Direito.¹⁷

Matus¹⁸ percebe diferenças externas e internas. Externamente, diferenciam-se os sistemas pela teoria do delito: a *common law* divide-o em dois elementos (*actus reus* e *mens rea*) e adota igualmente uma estrutura bipartida no processo (*offense/defenses*). Já a *Strafrechtswissenschaft* adota estrutura tripartida, definindo o delito como o fato típico, antijurídico e culpável.

As diferenças internas percebem-se no método adotado: o alemão é sistemático, pretende “deduzir” as regras básicas de imputação aplicáveis a todos os casos concretos presentes e futuros a partir de estruturas externas ou dogmas (método dedutivo). A *common law*, ao contrário, não acredita que proposições gerais possam deduzir casos concretos. Nos Estados Unidos da América vigora o realismo, preconizado por Oliver Wendell Holmes, ministro da Suprema Corte americana. Matus relembra sua célebre assertiva sobre o que seja o Direito: “The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.”¹⁹ Por outro lado, na Inglaterra e no País de Gales vigora o formalismo (positivismo), em decorrência de que as discussões sobre aplicabilidade da lei ou precedentes parecem se concentrar mais na validade de suas fontes ou nas conclusões que possam derivar da doutrina da *ratio decidendi* de um caso. Os juízes têm, nesse sistema, caráter de *law-makers*.

Uma segunda diferença interna refere-se à distinta aproximação filosófica. Na *Strafrechtswissenschaft* é fundamental a influência de Kant e Hegel, os quais, preocupados

17. BYRD, 2001, p. 1-8.

18. MATUS, 2008.

19. Id., 2008, p. 62.

com a dignidade humana do condenado, faziam distinção categórica entre injusto e culpabilidade. Para a *common law*, os teóricos importantes são Beccaria e Bentham, com seu liberalismo utilitarista e empírico, guiados pelo princípio liberal de que a missão do Estado não é sustentar com a força princípios ideais, mas procurar a maior felicidade possível para o maior número de pessoas.

Daí a perplexidade da *criminal law* com a discussão atual da *Strafrechtswissenschaft* acerca das finalidades ideais do Direito Penal (proteção de bens jurídicos *versus* prevenção geral positiva) frente às funções utilitárias que ali se atribuem: dissuasão (*deterrence*), incapacitação (*incapacitation*) e reabilitação (*reformation*).²⁰

As diferentes formas de pensar sobre o crime – de forma predominante, a da *Strafrechtswissenschaft* e a da *common law* – exercerão influência na construção da dogmática do Direito Internacional penal, pois os representantes dos diferentes países, ao negociarem tratados internacionais, levarão consigo, para a mesa dos debates, as concepções que têm sobre o delito.

Foi o que ocorreu, efetivamente, com o Estatuto de Roma, que constituiu o Tribunal Penal Internacional. A doutrina refere que seus redatores deliberadamente evitaram o uso de termos muito ligados a determinadas tradições jurídicas (não utilizaram, por exemplo, a expressão *mens rea*, preferindo falar em *mental element*). Da mesma forma, o art. 31 não relaciona justificantes e dirimentes (*justifications e excuses*), preferindo agrupar todas as hipóteses de exclusão de tipicidade e de culpabilidade sob o termo genérico “*grounds for excluding criminal responsibility*”. Entretanto, apesar de tentar não favorecer nem um sistema nem outro, fato é que o Estatuto de Roma organiza a estrutura dos delitos em duas partes: atos materiais (as condutas, referidas no art. 30 como elemento material) e elemento mental. Ora, a estrutura bipartida do delito é própria do sistema da *common law*. Heller, apoiado em Ambos, não tem dúvida em afirmar a opção do tratado pela *common law*.²¹

Na mesma linha, Matus²² afirma ser dominante na atual doutrina internacionalista a ideia de que o modelo ao qual responde a jurisdição universal do Tribunal Penal Internacional é o bipartido da *common law*, principalmente devido à redação do art. 31.

Fletcher, analisando o Estatuto de Roma, chega à mesma conclusão: o tratado distingue entre elemento material e o elemento mental que o acompanha (*intent* ou *knowledge*), e agrupa todas as hipóteses defensivas sob terminologia geral. Rejeita a opinião dos que pensam que a opção não teria sido pela *common law* simplesmente porque o texto não utiliza o termo “*defense*”. Conclui o autor que, no principal, o modelo da *common law* prevalece no desenho da lei material aplicável no TPI.²³

20. Ibid., p. 78-79.

21. “In general, however, it is clear that the Statute’s ‘two-pronged concept of crime’ is patterned after the common law, not the civil law. First, it does not distinguish between the subjective/mental element of the offense, in the sense of a *Tatvorsatz* (*dolus*) and the blameworthiness of the act belonging to a separate and autonomous (third) level of culpability (*Schuld*). Second, the system does not distinguish between wrongfulness/justification and culpability/excuse as the two- or three-fold structure of an offense as applied in the Germanic systems.” (HELLER; DUBBER, 2011, p. 601).

22. MATUS, 2008, p. 19.

23. FLETCHER, 2007, p. 46.

Fica claro, portanto, que a tendência do Direito Internacional penal é privilegiar o sistema jurídico da *common law*, o que, certamente, facilita o processo de implementação das disposições penais internacionais nos países que adotarem esse sistema. Poderíamos, entretanto, procurar confirmar essa hipótese analisando dois casos de harmonização legislativa, um no Brasil (concreto), que adota a *civil law*, e outro (hipotético) em qualquer país anglófono, que adota a *common law*.

INTEGRAÇÃO JURÍDICA E HARMONIZAÇÃO LEGISLATIVA

De acordo com Laureano²⁴, a harmonização de legislações (ou harmonização de Direitos) é vertente da integração jurídica. Traduz-se na mera criação de pontos-chave de semelhança ou igualdade entre vários Direitos, sem atingir o estágio da unificação desses direitos. Trata-se, como já referimos, de incluir, no Direito de um país, disposições que permitam incriminar condutas e processar aqueles que as tenham praticado, de forma eficaz e com adoção de técnicas especiais de investigação, medidas restritivas de direitos patrimoniais (bloqueio e confisco de valores) e medidas restritivas de direitos pessoais (prisão cautelar). Isso acontece de formas completamente distintas, caso estejamos a falar de país que adote a *civil law* ou de outro que integre o sistema da *common law*: a primeira opera dedutivamente, a partir de regras; a segunda, analogicamente, a partir de paradigmas comuns (precedentes).

No Direito brasileiro, por exemplo, que adota o sistema da *civil law*, crimes devem ser definidos por lei em sentido estrito, previamente à data do cometimento dos fatos e com todas as suas circunstâncias, sendo vedada retroatividade da lei desfavorável ao acusado. Além disso, restrição da liberdade e perda de bens devem igualmente estar regulados por lei, e para que sejam efetivados é necessário o devido processo legal, com contraditório e ampla defesa assegurados (Constituição Federal, art. 5º, incisos XXXIX, XL, XLVI, LIV, LVII). O Código Penal garante retroatividade apenas da lei mais benigna (art. 2º), e o uso da analogia é admitido somente no processo penal, jamais para a incriminação de condutas (art. 3º do Código de Processo Penal).

Foi de acordo com esses princípios que as normas da Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais da OCDE foram internalizadas no Direito brasileiro: o Congresso Nacional modificou a lei de lavagem de dinheiro para incluir como crime antecedente o “crime praticado por particular contra a administração pública estrangeira” e, além disso, modificou o Código Penal para incluir um novo capítulo, adicionando os tipos penais dos arts. 337-B (corrupção ativa em transação comercial internacional) e 337-C (tráfico de influência em transação comercial internacional) e definindo o conceito legal de funcionário público estrangeiro no art. 337-D, tudo em atendimento aos arts. 1, 4 e 7 daquela convenção. Para que ocorra harmonização legislativa no Brasil, é necessário que o Poder Legislativo elabore, vote e aprove e que o Poder Executivo, concordando, sancione lei que acresça ao Direito brasileiro as disposições penais e processuais penais requeridas pelos tratados internacionais. Um processo difícil, moroso, nem sempre realizado na mesma medida em que são assinadas, pelo Executivo, convenções e tratados internacionais: exemplo disso são as diversas Convenções da ONU sobre terrorismo, além da Convenção sobre o Financiamento do Terrorismo, que o Brasil

24. LAUREANO, 2010.

ratificou e estão a demandar criminalização do terrorismo e seu financiamento, sem resposta do Congresso até agora, contudo.

Processo completamente distinto na definição do delito é o que ocorre nos sistemas da *common law*,²⁵ como esclarece Fletcher:

These two methods of generating law – rules and paradigms – underlie the contributions of legislation and judicial development of the law. Legislation proceeds in rules and words that demarcate the boundaries of the rules. Courts proceed by identifying a core image of crime and punishing it. That precedent, then, becomes the paradigm for the offense. On other words, it becomes the model for measuring whether new and unanticipated cases conform to the crime or not. If, to be as imprecise as the courts are, it is “sufficiently like” the paradigm, it falls under the criminal prohibition. If it is “sufficiently different” from the paradigm, it is not covered by the crime.²⁶

Podemos supor, então, que havendo já definição do crime de corrupção no âmbito estatal (corrupção, tanto passiva quanto ativa, em que há envolvimento de servidor público), as cortes da *common law* possam estender essa definição para entender incluída, no conceito de corrupção, também aquela ocorrida no âmbito privado (cuja criminalização é pedida pelo art. 21 da Convenção da ONU contra a Corrupção). No Brasil não temos, até agora, o tipo penal de corrupção no setor privado (o Relatório da Comissão de Juristas para elaboração de Anteprojeto de Código Penal, do Senado, propõe criação desse delito), e até que o Congresso Nacional vote e aprove lei, ninguém poderá ser punido por aceitar suborno para realização de negócio privado. Se o sistema fosse o da *common law*, todavia, uma corte que estivesse a julgar caso de corrupção no setor privado poderia entender incluída essa conduta no crime de corrupção, para a qual já havia precedentes definindo seus elementos, apenas estendendo e ampliando o precedente para incluir condutas praticadas no setor privado. Trata-se de método certamente mais flexível e que permitiria punir as condutas, mesmo que a nós isso possa parecer criminalização *ex post facto*.

25. Hart explica como funciona o sistema do precedente na Inglaterra, a área aberta das regras (*open texture*) e a criatividade da atividade judicial, dentro dela: “First, there is no single method of determining the rule for which a given authoritative precedent is an authority. Notwithstanding this, in the vast majority of decided cases there is very little doubt. The head-note is usually correct enough. Secondly, there is no authoritative or uniquely correct formulation of any rule to be extracted from cases. On the other hand, there is often very general agreement, when the bearing of a precedent on a later case is in issue, that a given formulation is adequate. Thirdly, whatever authoritative status a rule extracted from precedent may have, it is compatible with the exercise by courts that are bound by it of the following two types of creative or legislative activity. On the one hand, courts deciding a later case may reach an opposite decision to that in a precedent by narrowing the rule extracted from the precedent, and admitting some exception to it not before considered, or, if considered, left open. This process of ‘distinguishing’ the earlier case involves finding some legally relevant difference between it and the present case, and the class of such differences can never be exhaustively determined. On the other hand, in following an earlier precedent the courts may discard a restriction found in the rule as formulated from the earlier case, on the ground that it is not required by any rule established by statute or earlier precedent. To do this is to widen the rule. Notwithstanding these two forms of legislative activity, left open by the binding force of the precedent, the result of the English system of precedent has been to produce, by its use, a body of rules of which a vast number, of both major and minor importance, are as determinate as any statutory rule. They can now only be altered by statute, as the courts themselves often declare in cases where the ‘merits’ seem to run counter to the requirements of the established precedents.” (HART, 1994, p. 134-135).

26. FLETCHER, 1998, p. 79.

Parece-nos, portanto, que o sistema da *common law* tem a seu favor dois fatores para que a implementação dos tratados internacionais penais se dê com maior rapidez e eficácia: primeiro, as normas já são pensadas na lógica da *common law*, tendo em vista que esse é o sistema que vem prevalecendo nos foros internacionais. E, segundo, o sistema de criação do Direito, não apenas por normas escritas (*statutes*), mas também pela atividade judicial (*binding precedents*), permite que as cortes se adaptem à legislação internacional, reconhecendo a prática de delitos e, assim, criem normas em matéria penal nos casos concretos.

Conclusão

A realidade atual de intensas trocas, tanto lícitas quanto ilícitas, confronta os Estados com a difícil tarefa de reprimir crimes que ocorrem de forma transnacional. Em foros importantes, diversos tratados são negociados, mas a dificuldade não se esgota aí: alcançado consenso na arena internacional, outra etapa tão importante e talvez muito mais difícil se desenrola no plano interno, quando os signatários dos tratados precisam adaptar as normas de seu Direito Interno para implementar esses tratados.

Para tentar encontrar um caminho, Delmas-Marty propõe um pluralismo ordenado, em que as práticas combinam um direito com vocação supranacional à pluralidade dos direitos nacionais, sem deixar de integrar o nível intermediário dos direitos regionais. De acordo com a autora, esse pluralismo é ordenado à medida que os diferentes conjuntos normativos são conectados pelos processos de ordenação, interativos e evolutivos, que esboçam a possibilidade de uma ordem mundial de diversos níveis e distintas velocidades.²⁷

É como disse Arendt, ao refletir sobre política, afirmando que ela “trata da convivência entre diferentes”.²⁸ É o caso, então, de respeitar essas diferenças, também no plano internacional, para que as disposições que serão exigidas de todos os países possam efetivamente ser atendidas, considerando as particularidades dos diferentes sistemas jurídicos.

Isso é ainda mais importante quando os tratados que nos preocupam são normas que pretendem prevenir e reprimir a corrupção: os danos causados por esse delito traduzem-se em violação aos direitos humanos daqueles prejudicados pela falta das verbas públicas ou seu mau emprego. Seja no campo da educação, da saúde ou das medidas de infraestrutura, na dicção de Sérgio Vieira de Mello, “as vítimas, escusado dizer, não têm problema em compreender qual direito, e como, está sendo violado”.²⁹

27. DELMAS-MARTY, 2010, p. 216-217.

28. ARENDT, 2004, p. 21.

29. MELLO, 2004, p. 164.

REFERÊNCIAS

AMBOS, Kai. *Direito Penal: fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos*. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

ARENDE, Hannah. *O que é política?* Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.

BANTEKAS, Ilias. NASH, Susan. *International criminal law*. Oxon: Routledge-Cavendish, 2007.

BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft*. Auf dem Web in eine andere moderne. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

BYRD, B. Sharon. *Introduction to Anglo-American Law & Language*. Einführung in die anglo-amerikanische Rechtssprache. 2. ed. Munique; Viena; Berna: C. H. Beck/Manz/Stämpfli, 2001.

CASSESE, Antonio. *International Law*. New York: Oxford University, 2005.

_____. *International Criminal Law*. New York: Oxford University, 2008.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Le flou du droit*. Paris: Presses Universitaires de France, 2004.

_____. *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*. Paris: Seuil, 2010.

FLETCHER, George P. *Basic concepts of criminal law*. New York; Oxford: Oxford University, 1998.

_____. *American law in a global context*. The basics. New York: Oxford University, 2005.

_____. *The grammar of criminal law*. American, comparative and international. New York: Oxford University, 2007.

FOSTER, Niger G. *Blackstone's EU treaties & legislation 2010-2011*. Oxford: Oxford University, 2010.

GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgar nos Estados Unidos e na França*. Cultura Jurídica Francesa e Common Law em uma perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GIFTS, Steven H. *Law Dictionary*. New York: Barron's Educational Series, 2003.

HART, H. L. A. *The concept of law*. 2. ed. Oxford: Oxford University, 1994.

HELLER, Kevin Jon; DUBBER, Markus D. *The handbook of comparative criminal law*. Stanford: Stanford University, 2011.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: parte general – fundamentos y teoría de la imputación*. Tradução Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Direito Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LANGBEIN, John H.; LERNER, Renée Lettow; SMITH, Bruce P. *History of the Common Law*. The development of Anglo-American Legal Institutions. Austin; Boston; Chicago; Nova York; Países Baixos: Aspen, 2009.

LAUREANO, Abel. Dois institutos da “cooperação judiciária em matéria penal” na União Europeia: reconhecimento mútuo de decisões penais e harmonização de legislações penais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 7, n. 7, p. 283-308, jan./jun. 2010. Disponível em: < <http://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/viewFile/329/237> >. Acesso em: 28 out. 2011.

MATUS, Jean Pierre. *La transformación de la teoría del delito en el derecho penal internacional*. Barcelona: Atelier, 2008.

MELLO, Sérgio Vieira de. Civilização mundial: mirando alvo errado? In: MARCOVITCH, Jacques (Org.). *Sérgio Vieira de Mello: pensamento e memória*. São Paulo: Universidade de São Paulo; Saraiva, 2004.

ROXIN, Claus. *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el proceso penal*. Tradução de Carmen Gómez Rivery e María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

ROXIN, Claus; ARZT, Günther; TIEDEMANN, Klaus. *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*. Heidelberg: C.F. Müller, 2003.

Parte IV – Convenções Internacionais contra Corrupção

Três convenções internacionais anticorrupção e seu impacto no Brasil

Mônica Nicida Garcia*

A corrupção é um dos grandes desafios de nossa época.

Não se trata, propriamente, de uma afirmação original. Realmente, são cada vez mais frequentes e numerosas as publicações, manifestações e eventos cujo tema é a corrupção. Debate-se sobre suas causas, analisa-se a conjuntura, propõem-se soluções, buscam-se caminhos, nas mais diversas áreas, sob os mais diferentes enfoques. Em comum, a ideia de que a corrupção constitui fenômeno da maior relevância e precisa ser enfrentado. É preciso preveni-la e é preciso combatê-la.

Também em comum, a certeza de que o fenômeno da corrupção não se circunscreve aos limites territoriais de um Estado, caracterizando-se, atualmente, por sua inegável transnacionalidade.

A corrupção, de fato, ultrapassa os limites das fronteiras dos países, está ligada à prática de crimes transnacionais, como o tráfico de entorpecentes e o tráfico de pessoas (tráfico para fins de trabalho escravo, tráfico de órgãos e tráfico de mulheres), aproveita-se dos mais modernos e avançados recursos tecnológicos em matéria de comunicação, com ampla utilização da informática e desemboca, quase que necessariamente, em lavagem de ativos realizada, muitas vezes, no exterior, em países considerados paraísos fiscais.

Em suma, a corrupção está globalizada. O reconhecimento da ocorrência dessa globalização e da conseqüente necessidade de atuação também globalizada, em sua prevenção, detecção e repressão, vem se revelando na mobilização dos Estados no sentido de procurarem instrumentos de atuação conjunta e integrada, entre os quais se encontram as convenções internacionais contra a corrupção.

A prevenção e o combate à corrupção remetem, em um primeiro momento, à defesa do patrimônio e da moralidade públicas, e seria natural que partisse dos Estados e instituições públicas a iniciativa de atuação internacional coordenada nessa área. Porém, os primeiros movimentos no âmbito internacional no sentido do combate à corrupção não se deram, na verdade, para fins de proteção do patrimônio público, mas sim do patrimônio privado, em prol dos interesses de empresas atuantes no comércio internacional, como demonstram os estudos, na década de 1970, da Securities and Exchange Commission, dos Estados Unidos da América, relativos a subornos pagos a funcionários públicos estrangeiros por empresas norte-americanas para obtenção de vantagem competitiva sobre as empresas rivais.¹ A preocupação inicial era com práticas de concorrência desleal no comércio exterior. A cor-

* Subprocuradora-Geral da República. Mestre em Direito. Membro da 7ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Membro do Grupo Executivo da Secretaria de Cooperação Internacional do MPF.

1. RAMOS, 2002, p. 7.

rupção de funcionários estrangeiros permitia a outorga de vantagens a algumas empresas americanas, o que foi entendido como concorrência desleal, cujo combate deveria ser feito por meio do enfrentamento à própria corrupção desses funcionários estrangeiros.

Dentro desse contexto é que a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) elaborou e fez aprovar, em 17 de dezembro de 1997, a Convenção sobre Corrupção de Funcionários Públicos em Transações Comerciais Internacionais.

Apesar de o movimento internacional no sentido de combater a corrupção ter se iniciado a partir da preocupação do empresariado, o fato é que, já na década de 1990, os Estados reconheciam a necessidade de estabelecerem mecanismos que os subsidiassem na luta contra a corrupção, a ponto de se poder afirmar que “Os anos 90 foram, definitivamente, a década da transformação da corrupção em um dos tópicos mais importantes das relações internacionais”,² o que resultou na elaboração de importantes documentos, como a Convenção Interamericana contra a Corrupção, adotada pelos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 29 de março de 1996, e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) em 31 de outubro de 2003.

Essas são as três convenções anticorrupção já assinadas e ratificadas pelo Brasil e que se encontram em pleno vigor, após sua aprovação pelo Congresso Nacional.

O conteúdo e a própria existência dessas convenções, que já fazem parte do ordenamento jurídico brasileiro e têm o mesmo status de lei, ainda são muito pouco divulgados e, por consequência, pouco proveito se tem tirado desses importantes instrumentos, que devem, sem dúvida alguma, ser extensamente explorados na atuação preventiva e repressiva à corrupção.

As anotações que se seguem pretendem, assim, trazer um panorama geral dessas convenções e de seu impacto inicial no Brasil.

A *Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais*, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997, e elaborada sob os auspícios da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo no 125, de 14 de junho de 2000, e promulgada pelo Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000, sendo, como já exposto, fruto da constatação de que a corrupção é um fenômeno difundido nas Transações Comerciais Internacionais, incluindo o comércio e o investimento, que desperta sérias preocupações morais e políticas, abala a boa governança e o desenvolvimento econômico, e distorce as condições internacionais de competitividade.

O antecedente dessa Convenção foi a lei americana conhecida como FCPA (Foreign Corrupt Practices Act), editada em 1977, na esteira dos escândalos de corrupção da década de 1970, nos Estados Unidos da América, que revelaram ser comuns pagamentos ilícitos de grandes multinacionais americanas para funcionários públicos e políticos estrangeiros, com o objetivo de terem facilitados ou mesmo permitidos seus negócios em outros paí-

2. SPECK, 2002.

ses. Tendo sido formalmente proibido o pagamento de suborno a funcionários públicos estrangeiros, passaram algumas empresas a reclamar da natureza unilateral da FCPA, que as deixava em desvantagem competitiva em relação às empresas internacionais sediadas em outros países e que continuavam a praticar suborno.³ Intensificaram-se, assim, os esforços, principalmente dos Estados Unidos, no sentido de que a comunidade internacional uniformizasse o tratamento à corrupção de funcionários públicos estrangeiros, o que redundou na Convenção Anticorrupção da OCDE.

Por isso, a primeira e principal preocupação foi a de obter o compromisso dos Estados de procederem à imediata criminalização dos atos de corrupção de funcionários estrangeiros ligados a transações comerciais internacionais. De fato, já em seu art. 1, a Convenção estabelece a obrigação do Estado Parte de tipificar o delito de corrupção de funcionário público estrangeiro, fixando, inclusive, a responsabilidade das pessoas jurídicas pela corrupção de funcionário público estrangeiro, as sanções respectivas e dispositivos relativos a jurisdição, execução, prescrição, lavagem de dinheiro, contabilidade, assistência jurídica recíproca, monitoramento e acompanhamento.

É de se consignar que as práticas de corrupção de funcionários estrangeiros eram – e ainda são, lamentavelmente – toleradas em muitos países, onde não só o pagamento de propinas, o oferecimento de presentes e a negociação de vantagens com funcionários públicos são social e moralmente aceitos, como também, eventualmente, admitidos como despesas contábeis para fins de apuração de impostos a pagar.

Apesar de não ser membro da OCDE, o Brasil apressou-se em aprovar e ratificar a Convenção e, em atendimento às suas disposições, foi editada a Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002, para introduzir, no Código Penal, o Capítulo II-A, no Título XI, denominado “dos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira”, contendo os arts. 337-B, 337-C e 337-D, que tipificam os crimes de corrupção ativa em transação comercial internacional e de tráfico de influência em transação comercial internacional e definem funcionário público estrangeiro.

A Convenção contém, ainda, disposições sobre o regime de prescrição (art. 6), que “deverá permitir um período de tempo adequado para a investigação e abertura de processo sobre o delito”, lavagem de dinheiro (art. 7), contabilidade (art. 8), assistência jurídica recíproca (art. 9, do qual se destaca o item 3, segundo o qual “[u]ma Parte não deverá se recusar a prestar assistência mútua jurídica em matérias criminais do âmbito da presente Convenção sob a alegação de sigilo bancário”), extradição (art. 10), autoridades responsáveis (art. 11) e monitoramento e acompanhamento (art. 12).

O monitoramento e o acompanhamento do cumprimento da Convenção vêm sendo, efetivamente, realizados por meio de um mecanismo previamente estabelecido e que garante a busca, pelos países signatários, da realização dos objetivos do acordo. Todos os países são submetidos a uma avaliação periódica, feita pela própria OCDE, em conjunto com dois outros Estados Partes, sendo que uma avaliação negativa pode redundar em sanções econômicas.

3. ELLIOTT, 2002, p. 290.

Numa primeira fase, os países signatários foram avaliados sob o aspecto de sua adequação normativa aos termos da Convenção. Exatamente tendo em vista essa fase da avaliação é que foi editada a Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002, acima mencionada, que introduziu, no Código Penal, os novos tipos penais dos arts. 337-B, 337-C e 337-D. Essa adequação legislativa permitiu ao Brasil receber avaliação satisfatória.⁴

Na segunda fase da avaliação, são analisados os avanços concretos e efetivos promovidos nos países signatários, desde a avaliação anterior, principalmente em face das recomendações recebidas. Já tendo se submetido a essa segunda fase, o Brasil recebeu diversas recomendações, estampadas no Relatório Final de Avaliação, voltadas ao aperfeiçoamento de todo o sistema – preventivo e repressivo – ora em vigor,⁵ valendo destacar aquela que incentiva a introdução, na legislação brasileira, da responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática do crime de corrupção de funcionário público estrangeiro.

Os efeitos da assinatura dessa Convenção, pelo Brasil, começam a se fazer sentir, já havendo investigações em andamento sobre a prática do crime previsto no art. 337-B. Trata-se de investigações complexas, que demandam, necessariamente, cooperação internacional, na medida em que há sempre o envolvimento de empresas e empresários nacionais e funcionários estrangeiros.

Considerando que o interesse na investigação e na responsabilização dos criminosos é, sempre, dos dois (ou mais) países envolvidos, é certo que se trata de terreno bastante propício para o acionamento e desenvolvimento dos mecanismos de cooperação internacional, que podem vir a ser utilizados, também, em outros tipos de investigação.

É de se frisar que o cumprimento dos termos da Convenção da OCDE é, sem dúvida, de fundamental importância no combate à corrupção transnacional, não sendo ela, porém, a base para a responsabilização dos agentes públicos brasileiros que venham, eventualmente, a ser corrompidos em transações internacionais.

É que tais agentes sempre puderam ser e devem ser responsabilizados, nos termos da legislação brasileira, que define, entre outros, os crimes de corrupção passiva, concussão, prevaricação, tráfico de influência, abuso de autoridade, os crimes de responsabilidade, os atos de improbidade administrativa e os ilícitos administrativos, independentemente de quem seja o corruptor – pessoa física ou jurídica, nacional ou estrangeira. A possibilidade de responsabilização, nessas condições, já existia muito antes da ratificação, pelo Brasil, da Convenção da OCDE.

As disposições da Convenção da OCDE inovam, isto sim, no que diz respeito à responsabilização dos particulares, corruptores de funcionários públicos estrangeiros, já que se trata de hipótese de responsabilização que, anteriormente às modificações introduzidas no Código Penal antes referidas, não existiam.

No que tange à responsabilização dos agentes públicos pela prática de atos de corrupção

4. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/ocde/convencao/mecanismosavaliacao/index.asp>>.

5. O relatório está disponível em: <www.oecd.org/corruption> e, em português, em <www.cgu.gov.br/ocde/publicacoes/arquivos/avaliacao2_portugues.pdf>.

interessam, mais de perto, as convenções assinadas sob os auspícios da OEA (Convenção de Caracas) e da ONU (Convenção de Mérida), a seguir mencionadas.

A *Convenção Interamericana contra a Corrupção*, adotada em Caracas, em 29 de março de 1996, foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002. Entrou em vigor, no Brasil, nos termos de seu art. XXV, em 24 de agosto de 2002, tendo sido, finalmente, promulgada pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002.

Apesar de ter entrado em vigor, no Brasil, depois da Convenção da OCDE, supramencionada, a Convenção da OEA foi, na verdade, o primeiro instrumento jurídico internacional dedicado, especificamente, ao combate à corrupção, como resultado do reconhecimento da transcendência internacional da corrupção e da necessidade de se dispor de instrumento que promova e facilite a cooperação entre os países para combatê-la.

O art. II esclarece quais são os seus propósitos, deixando delineado, desde logo, o espectro de sua abrangência: promover e fortalecer o desenvolvimento dos mecanismos necessários para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção, em cada um dos Estados Partes, e promover, facilitar e regular a cooperação entre eles a fim de assegurar a eficácia das medidas e ações adotadas para prevenir, detectar, punir e erradicar a corrupção no exercício das funções públicas, bem como os atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício.

Tendo esses propósitos à frente, a Convenção estabelece uma série de medidas preventivas, cuja criação ou aperfeiçoamento os Estados Partes devem considerar, a fim de atingirem os propósitos declarados, valendo ser transcrito o art. III, pela importância das medidas nele arroladas:

Para os fins estabelecidos no artigo II desta Convenção, os Estados Partes convêm em considerar a aplicabilidade de medidas, em seus próprios sistemas institucionais destinadas a criar, manter e fortalecer:

1. Normas de conduta para o desempenho correto, honrado e adequado das funções públicas. Estas normas deverão ter por finalidade prevenir conflitos de interesses, assegurar a guarda e uso adequado dos recursos confiados aos funcionários públicos no desempenho de suas funções e estabelecer medidas e sistemas para exigir dos funcionários públicos que informem as autoridades competentes dos atos de corrupção nas funções públicas de que tenham conhecimento. Tais medidas ajudarão a preservar a confiança na integridade dos funcionários públicos e na gestão pública.
2. Mecanismos para tornar efetivo o cumprimento dessas normas de conduta.
3. Instruções ao pessoal dos órgãos públicos a fim de garantir o adequado entendimento de suas responsabilidades e das normas éticas que regem as suas atividades.
4. Sistemas para a declaração das receitas, ativos e passivos por parte das pessoas que desempenhem funções públicas em determinados cargos estabelecidos em lei e, quando for o caso, para a divulgação dessas declarações.

5. Sistemas de recrutamento de funcionários públicos e de aquisição de bens e serviços por parte do Estado de forma a assegurar sua transparência, equidade e eficiência.
6. Sistemas para arrecadação e controle da renda do Estado que impeçam a prática da corrupção.
7. Leis que vedem tratamento tributário favorável a qualquer pessoa física ou jurídica em relação a despesas efetuadas com violação dos dispositivos legais dos Estados Partes contra a corrupção.
8. Sistemas para proteger funcionários públicos e cidadãos particulares que denunciarem de boa-fé atos de corrupção, inclusive a proteção de sua identidade, sem prejuízo da Constituição do Estado e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico interno.
9. Órgãos de controle superior, a fim de desenvolver mecanismos modernos para prevenir, detectar, punir e erradicar as práticas corruptas.
10. Medidas que impeçam o suborno de funcionários públicos nacionais e estrangeiros, tais como mecanismos para garantir que as sociedades mercantis e outros tipos de associações mantenham registros que, com razoável nível de detalhe, reflitam com exatidão a aquisição e alienação de ativos e mantenham controles contábeis internos que permitam aos funcionários da empresa detectarem a ocorrência de atos de corrupção.
11. Mecanismos para estimular a participação da sociedade civil e de organizações não-governamentais nos esforços para prevenir a corrupção.
12. O estudo de novas medidas de prevenção, que levem em conta a relação entre uma remuneração equitativa e a probidade no serviço público.

Vale observar que, apesar de, à primeira vista, muitas dessas medidas estarem implementadas, no Brasil, ao menos no plano legislativo, não se pode ainda afirmar que estejam surtindo os resultados almejados pela Convenção. O art. III, supratranscrito, tem o grande mérito de sistematizá-las, reunindo regras que se encontram esparsas e que, isoladamente, perdem um pouco de sua força e de sua eficácia, na medida em que não se compreende muito bem a sua finalidade, restando comprometido o próprio rigor na fiscalização de seu cumprimento.

A Convenção atua, nesse sentido, como um catalisador dessas normas que se encontram esparsas pelo Direito Constitucional, Administrativo, Tributário, Penal e Civil, possibilitando sua inserção em um único sistema – o de combate à corrupção.

A Convenção descreve, também, os atos de corrupção que pretende sejam coibidos (atos de corrupção, suborno transnacional e enriquecimento ilícito), fixando a obrigação de os Estados adotarem as medidas legislativas necessárias para que possam ser devidamente objeto de punição. Sob esse aspecto, é possível afirmar que a legislação brasileira

é bastante completa, sendo certo que o único ato mencionado na Convenção e que ainda não é tipificado como crime é o consistente no enriquecimento ilícito, que, porém, é definido como ato de improbidade, pela Lei nº 8.429/1992, estando prevista, portanto, a devida punição pela sua prática, como quer a Convenção.

A assistência e a cooperação entre os Estados Partes são objeto de grande parte das disposições. Assim é que o art. XIV deixa expresso que os Estados Partes prestarão a mais ampla assistência recíproca, em conformidade com suas leis e com os tratados aplicáveis, com vistas à obtenção de provas e à realização de outros atos necessários para facilitar os processos. Estabeleceu-se, ainda, que deverá haver cooperação técnica recíproca sobre as formas e métodos mais efetivos para prevenir, detectar, investigar e punir os atos de corrupção, facilitando, para tanto, o intercâmbio de experiências por meio de acordos e reuniões entre os órgãos e instituições competentes e dispensando atenção especial às formas e métodos de participação civil na luta contra a corrupção.

Há, ainda, os dispositivos que preveem a mútua e mais ampla assistência possível para identificar, localizar, bloquear, apreender e confiscar bens obtidos ou provenientes da prática dos delitos tipificados de acordo com a Convenção, ou os bens usados para essa prática, ou o respectivo produto (art. XV) e a impossibilidade de negar a assistência solicitada por um Estado Parte sob alegação de sigilo bancário (art. XVI, 1).

A implementação da Convenção pelos Estados signatários vem sendo acompanhada de perto por meio do Mecanic (Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção) estabelecido no chamado “Documento de Buenos Aires” e que consiste, basicamente, na avaliação periódica dos países signatários, por outros dois países, relativamente a alguns dispositivos, em cada rodada de avaliação.

A implementação da Convenção, no que se refere aos itens escolhidos, foi feita, na primeira rodada, com base nos seguintes critérios: **1)** progresso alcançado na implementação da Convenção; **2)** existência e disposições de uma estrutura jurídica e/ou de outras medidas; **3)** adequação da estrutura jurídica e/ou de outras medidas; e **4)** resultados da estrutura jurídica e/ou de outras medidas.

O Brasil já foi submetido à avaliação nessa primeira rodada, estando o Relatório respectivo disponível em: <www.oas.org/juridico/spanish/mec_ron1_inf.htm>. Verifica-se que o Brasil recebeu diversas recomendações, cujo cumprimento será objeto de avaliação nas próximas rodadas de análise.

É interessante notar a grande ênfase que foi dada, naquelas recomendações, às medidas de caráter eminentemente preventivo. De fato, além de incentivar o Brasil a continuar a *fortalecer os órgãos de controle superior* – como o Ministério Público, a Polícia Judiciária, os Tribunais de Contas, a Comissão de Ética Pública e as Controladorias e Corregedorias – objetivando assegurar que tal controle seja efetivo, dar-lhes maior apoio, bem como recursos necessários para desempenho de suas funções, e fortalecer os mecanismos que permitam coordenação institucional de suas atividades, e sua constante avaliação e supervisão, as recomendações fazem referência à necessidade de sistematizar as disposições que garantem *acesso à informação pública*, de estimular a *consulta dos setores interessados em relação ao desenho de políticas públicas* e a *elaboração de projetos de lei, decretos ou*

resoluções nos diferentes órgãos do Estado, de fortalecer e estimular a *participação da sociedade civil e de organizações não governamentais na gestão pública*, especialmente nos esforços para prevenir a corrupção, criando condições para tanto e divulgando os mecanismos existentes, e de continuar a ampliar a *divulgação de informação oficial por intermédio de diversos meios eletrônicos*.

A busca do atendimento das recomendações dirigidas ao Brasil, como se vê, pode em muito contribuir para o aperfeiçoamento dos mecanismos de prevenção e combate à corrupção, sendo, pois, de grande relevância que se divulguem e conheçam as convenções e seu funcionamento, para que não se tornem letra morta, consolidando-se, ao contrário, como instrumentos fortes e efetivos na prevenção e no combate à corrupção no Brasil.

A terceira convenção a ser mencionada é a *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção*, adotada em Mérida (México), em 15 de dezembro de 2003, e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro do mesmo ano. O Congresso Nacional aprovou seu texto por meio do Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005, e foi ela promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, passando a vigorar no Brasil com força de lei.

Muito mais extensa e detalhada do que a Convenção Interamericana, a Convenção de Mérida tem como finalidade – como de resto, também as demais convenções, antes mencionadas – promover e fortalecer as medidas para prevenir e combater mais eficaz e eficientemente a corrupção, mediante a facilitação e apoio à cooperação internacional e à assistência técnica entre os Estados, inclusive para fins de recuperação de ativos.

Após estabelecer as definições necessárias à sua aplicação, relativas a “funcionário público”, “funcionário público estrangeiro”, “funcionário de uma organização internacional pública”, “bens”, “produto de delito”, “embargo preventivo” ou “apreensão”, “confisco”, “delito determinante” e “entrega vigiada”, a Convenção traz, no Capítulo II, dispositivos que versam sobre as medidas preventivas que se espera sejam adotadas pelo países signatários, dispendo sobre políticas e práticas de prevenção da corrupção (art. 5), órgão ou órgãos de prevenção à corrupção (art. 6), setor público, códigos de conduta e forma de contratação do funcionalismo público (arts. 7, 8 e 9), informação pública (art. 10), medidas relativas ao Poder Judiciário e ao Ministério Público (art. 11), normas aplicáveis ao setor privado (art. 12), participação da sociedade (art. 13) e medidas para prevenir a lavagem de dinheiro (art. 14).

O Capítulo III trata de incriminação e aplicação da lei, arrolando as condutas que pretende sejam criminalizadas. Insta os Estados a promover responsabilidade das pessoas jurídicas e dispõe sobre prescrição (art. 29), processo, sentença e sanções (art. 30), embargo preventivo, apreensão e confisco (art. 31), proteção a testemunhas, peritos e vítimas (art. 32), proteção a denunciantes (art. 33), sigilo bancário (art. 40), antecedentes penais (art. 41) e jurisdição (art. 42).

Contém, também, disposições sobre a possibilidade de se estabelecerem outras consequências não penais dos atos de corrupção (art. 34), como a indenização por danos e prejuízos (art. 35).

Estabelece a Convenção a necessidade de serem designadas autoridades especializadas no combate à corrupção (art. 36) e incentiva a obtenção de cooperação, para fins

de responsabilização pela prática de atos de corrupção, não só entre os órgãos públicos, mas também entre estes e o setor privado (arts. 37 a 39).

A Convenção dedica, ainda, todo um capítulo à Cooperação Internacional – o Capítulo IV –, trazendo, nos arts. 43 a 50, disposições sobre extradição (art. 44), traslado de pessoas condenadas a cumprir pena (art. 45), assistência judicial recíproca (art. 46), transferência de ações penais (art. 47), cooperação em matéria de cumprimento da lei (art. 48); investigações conjuntas (art. 49) e técnicas especiais de investigação (art. 50).

O Capítulo V é dedicado à recuperação de ativos (art. 51 a 59), estabelecendo normas sobre prevenção e detecção de transferências de produto de delito (art. 52), medidas para recuperação direta de bens (art. 53), mecanismos de recuperação de bens mediante a cooperação internacional para fins de confisco (arts. 54 e 55), restituição e disposição de ativos (art. 57), incentivando a criação de um departamento de inteligência financeira (art. 58) e a celebração de acordos e tratados bilaterais e multilaterais (art. 59). Ainda ligado ao tema da cooperação internacional, o Capítulo VI traz normas sobre assistência técnica e intercâmbio de informações (arts. 60 a 62).

Finalmente, o capítulo VII trata dos mecanismos de aplicação, estabelecendo, desde logo, no art. 63, uma Conferência dos Estados Partes a fim de melhorar a capacidade destes e a cooperação entre eles para alcançar os objetivos enunciados na Convenção e promover e examinar sua aplicação.

O nível de detalhamento das disposições da Convenção das Nações Unidas pode ser, eventualmente, explicado pelo fato de ela abranger uma gama muito maior de Estados caracterizados por diferenças marcantes tanto no que se refere à sua localização geográfica, língua, tradições e costumes, quanto também no nível de desenvolvimento econômico e social, de solidez das instituições, de regime político e de institutos jurídicos. Sendo essa Convenção dirigida, ao menos em tese, aos Estados de todos os continentes, das mais tradicionais democracias aos mais rigorosos regimes autoritários, dos mais desenvolvidos economicamente aos ainda mergulhados numa cruel escassez de recursos financeiros, deve conter disposições que a todos sejam aplicáveis, tomando como parâmetro exatamente aqueles Estados em que o respaldo e o incentivo da comunidade internacional sejam mais necessários no que diz respeito ao combate à corrupção.

Daí por que são presumíveis, também, as dificuldades em sua implementação e acompanhamento.

Na primeira sessão da Conferência dos Estados Partes, realizada em dezembro de 2006, foram criados três grupos de trabalho: um, dedicado ao estabelecimento do “Mecanismo de Avaliação da Implementação da Convenção”; outro dedicado à “Recuperação de Ativos”; e, finalmente, um dedicado à Assistência Técnica.

Alguns resultados foram apresentados na segunda sessão da Conferência dos Estados Partes, realizada no início de 2008, não tendo sido, ainda, porém, estabelecido um mecanismo de acompanhamento nos moldes daqueles já em funcionamento em relação às convenções da OCDE e da OEA, suprarreferidos.⁶

6. Disponível em: <<http://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/index.html>>.

Como acontece em relação às outras convenções, o Brasil dispõe de um arcabouço institucional e legislativo já bastante desenvolvido, apto a demonstrar sua adequação, em grande parte, aos termos da Convenção. Impõe-se, entretanto, que sejam aproveitadas as disposições convencionais como mote para o aperfeiçoamento de todo o sistema.

Feita essa breve exposição sobre o conteúdo e o impacto geral e inicial, no Brasil, dessas três convenções, cabe mencionar que as convenções em geral e as ora enfocadas, voltadas à prevenção, detecção e combate da corrupção, têm caráter eminentemente programático, não se preocupando em estabelecer regras que devam desde logo ser cumpridas pelos Estados Partes (o que, de resto, não está no escopo desse tipo de instrumento), mas, antes, em fixar a obrigação de os Estados estabelecerem tais regras. São muito comuns, realmente, expressões como “os Estados Partes convêm em considerar a aplicabilidade de medidas destinadas a criar, manter e fortalecer normas...”, “os Estados adotarão medidas para” ou “cada Estado Parte considerará a possibilidade de adotar medidas legislativas e de outras índoles que sejam necessárias para ...”. Tudo, evidentemente, porque é pressuposto das próprias convenções a soberania dos Estados Partes, o que impõe a necessidade de serem observados os ordenamentos jurídicos internos de cada um. Nesse sentido, dispõe, expressamente, o art. 4º da CNUCC que¹. Os Estados Partes cumprirão suas obrigações de acordo com a presente convenção em consonância com os princípios de igualdade soberana e integridade territorial dos Estados, assim como de não intervenção nos assuntos internos de outros Estados.

2. Nada do disposto na presente convenção delegará poderes a um Estado Parte para exercer, no território de outro Estado, jurisdição ou funções que a legislação interna desse Estado reserve exclusivamente a suas autoridades.

Não obstante a maior parte das disposições das convenções em tela seja programática, há algumas que são desde logo aplicáveis, valendo lembrar que, no Brasil, os tratados e convenções internacionais, após sua promulgação, têm status de lei, exceto aqueles relativos aos direitos humanos que, por força das modificações trazidas pela EC nº 45/2004, têm status de Emenda Constitucional (art. 5º, § 3º, da CF). Apesar de toda a imbricação com os direitos humanos, o fato é que as convenções contra a corrupção não tratam propriamente de direitos humanos, de tal forma que não parece ser possível dar-lhes status de emenda constitucional.

Assim é que, para atingir os objetivos almejados pelas convenções em foco – a prevenção, a detecção e o combate à corrupção –, o primeiro passo é o estabelecimento e o aperfeiçoamento de legislação compatível, que deve ser aplicada não só pelo próprio Estado, por meio das estruturas e órgãos de que dispõe, mas também com a participação ativa da sociedade. A eficaz aplicação da legislação depende, também, de intensa cooperação internacional, à qual são dedicados diversos artigos das convenções mencionadas.

Análise da legislação existente e elaboração da ainda inexistente; fortalecimento das instituições e órgãos públicos envolvidos na prevenção, detecção e no combate à corrupção; incentivo e criação de mecanismos de participação da sociedade; aperfeiçoamento da cooperação internacional: eis os grandes eixos sobre os quais giram as convenções anticorrupção.

Como já dito, no que diz respeito à adaptação da legislação, é certo que pouco precisa

ser feito, no Brasil, que já tipifica, como crime, a maior parte das condutas a que as convenções se referem como sendo corruptas, contando, ainda, com farta legislação relativa aos órgãos envolvidos na prevenção e combate à corrupção e aos instrumentos respectivos.

Vale, aliás, destacar a importância da legislação extrapenal vigente no Brasil – mormente aquela que veicula a responsabilização pela prática de atos de improbidade (Lei nº 8.429/1992) –, no cumprimento das disposições das convenções internacionais de combate à corrupção. A responsabilização pela prática de ato de improbidade, nos moldes em que foi promovida no Brasil, reveste-se de grande originalidade, constituindo rica experiência a ser divulgada nos demais países, no âmbito das atividades que vêm sendo desenvolvidas no sentido da implementação dos compromissos internacionais.

É fundamental que prossigam os esforços para adequar a lei brasileira aos termos da legislação internacional tanto quanto é indispensável atuar de maneira intransigente no sentido de dar a essa lei cumprimento integral e efetivo.

É de suma importância, ainda, que se atente para as disposições que demandam fortalecimento das instituições que, de alguma maneira, estejam envolvidas no combate à corrupção.

Merecem destaque, igualmente, as disposições que reconhecem, na sociedade civil, o grande aliado do poder público na luta contra a corrupção, determinando, conseqüentemente, a criação e o aperfeiçoamento de mecanismos que facilitem essa participação da sociedade civil, já mencionados.

Por fim, não menos importantes são os dispositivos relacionados à cooperação internacional. Já se disse e repete-se, agora, que a corrupção se caracteriza, cada vez mais, como fenômeno transnacional, que não observa fronteiras e limites territoriais, exigindo dos Estados todos os esforços no sentido de agirem coordenada e conjuntamente, tanto no âmbito de sua repressão como também na esfera preventiva.

Sobre cada um desses aspectos, seria possível discorrer longamente. Não é este, porém, o escopo deste texto, por meio do qual se busca, apenas, divulgar um pouco mais esses importantes instrumentos, para que possam ser explorados na batalha contra a corrupção.⁷

Conhecer, discutir e divulgar as convenções internacionais anticorrupção erigem-se, assim, em tarefas da maior relevância para todos aqueles que compreendem que a corrupção retarda o desenvolvimento econômico, distorce o processo político-eleitoral, agride o Estado de Direito, fragiliza, enfim, a sociedade, e que, portanto, seu intenso e vigoroso combate é absolutamente indispensável para a sobrevivência saudável do Estado e das instituições democráticas.

7. Análise pouco mais detalhada sobre cada um desses eixos foi feita em GARCIA, 2007, Capítulo 12.

REFERÊNCIAS

ELLIOTT, Kimberly Ann. A corrupção como um problema de legislação internacional: recapitulação e recomendações. In: _____. *A corrupção e a economia global*. Tradução Marsel Nascimento Gonçalves de Souza. Brasília: Universidade de Brasília, 2002.

GARCIA, Mônica Nicida. *Responsabilidade do agente público*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. O combate internacional à corrupção e a Lei de Improbidade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite et al. (Org.). *Improbidade Administrativa: comemoração pelos 10 anos da Lei 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SPECK, Bruno Wilhelm. O controle da corrupção como desafio internacional. In: _____. (Org.). *Caminhos da transparência*. Campinas: Unicamp, 2002.

“Sequestro” internacional de crianças: a cooperação jurídica internacional e questões pré-processuais

Guilherme Calmon Nogueira da Gama*

Palavras-chave: “Sequestro” internacional. Crianças. Procedimentos extrajudiciais. Convenção da Haia de 1980.

INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil vem avançando no cenário internacional quanto à sua condição de Estado soberano que, reconhecidamente, cumpre e honra seus compromissos assumidos em tratados e convenções internacionais, daí a importância de iniciativas positivas, tais como a da Procuradoria-Geral da República, de instituir e desenvolver um segmento na sua estrutura organizacional voltado à cooperação jurídica internacional. Com base na Portaria PGR/MPF nº 650, foi renomeado o Departamento como Secretaria de Cooperação Internacional vinculada ao Gabinete do Procurador-Geral da República, que tantas atribuições desempenha em prol do encaminhamento das questões afetas à atuação do Ministério Público Federal em matéria de cooperação jurídica internacional.

O Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2013, instituiu um Grupo de Trabalho para cuidar do tema da cooperação jurídica internacional e a atuação do Poder Judiciário e, com base nas atividades desenvolvidas pelos seus integrantes, concluiu pela indispensabilidade de se instituir, em caráter permanente, órgão análogo à Secretaria de Cooperação Internacional da PGR no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, em especial para identificar, construir e desenvolver políticas públicas voltadas à cooperação jurídica e judiciária internacional que insiram a atuação do sistema de justiça.

Neste trabalho, optou-se por tratar do tema da cooperação jurídica internacional e de algumas questões extraprocessuais, mas que obviamente sempre poderão ser levadas ao conhecimento do Ministério Público e do Poder Judiciário. Trata-se dos procedimentos administrativos instaurados e de possíveis medidas adotáveis na questão relacionada à aplicação da Convenção sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças (de 1980), que foi internalizada no Brasil na primeira década deste século.

1. Procedimentos administrativos: localização da criança, tentativa de conciliação

A Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980 adotou o sistema misto, no qual as Autoridades Centrais exercem o papel de organizar e implementar a cooperação entre os Estados Partes, e tal atuação deve ser exercida em

* Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça. Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Professor Associado de Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professor Permanente de Acesso à Justiça do PPGD da Universidade Estácio de Sá.

harmonia com as atribuições de outras autoridades administrativas e judiciais de acordo com a divisão estabelecida em lei interna de cada país.

O art. 7º da Convenção da Haia consagrou cláusula geral de cooperação entre as Autoridades Centrais dos Estados Partes envolvidos para o fim de serem adotadas todas as medidas e providências necessárias, de modo a dar concretude aos objetivos da Convenção. E, em seguida, o referido art. 7º estabelece uma série de atribuições – em elenco exemplificativo – da Autoridade Central, direta ou indiretamente, entre as quais a localização da criança, as medidas tendentes à entrega voluntária da criança, a facilitação da solução amigável, a troca de informações sobre a situação social da criança, a legislação do Estado aplicável às questões de guarda e visitação, a obtenção de meios de assistência judiciária e jurídica.

Entre os deveres da Autoridade Central, destaca-se a busca da obtenção da solução amigável para o retorno da criança (art. 7º, “c”), que deve ocorrer já no período anterior à instauração do contencioso administrativo ou judicial. O retorno voluntário da criança ao Estado de sua residência habitual acarreta o mínimo dano a ela, evita o desgaste de uma disputa judicial, gera maior chance de solução adequada do caso (inclusive com possível definição do direito de visita pelo juiz natural), reduz os custos de representação profissional, entre outras tantas vantagens.

A mediação, tal como prevista no Guia de Boas Práticas da Convenção de 1980, representa o emprego de procedimento voluntário e estruturado por meio do qual o mediador facilita a comunicação entre as partes litigantes, permitindo-lhes que assumam suas responsabilidades para encontrar uma solução amigável a respeito do conflito com menor repercussão negativa para a criança.

Cabe à Autoridade Central, uma vez solicitada a cooperação jurídica internacional pela Autoridade Central de outro país ou pelo interessado particular, iniciar as medidas para instaurar os procedimentos necessários para que se dê cumprimento às normas convencionais, entre as quais a que prevê o retorno da criança ao Estado da sua residência habitual.

A Autoridade Central deve manter contato com outros órgãos e instituições do seu próprio Estado – aí incluído o Ministério Público Federal –, além de agências internacionais (tal como a Interpol) para buscar implementar as medidas e providências necessárias, visando ao retorno da criança.

O Relatório da Reunião da Comissão Especial, datado de 1989, recomenda que as Autoridades Centrais ajam de maneira dinâmica e efetiva, buscando facilitar os procedimentos administrativos, conferindo-lhes maior celeridade. Deve haver pessoal qualificado e recursos operacionais adequados, inclusive meios de comunicação mais modernos e efetivos para transmissão ágil dos pedidos de retorno.

A atuação da Interpol para localização de crianças não pressupõe a existência de investigação policial ou persecução penal ao genitor que promoveu a transferência ou retenção ilícita da criança, fundamentando-se na existência de controle das pessoas desaparecidas em razão de cadastro gerido pela Agência Internacional.

A judicialização prematura dos litígios relacionados ao tema do sequestro internacional de crianças pode gerar a inviabilização de solução consensual e adequada do conflito. Daí a existência de recomendação de se buscar submeter o caso a profissionais que possam facilitar e estimular a construção de uma solução amigável. A Autoridade Central deve organizar reuniões com as pessoas envolvidas – aí incluído o genitor que agiu ilicitamente –, além de informar sobre o mecanismo de funcionamento da Convenção de 1980. Uma das medidas com maior índice de sucesso é a realização de mediação de maneira a permitir o retorno voluntário da criança, com menor custo econômico e prejuízo emocional a todos, em especial à criança.

Na eventualidade de não ser obtido o retorno voluntário ou outro modo de solução amigável do conflito, a Autoridade Central deverá encaminhar o caso à Advocacia-Geral da União para análise jurídica e, se for o caso, para promover a ação judicial cabível. Mas, ainda assim, a Autoridade Central continuará acompanhando o desenrolar do caso, podendo promover ou auxiliar as providências referentes ao retorno, por exemplo, acompanhando o genitor “abandonado” no contato com a criança no Brasil, providenciando o pagamento das despesas de viagem do genitor que perpetrou o ilícito, bem como de honorários advocatícios no exterior, a obtenção de visto no Estado da residência habitual da criança para o genitor brasileiro, entre outras medidas.

No Brasil, a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República já conseguiu obter solução consensual de vários casos via mediação, sem que houvesse necessidade da atuação da Advocacia-Geral da União quanto ao ajuizamento de demandas em juízo.

De modo a que seja possível a instauração do procedimento administrativo no Brasil, devem ser fornecidas informações e apresentados alguns documentos, tais como referentes à identidade do Requerente, da criança e da pessoa que supostamente a transferiu ou reteve ilicitamente, a data do nascimento da criança (se possível), os motivos possivelmente existentes para basear o pedido de retorno da criança e outras informações disponíveis quanto à localização da criança. Se não forem atendidas tais condições, ou se a Autoridade Central identificar a ausência de fundamento convencional do pedido de retorno, ela poderá não recebê-lo (art. 27 da Convenção de 1980), o que significa sequer determinar a instauração de procedimento, ou se já instaurado, determinar seu arquivamento. E tal decisão administrativa será informada de imediato ao Requerente ou à Autoridade Central do outro Estado Parte que havia remetido o pedido de retorno.

O pedido poderá ser instruído, ainda, com cópia autenticada da decisão ou acordo considerado relevante, atestado ou declaração emitidos pela Autoridade Central ou qualquer outra entidade do Estado da residência habitual da criança sobre a legislação local, e qualquer outro documento considerado relevante. Estas são peças não obrigatórias para a instauração do procedimento e, assim, podem ser fornecidas no curso do procedimento.

Com a instauração do procedimento administrativo na Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (Autoridade Central brasileira), expede-se uma notificação por carta ao genitor que está com a criança no território brasileiro (se já há identificação do seu paradeiro) para o fim de ser informado do pedido apresentado pelo outro genitor diretamente ou via Autoridade Central do Estado Requerente, além de possibilitar uma solução amigável para a questão litigiosa sob a intermediação da Autoridade Central.

2. Encaminhamento do caso para a Advocacia da União

A atuação da União Federal no âmbito judicial nos casos que envolvem a aplicação da Convenção da Haia de 1980 decorre da obrigação que a República Federativa do Brasil assumiu em cumprir os compromissos internacionais relativos ao enfrentamento do sequestro internacional de crianças nos seus efeitos civis.

A Advocacia-Geral da União é o órgão de representação processual da União Federal em juízo e, por isso, defende seus interesses que, no caso da incidência das normas convencionais de 1980, consistem basicamente em dar efetividade à cooperação jurídica internacional entre os Estados Partes da Convenção. A Autoridade Central brasileira – a Secretaria de Direitos Humanos – é órgão integrante da Administração Pública Federal direta e, portanto, não é dotada de personalidade jurídica, daí a razão pela qual o caso é encaminhado à Advocacia-Geral da União.

A Advocacia-Geral da União representa em juízo os interesses da União Federal e, durante a tramitação do processo, deverá permanecer em constante contato com a Autoridade Central brasileira. A Advocacia-Geral da União é estruturada com o Departamento Internacional, sediado em Brasília, que reúne e consolida as orientações jurídicas e teses adotadas nos processos judiciais. O acompanhamento da tramitação dos processos nas Varas da Justiça Federal em todo o território brasileiro é realizado pelas Procuradorias Regionais (que atuam nos Tribunais Regionais Federais), Procuradorias da União (que atuam nas Varas Federais, nas capitais do Estado e no Distrito Federal) e Procuradorias Seccionais (que atuam nas Varas Federais e nas subseções judiciárias do interior dos estados).

Em razão de divisão interna de atribuições, a Advocacia-Geral da União tem “pontos focais”, ou seja, Advogados da União designados pelas respectivas chefias para atuação nos casos que envolvam aplicação das regras de Direito Internacional, em especial as questões judicializadas baseadas na Convenção de 1980.

A efetiva atuação da Advocacia-Geral da União nos processos judiciais se baseia na coordenação entre os “pontos focais” e o Departamento Internacional da AGU que, por sua vez, mantém contato direto com a Autoridade Central brasileira.

Conclusão

No Brasil, ainda são muito recentes as questões relacionadas à efetiva aplicação da Convenção sobre Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, ainda mais quando se trata de aspectos fora de uma relação processual instaurada entre os litigantes. Nesse tema, é vital o investimento e a preocupação com a rapidez, a celeridade na solução do caso e, simultaneamente, o cumprimento do princípio constitucional e convencional do melhor interesse da criança. Daí a necessidade da especialização de profissionais na área, como vem ocorrendo no âmbito da Secretaria de Direitos Humanos, da Advocacia-Geral da União, do Ministério Público Federal e da Justiça Federal, como ocorre no âmbito dos Tribunais Regionais das 1ª, 2ª e 4ª Regiões que especializaram varas federais nas seções judiciárias a eles vinculadas para conhecerem e julgarem as ações fundadas na Convenção de 1980.

Desse modo, cumpre-se integralmente – e com qualidade e agilidade –, os compromissos assumidos pela República Federativa do Brasil no plano internacional, alçando o país ao patamar dos países avançados em matéria de cooperação jurídica internacional.

REFERÊNCIAS

PÉREZ-VERA, Elisa. Explanatory Report on the 1980 Hague Abduction Convention. Hague Conference on Private International Law. *Acts and Documents of the Fourteenth Session (1980)*, t. III. Den Haag: Hague Conference on Private International Law, 1982. Disponível em: <<http://www.hcch.net/upload/expl28.pdf>>.

TIBURCIO, Carmen; CALMON, Guilherme. *Sequestro internacional de crianças: comentários à Convenção da Haia de 1980*. São Paulo: Atlas, 2014.

O Ministério Público Federal e a cobrança de alimentos no plano internacional: atuação como autoridade central na Convenção de Nova York

Nadia de Araujo*

INTRODUÇÃO

Há muito foi comprovado que o modelo de funcionamento conjunto da entidade familiar é o mais adequado para se prover o sustento de seus membros, especialmente as crianças. No entanto, nos dias de hoje, está cada vez mais distante a ideia de que os casais permanecem unidos por toda a vida.

No plano interno de cada Estado, o direito de família é intensamente regulado por leis especiais, sendo a questão do sustento dos filhos em caso de separação, bem como da mulher, se esta for parte hipossuficiente, da maior importância. O estabelecimento e a execução de uma pensão alimentícia, no entanto, demandam sempre dispêndio significativo de energia e recursos da máquina jurisdicional. Afinal, é uma das áreas do Poder Judiciário mais utilizadas pela população.

Inúmeros são os problemas da efetiva prestação dos alimentos aos necessitados, e seu descumprimento é encarado com tal gravidade que muitos países mantêm a possibilidade de prisão civil do devedor de alimentos. A fixação e a cobrança de alimentos revestem-se de dificuldades que desafiam o poder público dos países, dada a premência dos que dela dependem. Nessa área, a prestação jurisdicional deve ser rápida, porque não há como suportar atraso algum sem comprometer a sobrevivência dos alimentandos.

A cobrança de alimentos no plano internacional é também um desafio, para o qual se torna imprescindível atuação conjunta entre os Estados, por meio da cooperação jurídica internacional. Nesse ponto, assumem grande importância os tratados multilaterais e bilaterais.¹ É sintomático que as Nações Unidas tenham se dedicado à elaboração do tratado que hoje é o mais antigo sobre o assunto, no qual pioneiramente surgiu a figura da autoridade central para agilizar os procedimentos de cobrança de alimentos: a Convenção sobre a Prestação de Alimentos no Estrangeiro, celebrada no ano de 1956 em Nova York

* Professora de Direito Internacional Privado, PUC-Rio. Doutora em Direito Internacional, USP. Mestra em Direito Comparado, George Washington University.

1. Para maiores informações acerca da situação atual no plano global, ver o livro recentemente publicado *The recovery of maintenance in the EU and worldwide*, editado por Paul Beaumont et al., 2014. O livro relata o contexto da cobrança de alimentos da perspectiva do direito comparado, e internacional em diversos países e sistemas de integração, em especial do ponto de vista da regulação europeia. A autora contribuiu com o artigo *Recovery of child maintenance in South America and in Mercosur's countries*, p. 65-76.

("Convenção de Nova York").² sua celebração.³ A Procuradoria-Geral da República, então designada Procuradoria-Geral do Distrito Federal, foi nomeada autoridade central, papel que exerce até os dias atuais.

Este trabalho pretende descrever, de forma resumida, o *status* de aplicação da Convenção de Nova York no Brasil e o papel exercido para o seu cumprimento pelo Ministério Público Federal, no ano em que se completam dez anos de atuação da Secretaria de Cooperação Jurídica Internacional, órgão de assessoramento do Procurador-Geral da República.

A Convenção de Nova York e sua aplicação no Brasil

Apesar de ter sido objeto de algumas iniciativas no século XIX e no início do século XX,⁴ o problema da cobrança de alimentos no plano internacional adquiriu contornos mais dramáticos depois da Segunda Guerra Mundial, quando foi discutido sob os auspícios do Unidroit. O projeto foi depois encaminhado à Organização das Nações Unidas (ONU), que convocou uma conferência diplomática em 1956. Dessa conferência resultou a Convenção de Nova York. Aprovada por um grande número de países,⁵ podemos destacar sua importância para a América Latina, onde foi amplamente adotada, inclusive por membros do Mercosul, à exceção de Paraguai, Bolívia e Venezuela.⁶

A Convenção de Nova York foi o primeiro instrumento de cooperação na área de obrigações alimentares. Embora seu sistema não conte com regras relativas ao direito aplicável, que fora objeto de codificação pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado também ao final dos anos 50 do século XX, a Convenção de Nova York é o documento mais popular e goza de aceitação global sem precedentes sobre a matéria.

Sua principal função é cuidar das questões de natureza administrativa da cobrança

2. Quase paralelamente, a Conferência da Haia também realizou duas convenções a respeito da cobrança de alimentos, modificadas nos anos 1970, que, no entanto, não foram adotadas pelo Brasil. A Conferência da Haia foi estabelecida em 1893 e promove ações no sentido de uniformizar a legislação relativa ao Direito Internacional Privado. Desde seu início, já realizou inúmeras conferências e convenções especializadas. A lista de convenções e países participantes está disponível em seu website <www.hcch.net>. Por ocasião de sua 17a Sessão, a Conferência da Haia adotou uma resolução na qual esclarece ser seu objetivo tornar-se centro mundial a serviço da cooperação internacional judiciária e administrativa em matéria de direito privado, notadamente no âmbito da proteção da infância. Veja-se o trabalho realizado pelo secretário geral adjunto: PELICHET, Michel, *Nota sobre o funcionamento das Convenções da Haia relativas às obrigações alimentares e a Convenção de NY sobre o reconhecimento e execução de obrigações alimentares no exterior*, de 1995. Documento disponível em: <www.hcch.net>.

3. A Convenção de Nova York foi internalizada no Brasil por meio do Decreto de Promulgação n.º 56.826/1965.

4. VERWILGHEN, Michael. Les obligations alimentaires en droit conventionnel. In : *Obligations alimentaires en Droit International Privé*. Paris : CNRS, 1987, vol. 2, p. 187-191.

5. De acordo com a lista divulgada no website da ONU, a Convenção de Nova York está atualmente em vigor nos seguintes países: Argélia, Argentina, Austrália, Áustria, Barbados, Bielorrússia, Bélgica, Bósnia e Herzegovina, Brasil, Burkina Faso, Cabo Verde, Camboja, República Centro-Africana, Chile, Colômbia, Croácia, Chipre, República Tcheca, Dinamarca, Equador, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Guatemala, Haiti, Santa Sé, Hungria, Irlanda, Israel, Itália, Cazaquistão, Quirguistão, Libéria, Luxemburgo, México, Mônaco, Montenegro, Marrocos, Holanda, Nova Zelândia, Nigéria, Noruega, Paquistão, Filipinas, Polónia, Portugal, Moldávia, Romênia, Sérvia, Seicheles, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Sri Lanka, Suriname, Suécia, Suíça, Macedônia, Tunísia, Turquia, Ucrânia, Reino Unido, Uruguai, Bolívia, Camboja, Cuba, República Dominicana e El Salvador já assinaram, mas ainda não ratificaram a convenção.

6. Na América Latina, a Convenção se encontra em vigor na Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Haiti, Martinica e Guiana Francesa. Bolívia, Cuba, República Dominicana e El Salvador já assinaram, mas ainda não ratificaram a convenção.

dos alimentos. Criou a figura das autoridades centrais, com o fito de agilizar a cobrança da obrigação alimentar, sem passar por nenhuma outra instância diplomática ou administrativa. Também inovou ao conceder ao credor algumas vantagens, como assistência judiciária gratuita, dispensa de caução, serviços gratuitos para expedição de documentos e facilitação na transferência de fundos.

A dinâmica da Convenção funciona da seguinte forma: a parte pode reclamar alimentos tanto no país de sua residência habitual, e posteriormente tratar do reconhecimento e execução no país estrangeiro, quanto ir ao país em que reside o devedor e entrar com a ação diretamente. Ambas as soluções têm vantagens e desvantagens, pois lidam com as dificuldades inerentes aos processos transnacionais. O objetivo maior da convenção é o de facilitar a obtenção dos alimentos, utilizando-se de todos os meios possíveis. Preocupou-se, inclusive, com as barreiras existentes com relação à transferência de fundos no plano internacional.⁷

O papel do MPF

Com relação ao Brasil, pode-se dizer que a Convenção de Nova Iorque é um tratado de sucesso. Está em vigor há vários anos e a autoridade central designada, a Procuradoria Geral da República, tem cumprido com excelência o seu papel.

Comemoram-se em 2015 os dez anos de criação da Secretaria de Cooperação Jurídica Internacional (SCI), vinculada ao gabinete do Procurador-Geral da República. A SCI foi constituída como uma comissão de apoio, com tarefas específicas, mormente na atuação designada pelo decreto citado.⁸

Há dois tipos de procedimentos que são tratados na convenção e, conseqüentemente, pela autoridade central: os pedidos oriundos do exterior e os originados do Brasil e que precisam ser enviados ao exterior. No caso dos pedidos que vêm de fora, o Ministério Público Federal dá o encaminhamento devido, após seu recebimento, que pode consistir no reconhecimento da decisão estrangeira,⁹ no processamento de cartas rogatórias, ou, se for necessário, no ajuizamento de ação de alimentos no Brasil, através do Procurador da República que atue no local do domicílio do réu. No caso reverso, de posse dos documentos oriundos do Brasil, o Ministério Público Federal entra em contato com a autoridade central correspondente no exterior para que o pedido seja processado.

Segundo a SCI, pedidos de cooperação provenientes do exterior precisam ser enviados ao Brasil respeitando as regras do Estado requerente no que diz respeito aos requisitos locais e ainda obedecer às condições aqui preestabelecidas para seu cumprimento. Isso

7. Art. 10: "As Partes Contratantes cuja lei imponha restrições à transferência de fundos para o estrangeiro concederão a máxima prioridade à transferência de fundos destinados ao pagamento de alimentos ou à cobertura das despesas ocasionadas por qualquer procedimento judicial previsto na presente Convenção."

8. A SCI é integrada por uma comissão de apoio, formada por procuradores regionais da República e procuradores da República que auxiliam o Secretário de Cooperação Jurídica Internacional no exercício de suas funções. Tanto o Secretário da SCI como os membros da comissão de apoio são designados, sem prejuízo de suas atribuições normais, pelo Procurador-Geral da República. Para maiores informações, acesse o website <http://sci.pgr.mpf.mp.br/institucional/apresentacao>.

9. Várias decisões foram homologadas pelo STF ao longo dos anos. *Vide*, entre outras, sentença estrangeira (SE) n.º 4321, SE n.º 3294, SE n.º 3653, SE n.º 4601, SE n.º 3726.

quer dizer que a autoridade remetente deverá conferir quem tem direito aos alimentos e em quais condições. Por outro lado, caberá à autoridade destinatária analisar se os itens necessários ao cumprimento serão aqueles determinados pelo direito brasileiro, como, por exemplo, a necessidade de prévia homologação da decisão estrangeira no Superior Tribunal Justiça para seu cumprimento pelas autoridades judiciárias locais.

Por outro lado, essa não é a única maneira de obter os alimentos. A parte requerente que está no estrangeiro também pode iniciar o processo aqui, país do devedor, quando então a PGR tramita o pedido, exemplo clássico da modalidade de cooperação jurídica internacional conhecido como auxílio direto. Nesse caso, é designado um Procurador da República para iniciar a ação de cobrança de alimentos.

No sentido inverso, quando o pedido é encaminhado do Brasil para o exterior, a SCI relata, resumidamente, a tramitação desses pedidos ativos: “as Procuradorias da República (PR), presentes nos estados membros e em diversos municípios, quando procuradas pela parte interessada, dão início ao processo que dará origem ao pedido de cooperação. Assim, realizam as orientações necessárias para a instrução documental e providenciam sua autuação. Formado o procedimento, este será remetido fisicamente à Procuradoria-Geral da República (PGR) em seus originais. As Procuradorias da República serão comunicadas para providências, caso haja necessidade de complementação dos procedimentos, ou na falta de documento essencial ao seu regular cumprimento. Havendo necessidade de traduções de documentos integrantes dos procedimentos originários das Procuradorias da República, estas serão realizadas por meio de profissionais credenciados pela PGR e só então o pedido de cooperação será remetido ao país de destino.”¹⁰

Os tribunais nacionais já se pronunciaram a respeito da Convenção de Nova Iorque em algumas ocasiões. Há casos na 1ª instância, em que a PGR iniciou as ações de cobrança, bem como pedidos de homologação de sentenças proferidas no exterior perante o Supremo Tribunal Federal e, após a Emenda Constitucional n.º 45/2004, perante o STJ, tribunal agora competente para cuidar da matéria. Para um exemplo de 2014, veja-se a sentença estrangeira contestada (SEC) 11.430, publicada em 19/12/2014, em que a PGR, atuando como autoridade intermediária, promoveu a homologação de decisão sobre regulação de responsabilidade parental proveniente de Portugal, tão somente na parte que dizia respeito aos alimentos. O pedido de homologação foi deferido parcialmente, pois cuidou apenas dos alimentos.¹¹

Uma novidade positiva resultante da alteração de competência do STF para o STJ, em razão da EC n.º 45/2004, foi a inclusão do artigo 4º, § 3º, na Resolução n. 9. O STF sempre entendeu pela impossibilidade de fixar em liminar uma verba alimentar provisória. O tribunal entendia que até o final do processo de homologação a sentença estrangeira não poderia

10. Em 2014, a SCI lançou uma cartilha explicativa sobre a Convenção, para explicar o que é e como funciona, disponível na íntegra no site da PGR: <http://zip.net/bnqKM3> ou <http://sci.pgr.mpf.mp.br/como-fazer-uma-pedido-de-cooperacao/manuais-de-atuacao-1/cartilha-cny/cartilha-convencao-de-nova-iorque-cny>.

11. Veja-se também, apenas a título exemplificativo, as decisões do STJ em 2014, acerca das sentenças estrangeiras contestadas a seguir nomeadas, em que a PGR foi requerente na qualidade de instituição intermediária da Convenção de Nova Iorque, e que foram devidamente homologadas no que tange aos alimentos (acessadas no site www.stj.jus.br, em 23 de janeiro de 2014): SEC 9952; SEC 10.549; SEC 10208; SEC 11.433; SEC 9426; SEC 6172. Há, ainda, pedidos de homologação de decisões estrangeiras de alimentos que foram decididos monocraticamente pela Presidência, sem maior complexidade.

ter nenhum efeito no Brasil. O STJ, em contrapartida, adotou entendimento radicalmente diverso. Com a edição da Resolução n.º 9 (agora Emenda Regimental n.º 18), passou a ser permitida a concessão de tutela de urgência no curso da ação de homologação, o que foi muito salutar para os requerimentos relativos a alimentos, nos quais é comum o pedido de pagamento imediato dos provisórios.

A primeira dessas decisões ocorreu na SEC 746, em que o relator deferiu a tutela de urgência no curso de ação de homologação de sentença estrangeira de divórcio, com determinação de pagamento de pensão alimentícia. Na decisão, destacou o caráter alimentar da dívida, o que caracterizava a existência de risco de dano de difícil reparação. Também em alguns casos a PGR, atuando como entidade intermediária, requereu tutela de urgência para início imediato do pagamento de alimentos provisórios. Destaca-se, entre outras, o pedido da PGR, deferido pelo relator na medida cautelar (MC) 22.988, publicada em 3/9/2014, que entendeu presentes os requisitos para sua concessão, ressaltando que o pedido de homologação tramitava no STJ desde 2009.

Outra questão que foi objeto de bastante discussão dizia respeito à competência interna para julgar os feitos, se na Justiça Federal, por força do tratado, ou na Justiça Estadual, por força da matéria. O STJ decidiu alguns conflitos de competência sobre o tema e concluiu que a Justiça Federal é competente quando há intervenção do Ministério Público Federal, na qualidade de autoridade central.¹² Muitas vezes, apesar da propositura da ação ser com base na Convenção de Nova Iorque, as partes o fazem diretamente, sem utilizar a autoridade central, e, nesses casos, a ação tramita na Justiça Estadual. As demais manifestações jurisprudenciais discutiram questões da própria ação de alimentos e a comprovação de seus requisitos.¹³

Na sua atuação como autoridade central, a PGR acumulou longa experiência no trato dessas questões de cunho internacional, muitas vezes bastante delicadas. Foi-nos informado que os países com os quais há mais pedidos de cooperação na América do Sul são o Chile e a Argentina. É importante notar que nem os Estados Unidos nem o Japão, países em que há expressivo contingente de brasileiros, fazem parte da Convenção de Nova Iorque, e por isso não são parte do sistema relatado.

12. Cf. conflito de competência (CC) 20.175, STJ, *Diário da Justiça*, 7 dez. 1998. Ementa: "Conflito de competência. Ação de alimentos. Devedor residente no exterior e credor no Brasil. Decreto nº 56.826/65. Convenção sobre prestação de alimentos no estrangeiro. 1. Conforme jurisprudência tranquila desta Corte, compete à Justiça Comum do Estado processar e julgar ação de alimentos pertinente ao Decreto nº 56.826/65, que promulgou a Convenção sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro, quando o devedor esteja domiciliado no exterior. 2. Conflito de competência conhecido para declarar competente a Justiça Comum do Estado." Em outra hipótese, anterior, do mesmo tribunal: "Processual civil. Competência. Ação de alimentos em que o devedor reside fora do país. Só é competente a justiça federal para processar e julgar a ação de alimentos quando, por residir o demandante no exterior e o devedor no território nacional, atua a Procuradoria-Geral da República como 'Instituição Intermediária'. Conflito conhecido, declarado competente o juízo estadual, o suscitado." *DJ*, 27 nov. 1989. Tanto na Justiça Federal quando na Justiça Estadual o posicionamento acima prevaleceu.

13. TFR da 3ª. Região. Apelação cível n. 226696, *Diário da Justiça da União*, 10 out. 2000, p. 667. Ementa: "Alimentos. Matéria apreciada com fulcro na Convenção sobre obtenção de alimentos no estrangeiro e Decreto nº 56.826/65. Relação de parentesco comprovada. Necessidade e possibilidades demonstradas. Obrigação devida. Apelação desprovida. 1 - Aplica-se, *in casu*, a Convenção sobre Obtenção de Alimentos no Estrangeiro, subscrita em Nova Iorque, em 20 de Junho de 1956, internalizada em nosso Ordenamento Jurídico pelo Decreto nº 56.826, de 02 de setembro de 1965. 2 - De acordo com a legislação vigente os parentes podem exigir uns dos outros os alimentos de que necessitem para subsistir. 3 - Ausente prova da não necessidade das alimentandas e da não possibilidade do alimentante impõe-se a procedência do pedido. 4 - Apelação desprovida."

Ainda a partir de informações prestadas pela Secretaria de Cooperação Internacional, com dados relativos ao ano de 2013, constata-se a proeminência de casos de Portugal. Informa-nos a SCI que este é o país que melhor orienta o cidadão a respeito do cumprimento da Convenção de Nova Iorque.¹⁴

Entre as dificuldades relatadas pela SCI, estão as questões relativas a tradução, especialmente com relação ao idioma alemão, a ausência do endereço do credor, nos pedidos ativos, e a ausência do reconhecimento da paternidade, que é exigido em alguns países.

Os pedidos de cooperação passiva são provenientes majoritariamente de países europeus, com Portugal e Alemanha no topo da lista, destacando-se Chile e Argentina na América Latina, conforme quadros abaixo:¹⁵

PAÍSES DA EUROPA	NÚMERO DE CASOS
Portugal	79
Alemanha	59
Suíça	34
França	24
Espanha	23
Itália	17
Inglaterra	15
Holanda	12

PAÍSES DA AMÉRICA DO SUL	NÚMERO DE CASOS
Chile	12
Argentina	6
Paraguai	3
Colômbia	2
Bolívia	1
Uruguai	1

É interessante notar que a maioria dos países do Mercosul é partícipe da Convenção de Nova Iorque, que assim representa o direito uniforme do bloco no tema de alimentos, embora os países também sejam parte da Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar, de 1989.¹⁶ Na prática, nota-se a aplicação diuturna da Convenção de Nova Iorque, até porque aplicável a maior número de países do que a Convenção Interamericana, de caráter regional. Sobre esta, ao menos no Brasil, não se tem notícia de nenhum caso prático ou jurisprudencial.

14. Vide, para maiores informações, o website <http://www.cji-dgaj.mj.pt/Paginas/Alimentos.aspx>.

15. Informações referentes ao ano de 2013, obtidas diretamente na SCI, mimeo com a autora.

16. Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 2.428/1997.

Conclusão

Apesar da existência de outros documentos de cooperação internacional, como a Convenção Interamericana e as Convenções da Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado, a Convenção de Nova Iorque é atualmente o documento multilateral mais utilizado para situações de cobrança de alimentos no plano internacional. Acreditamos que isso se deva à estrutura de comunicações bem sucedida entre as chamadas autoridades centrais, que exercem papel importante no contato com as partes, na troca de informações entre os países e na promoção de maior diálogo e padronização de procedimentos, o que dá mais visibilidade e eficiência ao sistema. Outro fator de destaque é a ampla gama de Estados partícipes, que abrangem países de vários continentes.

Isso não quer dizer que a Convenção de Nova Iorque não seja passível de melhoras ou que não se devam criar mais ferramentas que permitam aumentar a cooperação jurídica internacional. Os estudos apontam que há demanda crescente por novos instrumentos nessa área, o que será suprido com a entrada em vigor e alastramento global do novo diploma da Conferência da Haia, a Convenção sobre Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e Outros Membros da Família, finalizada em 2007 e em vias de ser ratificada por vários estados, inclusive o Brasil.

Certamente as práticas de cooperação jurídica internacional desenvolvidas pelos países ao longo dos anos na aplicação diuturna da Convenção de Nova Iorque perfarão arcabouço importante para a futura Convenção da Conferência da Haia. A contribuição da SCI para aplicação da Convenção de Nova Iorque em prol dos brasileiros e dos estrangeiros aqui residentes possui valor inestimável e servirá de guia condutor para a futura implantação no Brasil da Convenção da Haia, depois de sua tramitação no Congresso Nacional e ratificação pelo Executivo.

A Convenção da Organização das Nações Unidas sobre prestação de alimentos no estrangeiro

Vladimir Barros Aras*
Sílvia Helena Sousa Penha**
Guilherme Vilela Corrêa***

RESUMO

Este ensaio examina a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro, também conhecida como Convenção de Nova York (CNY), de 1956, da qual a Procuradoria-Geral da República é autoridade central. Para isso, foram analisadas algumas de suas características e funcionalidades, os Estados signatários, os principais tipos de pedidos de cooperação jurídica internacional por ela albergados, o trâmite dos processos, as dificuldades para obter êxito em ações internacionais de alimentos e os documentos necessários para propositura de demanda alimentícia.

Palavras-chave: Convenção de Nova York (CNY) de 1956. Procuradoria-Geral da República (PGR). Autoridade central. Prestação de alimentos. Cooperação jurídica internacional.

1. Introdução

A Convenção das Nações Unidas sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro (*Convention on the Recovery of Abroad Maintenance*) foi concluída em 20 de junho de 1956 na cidade de Nova York, nos Estados Unidos, e por isso é também conhecida como Convenção de Nova York (CNY).

Resultado da Resolução nº 572 (XIX), do Conselho Econômico e Social da ONU, esse tratado estabelece as normas para solução de conflitos familiares, agilizando e simplificando mecanismos para fixação e cobrança de alimentos nos casos em que as partes – alimentante e alimentando, sujeitos da relação jurídica alimentar – residam em países diferentes.

O Brasil assinou a Convenção em 31 de dezembro de 1956. Após aprovação do Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 10, de 13 de novembro de 1958, e ratificação por instrumento depositado na Secretaria-Geral da ONU, em 14 de novembro de 1960, a promulgação do texto em território brasileiro ocorreu com a edição do Decreto Executivo nº 56.826, de 2 de setembro de 1965. Na época, foi designada a Procuradoria-

* Procurador Regional da República (Ministério Público Federal/ Procuradoria Regional da República da 1.ª Região). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Secretário de Cooperação Internacional da Procuradoria-Geral da República. Professor assistente da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA).

** Assessora da Assessoria Cível – Núcleo da Convenção de Nova York sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro – da Secretaria de Cooperação Internacional.

*** Assistente da Assessoria Cível – Núcleo da Convenção de Nova York sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro – da Secretaria de Cooperação Internacional.

Geral do Distrito Federal, em Brasília, para exercer as funções de autoridade remetente e de instituição intermediária, previstas no art. 2º da Convenção. Posteriormente, a Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968 (Lei de Alimentos), no art. 26, fixou a competência do juízo federal de residência do devedor para as ações baseadas no tratado e designou como autoridade central a Procuradoria-Geral da República (PGR).

Até hoje, os seguintes Estados ratificaram a Convenção de Nova York: Alemanha, Argélia, Argentina, Austrália, Áustria, Barbados, Bélgica, Bielorrússia, Bósnia e Herzegovina, Brasil, Burkina Faso, Cabo Verde, Cazaquistão, Chile, China,¹ Chipre, Colômbia, Croácia, Dinamarca, Equador, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Filipinas, Finlândia, França, Grécia, Guatemala, Haiti, Holanda, Hungria, Irlanda, Israel, Itália, Libéria, Luxemburgo, Macedônia, Marrocos, México, Moldávia, Mônaco, Montenegro, Níger, Noruega, Nova Zelândia, Paquistão, Polônia, Portugal, Quirguistão, Reino Unido, República Centro-Africana, República Checa, Romênia, Santa Sé, Seicheles, Sérvia, Sri Lanka, Suécia, Suíça, Suriname, Tunísia, Turquia, Ucrânia e Uruguai.

A convenção favorece crianças e adolescentes e aqueles que, embora tendo atingido a maioridade, continuem como credores de alimentos. O texto aplica-se, também, às obrigações decorrentes de relações matrimoniais – entre cônjuges e ex-cônjuges –, resguardado aos Estados que aderirem à convenção o direito de limitar sua aplicação apenas aos casos de obrigação alimentar para menores.

A Convenção da Haia sobre Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e de Outros Membros da Família (*Hague Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance*), de 23 de novembro de 2007, que entrou em vigor internacional em 1º de janeiro de 2013, tende a ampliar o escopo da CNY. Elaborada pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, seu objetivo é a prestação de alimentos para menores de 21 anos (ou de 18 anos, em caso de reserva) e para cônjuges (*spousal support*). Quando for aplicável para Estados-membros que também sejam partes da CNY, a Convenção da Haia prevalece, conforme seu art. 49. Todavia, o Brasil ainda não a assinou nem a ratificou,² mas em 2012 foi publicada a Portaria Interministerial MRE/MJ nº 500, de 21 de março de 2012, que institui grupo de trabalho permanente a respeito da Convenção da Haia e acerca do seu Protocolo sobre Lei Aplicável às Obrigações Alimentares, formado por membros do Ministério da Justiça e do Itamaraty.

Com a edição da Portaria PGR nº 556, de 13 de agosto de 2014, que aprovou o Regimento Interno da PGR,³ a Secretaria de Cooperação Internacional do Ministério Público Federal passou formalmente a exercer as atribuições da Procuradoria-Geral da República como autoridade central e instituição intermediária.

1. Taiwan.

2. Em julho de 2014, são partes Albânia, Bósnia e Herzegovina, União Europeia (seus 28 Estados, exceto a Dinamarca e o Reino Unido) e a Ucrânia.

3. Notadamente os arts. 32, 33 e 90-112 do RIPGR.

2. Tipos de cooperação jurídica abrangidos pela CNY

As providências mais comuns de cooperação jurídica no âmbito da Convenção de Nova York são a propositura de ações para fixação ou para execução de alimentos, que podem ser de natureza ativa ou passiva, isto é, originadas no Brasil (pedidos ativos) ou em países estrangeiros (pedidos passivos), o que demanda envio ou recebimento de cartas rogatórias com tais finalidades.

Assim, alimentantes residentes no exterior podem ser alcançados pela Justiça brasileira, para que cumpram seu dever de prestar alimentos a seus filhos ou dependentes no Brasil. Por igual, alimentados que residam no estrangeiro podem ter suas pretensões alimentícias satisfeitas no Brasil, mediante os procedimentos de cooperação previstos na Convenção de Nova York.

No contexto brasileiro, tais obrigações alimentícias derivam do art. 229 da Constituição Federal, segundo o qual “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”, assim como dos arts. 1.694 e 1.696 do Código Civil de 2002:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

§ 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Quando passivos, isto é, quando endereçados ao Brasil, os pedidos que tramitam com base na CNY também se regem pela Lei nº 5.478/1968, que dispõe sobre a ação de alimentos, com a alteração da regra de competência prevista no art. 26, que a entrega ao juiz federal da capital do Estado em que reside o devedor. Tal norma redundou no seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS DEVIDOS A ESTRANGEIRO. LEI 5.478, DE 1968. CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE. DECRETO LEGISLATIVO N. 10, DE 1958. DECRETO N. 56.826, DE 1965. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. A teor do disposto no art. 26 da Lei n. 5.478/68 é competente para a ação de que se trata o juízo federal da capital do Estado em que reside o devedor, sendo legitimado ativamente, na condição de instituição intermediária, o Ministério Público Federal. [...]

5. Apelação parcialmente provida". (Tribunal Regional Federal da 1ª Região, 6ª Turma, apelação cível 2000.01.00060192-6/PA, d. em 9/4/2003).⁴

Porém, após a interiorização da Justiça Federal no País, sobretudo a partir dos anos 1990, o juízo competente para processar e julgar tais ações de alimentos propostas pelo MPF em favor de alimentandos residentes no exterior pode ser também o federal do domicílio do devedor no interior do Estado.

Por outro lado, como se verificou no conflito de competência abaixo assinalado, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que, se o alimentante devedor é quem promove a ação revisional de alimentos, não é caso de aplicação da Convenção de Nova York e, portanto, a competência para seu julgamento é da Justiça do Estado:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS. ALIMENTANDO RESIDENTE NO EXTERIOR. CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE. ATUAÇÃO DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA COMO INSTITUIÇÃO INTERMEDIÁRIA. INOCORRÊNCIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

1. A tramitação do feito perante a Justiça Federal somente se justifica nos casos em que, aplicado o mecanismo previsto na Convenção de Nova Iorque, a Procuradoria-Geral da República atua como instituição intermediária. Precedentes.

2. No caso dos autos, é o devedor de alimentos que promove ação em face do alimentando, buscando reduzir o valor da pensão alimentícia, o que demonstra a não incidência da Convenção sobre a Prestação de Alimentos no Estrangeiro.

3. Conflito de competência conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da Vara de Pilar do Sul/SP. (STJ, 2ª Seção, conflito de competência 103.390/SP, relator Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 23/9/2009).

2.1. Propositura de ação para fixação de alimentos

Os pedidos de cooperação ativa – oriundos de qualquer parte do Brasil – para fixação de alimentos devidos por alimentante que resida no exterior devem tramitar pela Procuradoria-Geral da República (autoridade central), que os encaminha ao exterior para que lá, perante o juízo com jurisdição, seja proposta a ação de alimentos. Nesses casos, não há comando sentencial brasileiro para pagamento de alimentos nem acordo homologado para o mesmo fim, seja judicial ou extrajudicial.

Outra possibilidade de cooperação ativa dá-se quando a ação de alimentos é proposta no Brasil, perante a Justiça Estadual, e o alimentante deve ser citado no exterior. Em tais casos, para os países signatários da Convenção de Nova York, a PGR também atuará como instituição intermediária, para formalização do ato de comunicação processual (citação, intimação, notificação), tramitando as rogatórias expedidas pelas autoridades judiciárias brasileiras para tal finalidade.

4. No mesmo sentido, a apelação cível 960520/SP, da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, julgada em 25/5/2011, tendo o Des. José Lunardelli como relator.

Nos casos iniciados no exterior – cooperação passiva endereçada ao Brasil –, quando não houver sentença de fixação de alimentos na origem, o pedido de cooperação jurídica será recebido pela PGR (autoridade central) e encaminhado à Procuradoria da República mais próxima do domicílio do demandado para propositura de ação de alimentos perante a vara federal competente. Nesse caso, o MPF atua como substituto processual em favor do alimentado.

2.2. A execução de sentença de alimentos

O procedimento é um pouco diferente quando se trata de execução de sentença de alimentos proferida no Brasil. Se tal sentença para prestação de alimentos ou o acordo judicial devidamente homologado por juiz forem descumpridos, total ou parcialmente, pelo alimentante, será necessária execução judicial. Para poderem ser executadas, as sentenças brasileiras passarão por processo de homologação perante o Poder Judiciário do país de destino.

Com relação aos processos oriundos de outros países, assim que recebido o pedido de cooperação internacional e conferidos seus requisitos, a PGR (autoridade central) providencia sua autuação e remessa à Procuradoria da República (unidade do MPF) mais próxima da residência do devedor, que será convocado para comparecer à Procuradoria a fim de tomar conhecimento dos termos da demanda e poder efetuar espontaneamente o pagamento do débito ou propor acordo, conforme o art. 585, inciso II, do Código de Processo Civil. Caso o devedor proponha acordo extrajudicial, o MPF apresentará a proposta ao credor (alimentando) residente no exterior. Na hipótese de o credor concordar com os termos do acordo, o compromisso se transformará em título executivo extrajudicial, que poderá ser executado judicialmente em caso de descumprimento.

Se o devedor não providenciar o adimplemento de suas obrigações (isto é, mediante acordo ou pagamento espontâneo), o procedimento será devolvido à PGR para que seja proposta ação de homologação de sentença estrangeira perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), com a finalidade de tornar possível sua execução no País, nos termos do art. 105, inciso I, alínea i, da Constituição. Cabe ao presidente daquela corte homologar as sentenças estrangeiras, com decisão sujeita a agravo regimental.

Os requisitos para homologação de sentenças estrangeiras foram estabelecidos pela Resolução nº 9, de 4 de maio de 2005, do STJ, mas agora estão incorporados ao Regimento Interno daquela Corte, emendado em dezembro de 2014. Uma vez homologada no Brasil, a sentença estrangeira passa a ter o mesmo valor jurídico daquelas prolatadas no País. Após o processo de homologação, o STJ expede carta de sentença e a PGR a envia à Procuradoria da República competente, que inicia ação de execução de sentença perante a Justiça Federal.

Os pedidos oriundos de países⁵ que não sejam partes da CNY ou a eles destinados tramitam por via diplomática como rogatórias cíveis (ativas e passivas), com intermediação do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça (DRCI), para a prática de atos de comunicação processual.

5. Argentina, Bolívia, Chile, Espanha, Estados Unidos, França, Itália, México, Panamá, Uruguai e Venezuela são exemplos.

2.3. Tramitação dos pedidos ativos de cooperação abrangidos pela CNY

Os pedidos de cooperação iniciados no Brasil tramitam resumidamente da seguinte forma: a parte interessada dirige-se a uma unidade do Ministério Público Federal (MPF) – Procuradoria da República no Estado (PR) ou Procuradoria da República no Município (PRM) mais próxima de sua residência. O MPF local presta as orientações necessárias para a instrução documental e providencia sua autuação como procedimento de cooperação internacional (PCI), regulamentado no Regimento Interno da PGR (Portaria PGR nº 556/2014). Em seguida, o procedimento original é remetido fisicamente à PGR. Nas localidades onde não houver unidade do MPF, os interessados podem buscar auxílio nas Promotorias de Justiça e nas Defensorias Públicas ou em outras entidades que prestem assistência jurídica, as quais podem fornecer orientações e receber a documentação necessária, para encaminhá-la à Procuradoria da República mais próxima a fim de que seja iniciado o procedimento de cooperação.

2.4. Cumprimento e homologação de sentenças estrangeiras

Para evitar problemas com o cumprimento e a homologação de sentenças, devem ser observados alguns procedimentos relacionados à citação do devedor, à execução de sentença estrangeira e ao reconhecimento da paternidade.

No Brasil, a citação é regida pelos arts. 213 a 233 do Código de Processo Civil.⁶ Embora a citação editalícia esteja prevista no Código de Processo Penal (CPP), tal modalidade não tem sido considerada válida quando se trata de homologar sentença estrangeira.

Com relação à sentença estrangeira, para que o processo de homologação seja iniciado, é necessário enviá-la por meio eletrônico ao STJ, que analisará se a sentença possui os requisitos necessários para validação em território brasileiro.

Por fim, a presunção *juris tantum* de paternidade, por recusa do suposto genitor em fornecer material genético, não é reconhecida em todos os países e pode vir a ser motivo de impugnação do vínculo, com evidente impacto sobre o dever de prestar alimentos.

Ainda há que se verificar a possibilidade de alteração do *status quo*. O demandado pode buscar revisão de alimentos no Judiciário, caso sua capacidade de prestar alimentos tenha sido alterada, pois a dívida tende a aumentar com o passar do tempo e a execução dos débitos anteriores independe das justificativas apresentadas por ele à unidade do MPF.

3. Cartas rogatórias

Cartas rogatórias são comunicações entre juízos de jurisdições diferentes. Seu cumprimento está condicionado à natureza das diligências solicitadas e se elas estão de acordo com a ordem pública e a lei fundamental do Estado rogado. A PGR é a instituição responsável por transmitir os pedidos rogatórios originados no Brasil e direcionados aos outros países signatários da Convenção de Nova York. As cartas rogatórias expedidas com base na CNY normalmente objetivam citar, notificar ou intimar o devedor em ações alimentos

6. Correspondente aos arts. 238 a 259 do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).

e em pedidos de execução de sentença de alimentos com tramitação no Brasil perante varas de família da Justiça dos estados federados ou do Distrito Federal.

A possibilidade de transmissão das cartas rogatórias com base na Convenção tem previsão no seu art. V, § 2º, e no seu art. III, §§ 3º e 4º. O pedido deve ser encaminhado em seus originais e acompanhado de tradução para o idioma oficial do país de destino. Como a PGR atua como transmissora, as traduções, que não precisam ser juramentadas, devem ser providenciadas pelo Poder Judiciário. Caso não tenha sido deferido pedido de justiça gratuita, as traduções serão custeadas pela parte.

Eventualmente, a própria Secretaria de Cooperação Internacional da PGR providencia a tradução de documentos para remessa a Estados estrangeiros.

Cumpridos os requisitos, legais e convencionais, a PGR transmite a rogatória ativa à instituição intermediária designada no país de destino, que a encaminhará à autoridade competente local para cumprimento das diligências rogadas.

3.1. Principais dificuldades

Devido às diferenças entre os ordenamentos jurídicos dos países-membros, existem situações que dificultam o êxito dos pedidos de alimentos no exterior. Um exemplo é a execução de alimentos gravídicos. Esta só será possível quando houver sentença de reconhecimento de paternidade e, ainda assim, só será cumprida internacionalmente caso tenha havido exame conclusivo de DNA.

Os pedidos de natureza executória, como penhora de bens e bloqueio de ativos – valores em conta bancária, descontos em folha de pagamento –, são recebidos pela PGR e encaminhados ao país de destino. Contudo, seu cumprimento no exterior depende de adequação ao ordenamento jurídico de cada país e da existência de bens e valores passíveis de penhora em nome do executado no país onde reside.

Já os pedidos de cumprimento de mandado de prisão civil por dívida de alimentos – art. 733 do CPC de 1973⁷ –, por exemplo, não têm sido cumpridos em razão da ausência de idêntica previsão legal desse instituto em várias jurisdições. O que ocorre então é a citação do devedor para pagamento espontâneo ou sua constituição em mora, sem prisão civil.

3.2. Outras cautelas em relação a cartas rogatórias

Nos casos de intimação para comparecimento pessoal a audiência, a expedição de carta rogatória deve ocorrer com antecedência mínima de 180 dias da data designada para o ato, conforme estabelecido pela Portaria Interministerial nº 501/2012-MRE/MJ. A inobservância do prazo de 180 dias é frequente causa de devolução de pedidos, com informação de não cumprimento.

Tradução integral da carta rogatória e dos documentos que a instruem para o idioma do país de destino é essencial. Sua ausência impede a transmissão e ocasiona devolução

7. Art. 528, § 7º, do novo CPC (Lei nº 13.105/2015).

dos documentos para essa providência. Desse modo, visto que os tribunais mantêm convênios de credenciamento de tradutores aptos à realização desse trabalho, as comarcas que não possuírem credenciamento de tradutores podem solicitar a tradução ao Tribunal de Justiça competente. Em regra, basta a tradução oficial. Porém, alguns países exigem tradução juramentada.

A grande maioria dos países oferece resistência ao cumprimento de pedidos com conteúdo executório, como penhora ou bloqueio de bens e valores, consignação em folha de pagamento e exibição de documentos. Esses países justificam que decisões dessa natureza podem ferir sua soberania. Cumprimento das cartas rogatórias depende de adequação dos pedidos à preservação da soberania e à ordem pública ou jurídica. Assim, há maior eficácia de diligências relativas a execução de meros atos de comunicação processual.

A remessa direta da rogatória do Juízo brasileiro para o país de destino, além de não gerar efeitos de reciprocidade, pode vir a ser alegada pela parte requerida como ato causador de nulidade de pleno direito. Portanto, a atuação das autoridades centrais nesses procedimentos é requisito legal que não pode ser suprimido, salvo em situações cautelares.

4. Documentos necessários

Para propositura de ação de alimentos para tramitação com base na Convenção de Nova York, a parte autora deve apresentar uma série de documentos considerados fundamentais para boa instrução do pedido. São eles: o requerimento multilíngue; procuração outorgando poderes à instituição intermediária estrangeira e à PGR para atuar na cooperação; referências bancárias internacionais (IBAN⁸ e BIC/código SWIFT⁹); certificado de frequência escolar, caso o interessado seja maior de 18 anos e menor de 21 anos; certidão de nascimento do menor; certidão de casamento, caso alimentado e alimentante ainda estejam casados; dados qualificativos do devedor, como nome completo, data de nascimento, profissão, filiação, endereços, órgão empregador e valor dos ganhos mensais; fotografia do credor e, se possível, do devedor.

Por outro lado, quando se tratar de ação para execução de sentença prolatada no exterior, além dos documentos básicos, é necessário apresentar certidão da sentença ou decisão que fixa os alimentos, com menção de que as partes foram notificadas e de que transitou em julgado, salvo no caso de alimentos provisórios; certidão de intimação da sentença; e tabela demonstrativa de débitos, mês a mês e ano a ano.

Nos casos em que for necessária a citação do devedor em ações de execução de sentença de alimentos com tramitação no Brasil, além dos documentos básicos, deverão

8. IBAN significa *International Bank Account Number* e é um padrão internacional de identificação de contas bancárias, regido pela norma ISO 13616, e registrado na Society for Worldwide International Financial Telecommunication (SWIFT). O Banco Central publicou a Circular nº 3.625, de 14 de fevereiro de 2013, que regulamenta o uso do International Bank Account Number (IBAN) como padrão de identificação para fins de transferências internacionais de recursos para contas bancárias mantidas no Brasil. O novo padrão foi estabelecido em consenso com as associações de bancos do País. A partir de julho de 2013, as instituições financeiras devem fornecer a identificação da conta no formato IBAN a seus clientes, de acordo com a demanda, e deverão obrigatoriamente acatar as transferências recebidas com a utilização do referido código.

9. *Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication*.

ser apresentados comprovante de que o alimentante foi citado no processo de fixação de alimentos; certidão da sentença que fixa os alimentos, com comprovação de que a decisão foi levada a conhecimento do alimentante; certidão de trânsito em julgado, salvo quando se tratar de alimentos provisórios; relação dos montantes da dívida em forma de tabela, mês a mês e ano a ano; e tradução integral de todos os documentos para o idioma pátrio do país de destino, não necessariamente juramentada. Destaca-se que convém ao juízo competente mencionar a Convenção de Nova York no corpo da carta rogatória.

Por fim, quando houver necessidade de citar ou intimar o demandado nos processos de fixação de alimentos com tramitação no Brasil, o juízo precisará apresentar cópia integral da exordial e dos documentos essenciais que a instruem com os documentos básicos. Será necessário, também, providenciar tradução integral dos documentos encaminhados ao exterior, a qual não precisa ser juramentada. Assim como nas cartas rogatórias das ações de execução de sentença, é importante que o juízo mencione a Convenção de Nova York na carta rogatória.

No site da Secretaria de Cooperação Jurídica Internacional da PGR¹⁰ na internet, estão disponíveis o formulário multilíngue, os modelos de procuração e de referências bancárias internacionais e a tabela para inserção dos valores vencidos.

A tradução oficial dos documentos necessários é também feita pela SCI, por meio de seus tradutores residentes ou mediante contratação externa, sempre que o órgão brasileiro originador não disponha de serviço semelhante.

5. Conclusão

Este artigo foi escrito em comemoração aos dez anos da unidade de cooperação internacional do MPF. Em 2016, há outra data a celebrar. A Procuradoria-Geral da República comemorará 60 anos como autoridade central na Convenção de Nova York. Ao longo dessas décadas, milhares de processos de alimentos tramitaram pela PGR, para atendimento a demandas de alimentos de menores e ex-cônjuges, esforço esse muitas vezes ignorado pela comunidade jurídica.

Questões de alimentos carregam em si muitos dramas pessoais. Histórias de abandono e de rompimento de diálogo. O papel da autoridade central brasileira para a Convenção de Nova York é justamente o de reduzir distâncias e estabelecer conexões internacionais para que direitos não sejam suprimidos.

10. Disponível em: <<http://sci.pgr.mpf.mp.br/sobre-cooperacao-internacional/alimentos-internacionais-convencao-de-nova-iorque/>> ou <<http://zip.net/bbrfqw>>.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Rio de Janeiro, 1950.

_____. Decreto Legislativo nº 10, de 13 de novembro de 1958. [S.l.], 1958.

_____. Decreto nº 56.826, de 2 de setembro de 1965. [S.l.], 1965.

_____. Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968. Brasília, 1968.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Brasília, 1973.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, 2002.

_____. Portaria Interministerial nº 501, de 21 de março de 2012. Brasília, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resolução nº 9, de 4 de maio de 2005. [S.l.], 2005.

UNITED NATIONS. *Final act of the United Nations Conference on maintenance obligations and convention on the recovery abroad of maintenance, done at New York on 20 June 1956*. Disponível em: <http://www.hcch.net/upload/ny_conv_e.pdf> ou <<http://zip.net/bdrfL7>>.

Parte VII - Experiências Internacionais

“Experiências Internacionais : A Luta do Ministério Público Contra a Criminalidade”

Versão em língua portuguesa de palestra proferida na *International Association of Prosecutors - IAP* em inglês, com o título “International Experiences: The Struggle of the Prosecutors Office against Crime (Experiências Internacionais: A Atuação do Ministério Público na Luta contra a Criminalidade)”.

*Geraldo Brindeiro

A luta do Ministério Público contra o crime organizado começa no âmbito institucional, isto é, assegurar a independência funcional do órgão, pois sem ela, nem mesmo é possível iniciar ações penais efetivas contra os criminosos. A primeira batalha, portanto, é no campo político, pois infelizmente o crime organizado por vezes tem raízes encravadas nos poderes do próprio Estado. Assim, é necessário institucionalizar e manter um Ministério Público autônomo, financeira e administrativamente, a fim de assegurar a independência funcional dos membros do *parquet*, para promover as devidas investigações e a persecução criminal, livres de pressões que podem prejudicar, senão mesmo inviabilizar sua ação no combate ao crime organizado.

No Brasil, desde a vigência da Constituição Federal de 1988, temos um Ministério Público com tais garantias nela asseguradas. No entanto, desde o período em que fui Procurador-Geral da República (de 1995 a 2003), alguns setores políticos – e políticos envolvidos em corrupção administrativa e em promiscuidade com o crime organizado (muitos deles já denunciados e respondendo a processo penal) – tentam, sem êxito, por meio de medidas legislativas e, até mesmo, de reforma constitucional, desvirtuar e, se possível abolir as garantias que asseguram aos membros do Ministério Público a necessária independência funcional – a “*alma*” do Ministério Público – indispensável para a efetividade de sua ação investigativa e persecutória. Felizmente, graças à nossa ação em defesa da instituição, não conseguiram tais setores seu intento: pelo contrário, o Ministério Público brasileiro cada vez mais se fortaleceu.

Recentemente, todavia, têm ocorrido novas tentativas de intimidar a ação do Ministério Público, comprometendo a sua independência funcional, como o projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional que estabelece penalidades rigorosas por suposta perseguição política e abuso de poder, curiosamente de autoria de Deputado Federal contra o qual há inúmeras ações penais por corrupção e lavagem de dinheiro propostas pelo Ministério Público e contra o qual há ordens de prisão em cerca de cento e oitenta países pela prática de crimes de lavagem de dinheiro.

Em seguida, a próxima luta é relativa à necessidade de modernização dos instrumentos processuais e legais e de organização, adequados para a ação eficiente do Ministério Público no combate à criminalidade contemporânea. Os maiores desafios do Ministério

*GERALDO BRINDEIRO, Doutor em Direito por Yale, Professor da Unb, foi Procurador-Geral da República do Brasil (1995/2003). Foi ainda Presidente da Associação Interamericana do Ministério Público, posteriormente denominada de Associação Ibero-Americana do Ministério Público (de 1998 a 2000), e Vice-Presidente da *International Association of Prosecutors - IAP* (de 1997 a 2004).

Público, na segunda metade do Século XX e no Século XXI, dizem respeito a novas formas de práticas delituosas, que, num mundo crescentemente globalizado, transcendem as fronteiras nacionais, que incluem o tráfico de drogas e entorpecentes, o tráfico de armas, o tráfico de pessoas, a corrupção administrativa, a sonegação fiscal internacional, a evasão de divisas, o terrorismo, os crimes ambientais, as fraudes pela internet, a pedofilia, etc. O combate ao crime de lavagem de dinheiro tem sido um dos maiores desafios por se constituir no braço financeiro do crime transnacional organizado.

No Brasil, até 1998 – quando muitos Países já enfrentavam de forma determinada a prática da lavagem de dinheiro – não havia sequer lei definindo tais crimes, o que impedia a persecução criminal contra as práticas de lavagem de dinheiro no País. Somente com a Lei Federal nº 9.613 de 3 de março de 1998, de iniciativa do então Presidente Fernando Henrique Cardoso, e fruto de muitas lutas que empreendemos, inspiradas na experiência e no modelo norte-americano, é que foram definidos os crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens, direitos e valores, estabelecendo penas rigorosas e ainda medidas preventivas contra a utilização do sistema financeiro para a prática de tais delitos. Foram ainda instituídos no Brasil, no período em que fui Procurador-Geral da República, mediante nova legislação, instrumentos processuais indispensáveis para o aprimoramento das investigações e da persecução criminal, até então inexistentes no País, como a delação premiada e o sistema nacional de proteção de testemunhas, também inspiradas no “*plea bargaining*” e no sistema norte-americano (Leis Federais nºs 9.034/95 e 9.807/99). De acordo com tais leis, o indiciado ou o acusado que voluntariamente colabore com a investigação ou a persecução criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação poderá ter sua pena reduzida de um a dois-terços.

A resistência durante muitos anos a tais inovações no Brasil (e que conseguimos quebrar) – inovações indispensáveis para a efetividade da ação do Ministério Público, sobretudo na luta contra o crime transnacional organizado (e há anos existentes em muitos Países) – não eram apenas de natureza acadêmica, tendo em vista as tradições jurídicas nacionais, mas também e sobretudo de natureza política, da parte de setores que pretendiam manter ineficiente o sistema por razões óbvias. No mesmo período, foram ainda criadas no Brasil as primeiras forças-tarefa (“*task forces*”) no combate ao crime transnacional organizado, igualmente inspiradas no modelo norte-americano, após reuniões com a então Procuradora-Geral dos Estados Unidos, Janet Reno, sob os auspícios da Associação Interamericana do Ministério Público, da qual fui Presidente (de 1998 a 2000), posteriormente denominada Associação Íbero-Americana do Ministério Público, e com o apoio institucional da *International Association of Prosecutors*, reconhecida pela ONU como órgão de representação do Ministério Público mundial, da qual fui Vice-Presidente durante sete anos (de 1997 a 2004). Tais forças-tarefa, constituídas de grupos de membros do Ministério Público atuando conjuntamente e em cooperação com a Polícia Federal, a Secretaria da Receita Federal e o Banco Central, têm realizado trabalho em equipe eficiente na luta contra o crime transnacional organizado.

No mesmo período, foram ainda criados o COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras e a Secretaria Nacional Anti-Drogas, organizações de apoio no combate à lavagem de dinheiro e ao tráfico de drogas e entorpecentes. Posteriormente, foi criada a ENCCLA – Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro. Todos

estes órgãos atuam em estreita cooperação com o Ministério Público do Brasil na luta contra o crime transnacional organizado.

A terceira luta refere-se à gradual inserção do Brasil no cenário de cooperação jurídica internacional. A estratégia dos membros do Ministério Público no combate ao crime transnacional organizado, com suas conexões internacionais, obviamente deve ser diferente de sua atuação tradicional contra a criminalidade no plano local. E sua efetividade depende não apenas da modernização dos instrumentos processuais e legais e de organização, mas também do desenvolvimento da cooperação jurídica internacional em matéria criminal, incluindo investigações e instrução processual penal, com perspectiva de Direito Comparado. Nos últimos anos, tem ocorrido a gradual inserção do Brasil no cenário de cooperação jurídica internacional como signatário no âmbito da ONU das Convenções de Viena, de Palermo e de Mérida e, no âmbito europeu, das Convenções de Estrasburgo e de Varsóvia, além da assinatura de vários Tratados Bilaterais de Assistência Mútua em Matéria Criminal e da participação de redes de cooperação jurídica internacional.

Observe-se que os Tratados Bilaterais de Assistência Mútua em Matéria Criminal visam a agilizar a cooperação jurídica internacional sobretudo no combate ao crime transnacional organizado, superando os meios tradicionais das cartas rogatórias via Judiciário e tornando mais rápida e efetiva a ação do Ministério Público. Contudo, por razões políticas, paradoxalmente, nem sempre o Ministério Público, órgão independente, é indicado como autoridade central em tais Tratados assinados pelo Executivo. E, em muitos Países, inclusive no Brasil, em tais Tratados é colocado como autoridade central o Ministério da Justiça, mera instância burocrática intermediária vinculada ao Executivo, destituída de capacidade postulatória perante o Judiciário, o que prejudica a efetividade e rapidez da ação do Ministério Público. Precisamos, portanto, lutar para mudar este quadro e definitivamente incluir sempre o Ministério Público como órgão central de tais Tratados.

Finalmente, é preciso ter em mente as diferenças nas organizações dos Ministérios Públicos dos vários Países por todo o mundo – e mesmo no âmbito regional – tendo em vista diferentes tradições jurídicas de “*civil law*”, “*common law*” e outras, e atribuições diversas conferidas aos membros do *parquet*, relativamente aos modelos de investigação e persecução criminal, a fim de tornar mais efetiva a ação do Ministério Público. Na Argentina, por exemplo, como na França, adota-se o Juizado de Instrução, enquanto no Brasil e na maior parte dos Países prevalece o sistema acusatório e a independência do Ministério Público, o que pode dificultar – se não devidamente compreendidos os sistemas – a cooperação jurídica internacional em matéria criminal. Note-se, a título exemplificativo, que em alguns Países, como a Suíça, o Ministério Público pode ter acesso direto a informações cobertas pelo sigilo bancário, para combate à lavagem de dinheiro, enquanto no Brasil tal acesso do Ministério Público depende de autorização judicial, segundo a Constituição Brasileira, o que pode dificultar – se o juiz se limitar a uma visão meramente provinciana, sem perspectiva internacional e de Direito Comparado – a compreensão do processo criminal pela prática de crime de lavagem de dinheiro no País. Tais dificuldades ocorreram em ação penal do Ministério Público Federal no Rio de Janeiro com base em informações legítimas, segundo a Constituição da Suíça que me foram entregues pessoalmente pelo Procurador-Geral da Suíça, em razão de delito praticado por fiscais de tributos por intermédio de agências bancárias no Rio de Janeiro.

Em conclusão, há dezenas de casos emblemáticos nos últimos 15 anos no Brasil, que bem demonstram a combatividade e a eficiência do Ministério Público brasileiro, sobretudo no combate à criminalidade transnacional organizada, fruto da modernização e do amadurecimento da instituição, iniciada a partir da vigência da Constituição Federal de 1988 e da nova Lei Orgânica do Ministério Público da União, de 1993. O tempo limitado, porém, não nos permite tratar deles nesse painel.

Last but not least, é importante reconhecer o trabalho que a *International Association of Prosecutors* e a Associação Íbero-Americana do Ministério Público têm realizado, ao longo dos anos, para promover a efetiva persecução criminal, sobretudo contra o crime transnacional organizado, com independência e imparcialidade, de acordo com os “standards” e os objetivos das Associações, reconhecidas pela própria Organização das Nações Unidas.

Muito obrigado.

Cooperação Jurídica entre o Brasil e o Tribunal Penal Internacional

Carlos Eduardo de Oliveira Vasconcelos¹

INTRODUÇÃO

Este artigo pretende discutir cenários de uma mais que provável cooperação jurídica entre o Brasil e o Tribunal Penal Internacional (doravante TPI) na ausência de uma lei de implementação do Estatuto de Roma (doravante ER) e de qualquer parâmetro legal para a cooperação. Para tanto, apresentará uma **(I)** breve notícia sobre o ER, a competência do Tribunal e o Projeto de Lei de sua recepção no Brasil. Em seguida, mencionará as **(II)** principais formas de cooperação entre o Tribunal e os Estados Partes previstas pelo Estatuto, assim como **(III)** discorrerá sobre algumas de suas modalidades, com pretensão apenas exemplificativa, para mostrar as dificuldades de sua realização na ausência de uma legislação interna, sempre com o esforço construtivo de viabilizá-las com o quadro legal vigente. Por fim, o texto indicará **(IV)** alguns casos que atualmente ocupam os esforços investigativos da Procuradoria do TPI, com o que se evidenciarão as reais possibilidades – ou melhor, na falta de um parâmetro legal ideal, os riscos e o vexame – de uma cooperação jurídica com o Brasil.

I

O TPI, diferentemente da atuação das jurisdições nacionais na persecução penal dos crimes internacionais (genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade, crime de agressão e outros), realiza diretamente o Direito Internacional Penal (*direct enforcement*). Mas trata-se de uma implementação direta imperfeita, visto que não exerce o domínio pleno de todo o ciclo persecutório (constatação, investigação, acusação, processo, julgamento e execução da pena). O TPI é criação de um tratado internacional e só pode desempenhar sua jurisdição se contar com a cooperação dos Estados envolvidos, isto é, aqueles em cujo território o crime foi perpetrado, ou onde a prova, os acusados, os suspeitos e as vítimas se encontrem. Diferentemente dos Tribunais de Nuremberg e de Tóquio, criados pelas potências vencedoras da II Guerra Mundial, o TPI não conta com poderes, polícia ou exército para diligenciar no território de um Estado Parte sem o consentimento deste.

O Estatuto de Roma foi aprovado em 1998 e entrou em vigor em 1º de julho de 2002. Completa, portanto, 14 anos de existência. O Brasil é membro do TPI desde a primeira hora, visto que esteve presente na Conferência de Plenipotenciários de Roma, ratificou o tratado em 2002 e o promulgou em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 4.388,

1. Subprocurador-Geral da República, professor de Direito Internacional Penal e de Processo Penal. Membro da Comissão de Juristas instituída pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República que elaborou o Anteprojeto de Lei de adaptação da legislação brasileira ao Estatuto de Roma. Membro da missão das Nações Unidas para o Timor Leste com o propósito de restabelecer o funcionamento da Justiça e realizar as primeiras investigações das atrocidades indonésias. Membro de comissão internacional de experts constituída para elaborar projetos de normas de funcionamento do Gabinete do Procurador do Tribunal Penal Internacional.

de 25 de setembro de 2002. Também contribuiu com a indicação de uma juíza na primeira constituição do Tribunal, aliás, oriunda do Ministério Público Federal. A fim de superar algumas possíveis controvérsias entre disposições do Tratado e a Constituição, o legislador constituinte derivado, por meio da EC nº 45/2004, introduziu o § 4º no art. 5º da Constituição, estabelecendo que “o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”. Afinal, já em 1988, o constituinte originário estabelecera, no art. 4º, entre os princípios regentes das relações internacionais do Brasil, “a prevalência dos Direitos Humanos” e, numa premonição do maior acontecimento do Século XXI no plano do Direito Internacional, proclamou, no art. 7º do Ato das Disposições Transitórias, que “o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”.

Porém, a grandiloquência do constituinte não se traduziu em ações do legislador ordinário – até o presente. O projeto de lei que deveria adaptar a legislação brasileira ao Estatuto de Roma – principal “dever de casa” com que demonstraria à comunidade internacional a sinceridade de seus propósitos na ratificação tratado –, ainda segue sua *via crucis* na Câmara dos Deputados sem qualquer perspectiva de aprovação, desde 2007.² O projeto, pelo menos na versão enviada pelo Poder Executivo, é suficientemente completo para cobrir todas as possíveis lacunas do ordenamento jurídico brasileiro em relação ao ER, salvo algumas controvérsias de ordem constitucional. Aprimora a definição legal do genocídio e introduz no nosso Direito Positivo os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a organização da justiça do TPI. Contém normas processuais específicas. Traz um extenso título sobre a cooperação jurídica. E opera modificações nos códigos penal e de processo penal, comum e militar.

O dever de cooperar instituído pelo ER compreende dois pilares indeclináveis: o compromisso geral de cooperar e a obrigação de adaptar a própria legislação para criar as possibilidades jurídicas da cooperação.³ Ambos decorrem de um princípio geral do Direito Internacional da boa-fé ou *pacta sunt servanda*, enunciado no art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969,⁴ segundo o qual “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”.

O primeiro pilar vem explicitado no art. 86 do Estatuto de Roma, a saber, os Estados Partes devem “cooperar plenamente com o Tribunal na investigação preliminar e no procedimento contra crimes da competência deste”. O segundo pilar encontra-se no art. 88, estabelecendo que os Estados Partes se comprometem a inserir em seu direito interno “procedimentos que permitam responder a todas as formas de cooperação especificadas neste capítulo”. Aliás, constitui velho princípio do Direito Internacional, atualmente consolidado na mencionada Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, art. 27, que um Estado não pode invocar disposições de seu direito interno (ou a falta delas) para justificar o inadimplemento de um tratado. Noutras palavras, a falta de lei, de competência, de

2. Projeto de Lei nº 4.038, de 2008, atualmente apenso ao PL nº 301/2007. Extrato do andamento, inteiro teor e pareceres das comissões. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=343615>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

3. Poder-se-ia acrescentar um terceiro pilar, implícito: processar e julgar os crimes internacionais de sua esfera de jurisdição, evitando, assim, que os casos cheguem ao TPI. Cf. OOSTERVELD, PERRY e McMANUS e outros (2001, p. 787).

4. Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados, de 1969, ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.

previsão do tipo penal na legislação, ou mesmo um acórdão do Supremo Tribunal Federal, não servirão de justificativa perante a comunidade internacional para eximir o Brasil de cumprir suas obrigações internacionais assumidas com a ratificação do Estatuto de Roma.

II

O ER reservou toda a Parte 9 – arts. 87 a 102 – à disciplina da cooperação e assistência judiciária internacional, mas não esgotou a matéria. Outros temas de conexos, como as imunidades diplomáticas, a proteção de testemunhas, os crimes contra a administração da justiça e a execução da pena contam com rubricas próprias.

É impossível elaborar uma lista exaustiva prévia das modalidades de cooperação e assistência com o Tribunal Penal Internacional, tanto assim que o art. 93 do Estatuto de Roma,⁵ já rotulado de “outras” formas de cooperação, depois de indicar 11 delas, conclui com a fórmula genérica “qualquer outro tipo de assistência...”.

Nos estreitos limites deste texto, destacamos as seguintes modalidades de cooperação para uma breve descrição e discussão de seu funcionamento no Brasil diante do vácuo legislativo a seu respeito: **1.** investigação e coleta de provas; **2.** execução de ordens de indisponibilidade de bens, confisco e multas; **3.** cooperação direta entre Ministérios Públicos e atuação do Procurador do TPI no território nacional; e **4.** prisão, entrega e outras formas de comparecimento de pessoas à sede do Tribunal.

III

Na maioria das questões relacionadas à jurisdição do TPI, o Brasil está de mãos e pés atados. Caso ocorra um dos crimes de sua competência em território nacional, ou um autor desses crimes venha a homiziar-se no Brasil, ou um brasileiro cometa tais crimes em território de outro Estado, ou alguma diligência – oitiva de testemunha, interrogatório, inspeção *in loco*, busca e apreensão, indisponibilidade de bens – deva ser cumprida no Brasil, e, ainda, caso esses crimes ocorram em território estrangeiro sob a responsabilidade de tropas brasileiras, nosso ordenamento jurídico não dispõe de instrumentos para cumprir as obrigações decorrentes desses fatos delituosos.

Seria necessário que a lei disciplinasse procedimentos, a atuação das autoridades nacionais em auxílio ao TPI na investigação e instrução do processo, a entrega e transfe-

5. a) identificar uma pessoa e o local onde se encontra, ou localizar objetos; b) reunir elementos de prova, incluindo os depoimentos prestados sob juramento, bem como produzir elementos de prova, incluindo perícias e relatórios de que o Tribunal necessita; c) interrogar qualquer pessoa que seja objeto de inquérito ou de procedimento criminal; d) notificar documentos, nomeadamente documentos judiciais; e) facilitar o comparecimento voluntário, perante o Tribunal, de pessoas que deponham na qualidade de testemunhas ou de peritos; f) proceder à transferência temporária de pessoas, em conformidade com o parágrafo 7º; g) realizar inspeções, nomeadamente a exumação e o exame de cadáveres enterrados em valas comuns; h) realizar buscas e apreensões; i) transmitir registros e documentos, nomeadamente registros e documentos oficiais; j) proteger vítimas e testemunhas, bem como preservar elementos de prova; k) identificar, localizar e congelar ou apreender o produto de crimes, bens, haveres e instrumentos ligados aos crimes, com vista à sua eventual declaração de perda, sem prejuízo dos direitos de terceiros de boa-fé; e l) **prestar qualquer outra forma de auxílio não proibida pela legislação do Estado requerido, destinada a facilitar o inquérito e o julgamento por crimes da competência do Tribunal.** (g.n.)

rência de pessoas, a proteção de vítimas e testemunhas, os privilégios e imunidades de magistrados, procuradores, agentes e colaboradores do Tribunal; e a execução das penas impostas. Nos casos de jurisdição brasileira, faltaria o principal: a tipificação dos crimes.⁶

Sabido que o pedido de cooperação será encaminhado por via diplomática (ER art. 87.1(a)) e, portanto, processado pelo Ministério das Relações Exteriores, a primeira lacuna que se apresenta é a designação da autoridade competente para dar-lhe curso. É necessário o controle jurisdicional? Em caso afirmativo, qual o juiz ou tribunal competente?

A cooperação com o TPI tem caráter “vertical”, no que difere da cooperação jurídica internacional “horizontal”, entre Estados soberanos. O TPI não é um tribunal estrangeiro, e sim um tribunal supranacional, criado por tratado, e como tal integra a organização judiciária brasileira por expressa adesão do País e disposição constitucional. Daí não faria sentido sujeitar sua requisição de cooperação à homologação ou ao *exequatur* de tribunais nacionais. Sua natureza a identifica com uma carta de ordem, e não com uma carta rogatória, porque os tribunais brasileiros não têm a prerrogativa de negar-lhe cumprimento, a não ser por questões formais (autenticidade, assinatura, tradução, identidade da pessoa procurada).

A Comissão de Juristas que elaborou o anteprojeto que se converteu no projeto de lei em tramitação na Câmara dos Deputados, na falta de um mandato para propor emenda constitucional, propôs que o Ministério da Justiça, designado autoridade central de cooperação, ao receber do Ministério das Relações Exteriores as requisições de cooperação do TPI, encaminharia aquelas que dependessem de providências judiciais ao presidente do STF, e sugeriu uma emenda constitucional capaz de eliminar todas as possíveis dúvidas de competência.

Havendo clima propício para uma emenda constitucional, dever-se-ia acrescentar alínea ao inciso I do art. 102 da Constituição com o seguinte teor: “as requisições de entrega, prisão preventiva para entrega e outras medidas de cooperação com o Tribunal Penal Internacional que dependam de providências judiciais”⁷

Enquanto permanecermos em vácuo legislativo e constitucional a respeito da matéria, acreditamos que nada obsta a que a requisição seja encaminhada pelo Ministério da Justiça ao STF, que, na condição de mais alta corte do País, está vocacionado para apreciar a matéria nem que seja como intérprete natural do disposto no art. 5º, § 4º da Constituição da República e juiz de sua própria competência.

Quanto às formas de cooperação que dependam de providências por parte de órgãos da administração pública federal ou estadual apenas, o Ministério da Justiça, por meio de seu Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), deverá contactá-los diretamente, sem intermediação judicial. Isso vale, entre outros, para diligências prévias, obtenção de documentos públicos, inclusive certidões, comunicações processuais e mera troca de informação não sigilosa.⁸

6. Salvo o de genocídio, improvisadamente previsto na Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956.

7. LORANDI (2007, p. 94).

8. O Projeto de Lei cogita de modalidade de prevaricação com o fim específico de dificultar ou frustrar a coope-

1. Investigação e coleta de provas

A cooperação ou assistência jurídica mais básica, mais genérica e menos onerosa que um Estado Parte deve prestar ao TPI refere-se à investigação e à coleta de provas, que compreende uma gama de atividades da persecução penal, de previsão exaustiva praticamente impossível. Na verdade, boa parte das modalidades de cooperação enumeradas no art. 93 do ER poderia ser agrupada sob esta rubrica.⁹ Em linhas gerais, o dever de cooperar preconiza que o Estado Parte permita que investigadores da Corte conduzam investigações detalhadas logo que possível, após a prática dos crimes e, com suas autoridades locais, preste a assistência necessária em tudo o que se faça necessário.¹⁰

A requisição formal de cooperação ou assistência, quando haja tempo hábil, tramitará por via diplomática e deverá revestir-se da forma escrita, ou outra que permita o registro escrito, e apresentar o conteúdo do art. 96, a saber, um resumo do propósito da assistência pretendida, inclusive sua base legal e sua motivação; informação tão detalhada quanto possível sobre a localização e identificação da pessoa ou coisa que deva ser encontrada ou identificada a fim de se realizar a assistência pretendida; um relato conciso dos fatos subjacentes à requisição; os motivos e explicações pormenorizados dos procedimentos e condições a respeitar; informações necessárias segundo a lei do Estado requisitado; qualquer outra informação relevante para que a assistência pretendida seja prestada.

O art. 99, ao estabelecer a forma de execução das requisições de cooperação e assistência aqui tratadas, oferece algumas pistas úteis para jurisdições como o Brasil, que não cumpriram seu dever de prover o ordenamento jurídico da legislação necessária. Como regra geral, reporta-se à legislação processual penal do Estado requisitado. Os atos de cooperação que não incluam medidas compulsórias, como a entrevista com pessoas e a inspeção de locais públicos, podem ser realizados diretamente pelo Procurador, sem a necessária presença de autoridades do Estado Parte.

Em vista do princípio da complementariedade, o Estatuto de Roma também contempla a cooperação do Tribunal com o Estado Parte quando este se disponha a processar e julgar crimes internacionais da competência do TPI. A matéria vem disciplinada no art. 93.10. Compreende o compartilhamento de declarações, documentos e outras modalidades de prova obtidas pela Corte no decorrer de investigações ou julgamentos, e a inquirição direta de pessoa detida sob custódia da Corte, sempre respeitadas as normas de proteção de vítimas e testemunhas e a prévia autorização dos estados que forneceram a prova, quando for o caso. Ademais, o Tribunal pode também cooperar com Estado não Parte sob as mesmas condições.

Aliás, aqui sobressai uma das principais tarefas da Procuradoria junto ao Tribunal Penal Internacional, além de investigar e processar grandes atrocidades do Direito Internacional: o cultivo das relações diplomáticas e de cooperação jurídica com autoridades jurisdicionais e, principalmente, ministérios públicos dos Estados Partes. Quanto mais o Procurador do TPI puder colaborar e convencer seus congêneres nacionais a processar internamente

ração com o TPI ou seus órgãos, com pena mais severa do que a do art. 319 do Código Penal.

9. Veja nota 4, *supra*, notadamente as alíneas a, b, c, d, g, h, i, e k.

10. OOSTERVELD, PERRY e McMANUS (2001, p. 786)

crimes internacionais da competência originária dos Estados Partes, melhor o TPI poderá cumprir sua missão dissuasória de punir graves crimes internacionais.¹¹

E se um Estado, convocado a cooperar ou prestar assistência, a ela se recusa injustificadamente, descumprindo suas obrigações perante o Direito Internacional e, conforme o caso, assumidas no Tratado de Roma?

Esse é um velho problema do Direito Internacional, que, por ser uma criação de coordenação, e não de subordinação, não dispõe de instrumentos de sanção concentrados e precisos, e sim difusos, como, aliás, acontecia com o direito interno no início da formação dos Estados modernos.

Nem toda recusa de cooperar será ilegal. Uma vez verificada a ilegalidade e a falta de justificação para a recusa, dispõe o art. 87.7 do ER que a Corte proferirá uma decisão nesse sentido e a encaminhará à Assembleia de Estados Partes ou ao Conselho de Segurança das Nações Unidas, quando a persecução penal tiver sido iniciada por requisição desse órgão, o qual dispõe de instrumental mais enérgico para obrigar o Estado a cooperar, inclusive o uso da força. Em qualquer caso, o Estado em mora com sua obrigação internacional poderá ver-se processar na Corte Internacional de Justiça, que julga disputas entre Estados.

2. Execução de ordens de indisponibilidade, confisco e multas

O Tribunal Penal Internacional pode ordenar o confisco de patrimônio comprovadamente resultante da prática de crimes de sua competência e impor pena de multa. Pode fazê-lo na sentença condenatória, cumulativamente com a pena privativa de liberdade.¹² Para tanto, dispõe do poder de cautela de ordenar a indisponibilidade de ativos produto dos crimes, localizados no território dos Estados Partes. Esses poderes punitivos patrimoniais do TPI traduzem inovação em relação aos tribunais internacionais que o precederam¹³ e devem ser percebidos como meios adicionais para combater o crime internacional, permitindo-lhe uma atuação mais proativa, inclusive em caráter cautelar.

A base normativa para a pena de multa e o confisco de valores, propriedade e ativos derivados direta ou indiretamente do crime é o art. 77.2 do ER, respeitados sempre os direitos de terceiros de boa-fé, e os critérios da multa estão especificados nas Regras de Procedimento e Prova (RoPE).

No entanto, esses bens e ativos estarão sempre localizados no território de algum

11. "The Office will develop formal and informal networks of contacts to encourage States to undertake State action, using means appropriate in the particular circumstances of a given case. For instance, in certain situations, it might be possible and advisable to assist a State genuinely willing to investigate and prosecute by providing it with the information gathered by the Office from different public sources." ICC-OTP. **Paper on Some Policy Issues Before the Office of the Prosecutor**, 17-18 jun 2003. § 1.2, (2003, p. 5), available in: http://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/1fa7c4c6-de5f-42b7-8b25-60aa962ed8b6/143594/030905_policy_paper.pdf.

12. Nos crimes contra a administração da Justiça, a condenação pode consistir em pena privativa da liberdade de até três anos, multa ou ambas, conforme art. 70.3 do Estatuto de Roma.

13. OOSTERVELD, PERRY e McMANUS (2001, p. 822). O Tribunal de Nuremberg, apesar de ter amplo arbítrio na escolha da pena que considerasse "justa", jamais impôs pena pecuniária. Os tribunais internacionais para a Iugoslávia e para Ruanda não podem impor multa como pena, tenham-na imposto como sanção por conduta processual imprópria.

Estado, por mais voláteis que a internet e o mercado financeiro os tornem. Assim, todos esses poderes do TPI necessitam ser afirmados nacionalmente pelos Estados Partes, a fim de que possam ser executáveis e assegurem uma jurisdição internacional eficaz e eficiente. O art. 93.1(k) do ER enuncia, entre as “outras formas de cooperação”, “identificar, rastrear e congelar ou apreender o produto de crimes, bens, ativos e instrumentos ligados aos crimes, com vistas a seu eventual confisco, sem prejuízo dos terceiros de boa-fé”. Trata-se de uma medida cautelar, preparatória para a execução de uma futura sentença condenatória.

A Parte 10 do Estatuto é toda voltada à execução da sentença, inclusive à pena de multa e ao confisco, tratados no art. 109. Entre outras prescrições, fixa a obrigação de os Estados Partes de cobrarem as multas e executarem os confiscos¹⁴ ordenados pelo Tribunal conforme a Parte 7 do Estatuto (que fixa as penas), “em conformidade com o procedimento de sua lei nacional”, mais uma vez evocando o elementar dever de cooperação explicitado no art. 88, que impõe aos Estados Partes dispor de leis em seu ordenamento jurídico fixando procedimentos para todas as formas de cooperação com o TPI. Uma hipotética lei nacional de cooperação com o TPI deverá prover, no tocante à execução de sentença condenatória, pelo menos, procedimentos que cumpram as seguintes funções:¹⁵ 1) rastrear, congelar e apreender o produto dos crimes da jurisdição do TPI (poder de cautela inerente ao poder de impor confisco e cobrar multas); 2) promover o confisco ou perdimento do produto desses crimes; 3) cobrar multas; e 4) transferir ao TPI qualquer valor ou produto resultante da execução de seu julgado.

Mas qual a utilidade de se ordenar que os Estados apreendam bens ou recolham multas se estes não puderem ser transferidos ao credor? Já antevendo esse óbice, o art. 109.3 do ER estabelece que as multas, os valores confiscados e o resultado da venda de imóveis e outros bens expropriados em decorrência de sentença condenatória serão transferidos ao TPI, que os depositará no Fundo de Custódia criado pela Assembleia dos Estados Partes nos termos do art. 79, destinado às vítimas e seus familiares.

Por tudo o que se vê em relação a esta modalidade de cooperação, nela não há margem para “jeitinho” ou qualquer sorte de improvisação. Com que fundamento jurídico as autoridades brasileiras, ainda que mediante ordem judicial, poderão apreender, congelar, confiscar patrimônio privado para cumprir ordem de confisco, cobrar multa ou decretar a indisponibilidade de bens, sem incorrer em ofensa a cláusulas constitucionais da inviolabilidade do direito à propriedade, gravada já na *caput* do art. 5º, além do inciso XXII? E será que o Poder Judiciário, com a pouca simpatia que nutre pelo Direito Internacional, para dizer o menos, produziria uma semelhante ordem ou a manteria incólume diante de uma ação mandamental, à luz, por exemplo, do inciso XXXV do art. 5º da CFR, que consagra a inafastabilidade do controle jurisdicional para qualquer lesão ou ameaça a direito? E qual juiz ou tribunal se daria por competente para homologar ou expedir mandado para fazer cumprir decisão do TPI?

14. A ordem de confisco, devido a suas particularidades, deverá materializar-se em mandado, seguindo as Regras 147 e 218 das RoPE, compreendendo sua identificação e localização, determinação de sua conversão em pecúnia na impossibilidade de sua remessa in natura ao TPI e o confisco de outro bem ou valor equivalente na impossibilidade de apreensão do bem objeto do mandado.

15. OOSTERVELD, PERRY e McMANUS. *The Cooperation of States With the International Criminal Court* (2001, p. 824).

3. Cooperação direta entre ministérios públicos e atuação do Procurador do TPI em território nacional

O Procurador ou Procuradora detém o monopólio da persecução penal perante o TPI. Não há ação de iniciativa privada, queixa subsidiária nem qualquer outra forma de provocar a jurisdição senão mediante a atuação dele ou dela. Também é a Procuradora¹⁶, assistida por seus adjuntos e colaboradores, quem dirige a investigação, visto que não há uma polícia investigativa separada.

São três os modos preconizados no art. 13 do Estatuto de Roma para que uma situação com aparência de crime da competência do TPI seja levada a seu conhecimento por intermédio do Procurador: (a) a comunicação de um Estado Parte; (b) a comunicação do Conselho de Segurança das Nações Unidas; e (c) a iniciativa *proprio motu* ou de ofício do Procurador.

Em todos os casos, a instrução preliminar, apesar de inteiramente conduzida pelo Procurador, é judicializada e, portanto, supervisionada pela Câmara de Instrução do Tribunal, que deverá autorizar as medidas mais invasivas da esfera de direitos individuais ou da soberania dos Estados Partes, como prisão, entrega, condução coercitiva, diligências e atos processuais no território de outro Estado etc.

No entanto, não há como ingressar com um requerimento de instauração de procedimento investigatório perante esse órgão fracionário do Tribunal sem uma **verificação prévia** da comunicação ou *notitia criminis* recebida. Haverá, pois, um momento com razoável margem de discricionariedade do Procurador ou da Procuradora, em que ele ou ela buscará, pelos meios ao seu alcance, dar alguma consistência à situação aparentemente delituosa trazida a seu conhecimento, seja por meio da representação de um Estado Parte, seja de um encaminhamento pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas,¹⁷ seja de uma entidade da sociedade civil ou um cidadão, que, na prática, alimentarão a prerrogativa da iniciativa *proprio motu*.

Diz o Estatuto que o Procurador deverá “analisar a seriedade da informação recebida”. Seus poderes para esse mister são consideráveis e prescindem de autorização do Tribunal, consoante o art. 15.2: poderá buscar informações adicionais dos Estados Partes, de órgãos das Nações Unidas, de organizações governamentais e intergovernamentais e de outras fontes confiáveis que ele considere apropriadas, além de colher testemunhos orais ou escritos no recinto do Tribunal. Já sabemos que todos os Estados Partes estão convencionalmente obrigados a cooperar, nos termos do art. 86 do Estatuto. Os Estados que não sejam Partes podem ser “convidados” a cooperar (art. 87.5). Mas, no caso de requisição feita pelo Conselho de Segurança, todos os Estados-Membros das Nações Unidas, sejam eles Partes ou não do Estatuto de Roma, estarão igualmente obrigados por força do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, que investe o Conselho de Segurança de poderes de zelar pela paz e segurança internacionais, podendo chegar até ao uso legítimo da força. Os arts. 25 e 49 da Carta ONU obrigam todos os Estados-Membros a aceitarem, executarem e prestarem assistência no cumprimento de medidas determinadas pelo Conselho de Segurança.¹⁸

16. A Srª Fatou Bensouda, de Gâmbia, é a atual Procuradora do TPI, escolhida pela Assembleia dos Estados Partes, com mandato iniciado em junho de 2012 e previsto para se encerrar em 2021.

17. As comunicações do Conselho de Segurança investem o TPI de competência para conhecer de situações ocorridas no território de estados não partes no Estatuto de Roma.

18. Por outro lado, também no interesse da segurança e paz internacionais, o Conselho de Segurança pode

Podemos afirmar, portanto, que, nessa fase de verificação prévia da consistência da *notitia criminis*, o Procurador pode buscar elementos de prova onde quer que se encontrem e de quem bem entender, desde que não necessite de meios coercitivos. Sendo assim, alguns dos poderes em espécie conferidos ao Procurador pelo art. 54.3 durante a investigação preliminar já judicializada são perfeitamente aplicáveis nessa fase extrajudicial: (a) coletar e examinar provas; (b) inquirir vítimas e testemunhas; (c) buscar a cooperação de qualquer Estado ou organização intergovernamental; (d) celebrar convênios ou ajustes compatíveis com o ER que se mostrem necessários para facilitar a cooperação de um Estado, de uma organização intergovernamental ou de uma pessoa.

Também é possível afirmar que a falta de uma lei de implementação do Estatuto de Roma no direito interno não impede essa verificação preliminar, considerando seu caráter eminentemente informal. No caso do Brasil, poder-se-ia cogitar de um memorando de entendimento, *ad hoc* ou, preferivelmente, permanente, entre o Ministério Público Federal e seu congêneres do TPI, para essa troca de informações e consultas. Nem o Procurador do TPI estaria exorbitando de suas atribuições estatutárias, nem o MPF se substituindo aos Poderes constitucionais, considerando o âmbito das indagações permitidas na verificação prévia.

Após essas diligências preliminares, o Procurador formará sua *opinio delicti*. Se concluir que há base razoável para iniciar uma investigação, deverá requerer sua instauração à Câmara de Instrução, munido dos elementos indiciários coligidos. Nessa oportunidade, as vítimas também poderão apresentar requerimentos.

Entretanto, esse Tribunal, fruto de um tratado entre Estados soberanos, não teria sido constituído se sua atuação não fosse rigidamente condicionada ao princípio da complementariedade¹⁹ em relação às jurisdições nacionais. Assim, nas persecuções penais originadas segundo as alíneas a e c do art. 13 do Estatuto, isto é, da comunicação de um estado ou *proprio motu* pelo Procurador, convencendo-se este de que há realmente elementos para deflagrar uma investigação formal, deverá notificar todos os Estados Partes, especialmente aqueles que teriam competência originária para os crimes em análise, concedendo-lhes um mês para que se manifestem. Nesse prazo, qualquer Estado poderá informar que está investigando ou processando o mesmo fato e requerer que o caso lhe seja transferido, o que será atendido pelo Procurador, a menos que este prefira submeter o caso à Câmara de Instrução e ela autorize a investigação²⁰.

A transferência do caso para o Estado Parte estará sujeita à constante vigilância do Procurador, que, diante de circunstâncias que indiquem a falta de vontade ou a incapacidade de o Estado de, genuinamente, levar a cabo a investigação, poderá avocar o caso novamente para o Tribunal. Mesmo que o caso esteja sob os cuidados do Estado Parte, o Procurador poderá requerer à Câmara de Instrução a produção antecipada de provas (art. 56).

adotar resolução sustando por um ano qualquer investigação ou processo em curso no TPI, segundo dispõe o art. 16 do ER.

19. Proclamado já no Preâmbulo do Tratado e no seu art. 1º.

20. Essa possibilidade não se abre para casos que são transmitidos ao procurador pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas (art. 13(b) do Estatuto), com base no Capítulo VII da respectiva Carta (segurança e preservação da paz).

Uma vez que o Procurador conclua que há base razoável nos elementos indiciários que recebeu ou coligiu para iniciar uma investigação; que o crime se insere na jurisdição da Corte; e que o caso supera as questões de admissibilidade indicadas no art. 17 do Estatuto,²¹ então iniciará a investigação formal perante a Câmara de Instrução, nos termos do art. 53. Ele continuará sendo o protagonista da investigação, mas agora ela estará judicializada, o que também pressupõe uma participação da defesa, ainda que não inteiramente simétrica, como será na etapa subsequente de julgamento.

Os poderes do Procurador na investigação são amplos, convergindo para o propósito de apurar circunstâncias incriminadoras e excludentes ou exculpantes igualmente, no sentido de estabelecer a verdade sobre os fatos, consoante o 1º parágrafo do art. 54, todo ele dedicado aos poderes e deveres do Procurador na investigação.

O Procurador pode investigar no território de um Estado. Preferencialmente o fará com o consentimento deste e segundo os preceitos da Parte 9 do ER, intitulada “Cooperação e assistência judiciária internacional” (arts. 86-102). Mas também poderá fazê-lo sem a autorização do Estado, mediante autorização da Câmara de Instrução, nas hipóteses de incapacidade de o Estado de executar a requisição de cooperação ou na falta de autoridade administrativa ou jurisdicional para executá-la. Em qualquer dessas situações, entendemos que o MPF será o parceiro natural do Procurador do TPI no Brasil, não para limitar sua circulação, mas para facilitá-la.²²

Os poderes em espécie que o Procurador poderá exercer no território de um Estado para investigar encontram-se enumerados no 3º parágrafo do art. 54 do Estatuto e foram indicados acima, quando abordávamos a verificação prévia da *notitia criminis*. Vários deles corroboram a assertiva de que o Procurador poderá cooperar diretamente com o MPF para buscar provas ou localizar pessoas no território nacional, mesmo na falta de lei nacional de implementação, desde que as diligências não dependam de chancela judicial, a exemplo da alínea *d*, que dispõe “celebrar convênios ou acordos compatíveis com este Estatuto, os quais se mostrem necessários para facilitar a cooperação de um estado, uma organização intergovernamental ou uma pessoa”.

Quanto às modalidades de cooperação da Parte 9 do Estatuto, dispõe o art. 99 que o Procurador do TPI poderá deslocar-se até o Estado requisitado e realizar o ato *diretamente*, quando seja necessário para o êxito da cooperação e sua execução não dependa de medidas compulsórias, nomeadamente a coleta de declarações ou de prova de uma pessoa em caráter voluntário, inclusive quando esta queira fazê-lo longe dos olhos das autoridades nacionais, e a inspeção de locais públicos sem alterá-los, além de qualquer outra diligência dentre as enumeradas no art. 93, todas elas, como já visto, dependentes de requisição do Tribunal pela via diplomática.

21. *Non bis in idem* nem litispendência, segundo a peculiar compreensão desses conceitos pelo Estatuto de Roma, e o crime se reveste de gravidade suficiente para atrair a jurisdição do TPI (oportunidade).

22. A parceria MPF-Procuradoria do TPI não depende de lei ou reforma constitucional, segundo nos parece. Se assim for, a PGR já conta com uma experiente Secretaria de Cooperação Internacional, com ampla rede de contatos e apta a atender a quaisquer requisições de sua congênere do TPI.

4. Prisão, entrega e outras formas de comparecimento de pessoas à sede do Tribunal

A fim de possibilitar o comparecimento de pessoas ao Tribunal, o Estatuto de Roma prevê as seguintes situações: **(1)** prisão e entrega (ER arts. 89-91); **(2)** prisão antecipada preparatória de uma futura requisição de entrega (ER art. 92); **(3)** trânsito de pessoa entregue pelo território de um terceiro Estado (ER art. 89.3); **(4)** entrega temporária (ER art. 89.4 e RoPE nº 183); **(5)** transferência provisória de pessoa presa (ER art. 93.1(f) e 93.7); e **(6)** comparecimento voluntário como testemunha ou perito (ER art. 93.1(e)).

Se estivermos certos quanto às premissas de que (a) as solicitações expedidas pelo TPI aos Estados Partes são verdadeiras *cartas de ordem* e não meros pedidos de cooperação; (b) que esse Tribunal, por força da ratificação do Tratado de Roma pelo Brasil e da expressa submissão a sua jurisdição por norma constitucional (art. 5º § 4º), integra a organização judiciária nacional; e (c) que suas decisões não podem ser revistas por tribunais nacionais, então a cooperação do Brasil, assim como a de qualquer Estado Parte cumpridor de suas obrigações internacionais, deve realizar-se sem delongas, cabendo às autoridades nacionais, administrativas ou jurisdicionais, estas em contraditório com participação da defesa técnica, a mera verificação da autenticidade da documentação enviada, da observância das formas, da correspondência das traduções e da identidade da pessoa procurada.

De todas as modalidades de cooperação e de comparecimento de pessoas ao TPI, a mais invasiva e controvertida no plano constitucional é, sem dúvidas, a **prisão e entrega**, aí também compreendidas a **prisão antecipada preparatória para a entrega** e a **entrega temporária**, conforme se verá. Por isso, não nos deteremos nas demais modalidades de comparecimento de pessoas previstas no ER, as quais também não suscitam grandes indagações, pelo que remetemos o leitor interessado aos dispositivos pertinentes do Estatuto de Roma e das Regras de Procedimento e Prova.

A prisão e entrega será solicitada por canais diplomáticos (art. 89), conforme a regra para as cooperações e assistências em geral (art. 87.1(a)). Seu conteúdo varia segundo se destine a um indivíduo procurado para se ver processar ou para cumprir pena, consoante o art. 91 do Estatuto, que faculta ao Estado requisitado estabelecer regras legais e procedimentais, desde que elas não sejam mais gravosas e, se possível, o sejam menos, do que as exigidas para a extradição.

Durante o processo de prisão e entrega no Estado Parte, há vários momentos de consultas com o TPI, como na situação em que a defesa alegue *bis in idem*, litispendência, ou impugne a autenticidade dos documentos, ou negue ser a pessoa procurada. Nos dois primeiros casos, o máximo que as autoridades nacionais poderão fazer é consultar o TPI. Não cabe aos tribunais brasileiros negar a entrega com base em tais alegações, mas podem postergá-la enquanto a questão esteja pendente no TPI (art. 89.2).²³ Haverá situações em que o TPI desprezará a coisa julgada, se entender que se tratou de um simulacro de julgamento destinado apenas a propiciar a impunidade do autor dos fatos, o que, na prática, significará uma revisão criminal *pro societate*.

23. O conceito de *bis in idem* no art. 20 do Estatuto de Roma difere do direito interno porque exclui o julgamento realizado com o propósito de blindar ou proteger a pessoa de crimes da jurisdição do TPI bem como aqueles que tenham sido conduzidos sem independência ou imparcialidade segundo as normas do devido processo legal reconhecidas pelo Direito Internacional, ou ainda conduzidos de uma maneira inconsistente com a intenção de trazer a pessoa julgada a responder penalmente por seus atos perante a justiça.

Aqui, a falta de uma lei nacional cria enormes dificuldades que o § 4º do art. 5º da Constituição não resolve.²⁴ Afinal, quem irá cumprir a ordem de prisão? Se houver necessidade de uma ordem expedida por autoridade judiciária nacional, qual será o tribunal ou juiz competente?

O impasse pode ser evitado paliativamente se buscarmos uma interpretação construtiva – como aliás é o propósito deste trabalho – no art. 109 III da Constituição, que atribui à Justiça Federal de 1ª instância a competência para processar e julgar “as causas fundadas em contrato ou tratado da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional”, melhor que o inciso V, porque nem sempre a cooperação solicitada referir-se-á a crimes cometidos, iniciados ou com resultado ocorrido ou previsto para ocorrer no Brasil. Mas a competência assim fixada dará origem a uma demora incompatível com a urgência da requisição, devido ao festival de recursos e ações impugnativas que caracterizam o processo brasileiro, agravando os riscos da pouca afinidade da Justiça brasileira com o Direito Internacional e estrangeiro, até que o STF dê a última palavra. Por isso, o projeto de lei encaminhado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional prevê a competência do Supremo Tribunal para todas as medidas de cooperação e assistência oriundas do TPI que dependam de autorização judicial, a exemplo do que já ocorre com o processo de extradição, sugerindo mesmo uma emenda constitucional nesse sentido.

Decerto não seria uma heresia jurídica cogitar de dispensar o controle jurisdicional para a prisão e entrega (e para os demais atos de cooperação). Uma vez encaminhada pela via diplomática, conforme determina o art. 87.1 (a) do ER, o Executivo Federal estaria habilitado a proceder de imediato à prisão e transferência do preso. Não se trataria de uma prisão administrativa porque, embora não houvesse um decreto de prisão emanado de autoridade judiciária *nacional*, haveria uma ordem de prisão expedida por uma Corte Internacional reconhecida pelo Brasil e integrante de sua estrutura judiciária, o que preencheria a garantia inserta no art. 5º LXI da Constituição. A base constitucional desse reconhecimento está no já mencionado art. 5º § 4º da CR. À diferença de pedidos de extradição de tribunais e juízes estrangeiros, a requisição de entrega ao TPI, rigorosamente, não exige nem admite deliberação sobre sua compatibilidade com o direito brasileiro, tendo o exercício da jurisdição penal internacional passado a ser plenamente acolhido em nosso sistema jurídico com a reforma constitucional.

A dispensa do controle jurisdicional sobre a prisão e entrega pode parecer mais rápida mas, na prática, retarda a entrega do preso porque não impedirá retardamentos derivados do ajuizamento de *habeas corpus* e outras ações mandamentais, possivelmente perante a Justiça Federal de primeira instância, com recursos intermináveis para instâncias superiores. Assim, para afastar o risco de questionamentos da requisição por diversas instâncias, convém estabelecer um controle prévio, centralizado no Supremo Tribunal Federal.

Mesmo a opção pela competência do STF, porém, suscita questionamentos de ordem constitucional como, aliás, qualquer outra solução imaginável. Em nosso ordenamento jurídico, a repartição de competência jurisdicional constitui matéria sabidamente constitucional, especialmente a competência de tribunais superiores. Em princípio, a lei ordinária não pode atribuir competência que não decorra de previsão constitucional. O art. 102 da Constituição nada dispõe sobre a cooperação com o TPI.

24. Dificuldades já apontadas no tópico III, *supra*.

A interpretação analógica do art. 102, I, g da Constituição deve ser evitada a todo custo. Qualquer equiparação da extradição (modalidade de cooperação horizontal) à entrega (modalidade de cooperação vertical com o TPI), ainda que só para o fim de criar competência, logo suscitará a constitucionalidade da entrega de nacionais, já que sua extradição acha-se expressamente vedada no texto constitucional, em comando situado no artigo das garantias fundamentais (art. 5º, LI). A diferenciação entre extradição e entrega é um dos aspectos centrais da doutrina internacional a favorecer a entrega de nacionais ao TPI, como condição plena de funcionalidade deste. E as demais formas de cooperação, não menos importantes, continuariam desprovidas de um órgão jurisdicional competente para dar-lhes curso no território nacional. Tampouco seria recomendável, por razões análogas, socorrer-se do art. 105, I, i da Constituição, que prevê a competência do STJ para a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias.

Nas possibilidades de controle pelo estado destinatário da solicitação, vamos encontrar algumas das grandes **distinções entre entrega para o TPI e extradição para um Estado soberano**. Enquanto na extradição há uma verificação da adequação do pedido a normas internas que o País estabelece soberanamente (*v.g.*, não extradição de nacionais, fato ser crime também no Brasil e não estar prescrito), na entrega, a verificação cinge-se à adequação da requisição às normas do Estatuto de Roma e de seu Regulamento Processual.

Após a verificação do pedido de entrega, surgirá outra importante distinção entre as duas modalidades de cooperação internacional. Na extradição, o julgamento favorável do STF traduz-se apenas numa *autorização* para que o chefe de Estado a realize, porquanto juridicamente viável, mas a decisão política e a responsabilidade de efetivá-la é do Executivo Federal, no exercício de sua atribuição constitucional de manter as relações internacionais (CR art. 21 I e art. 84 VII e VIII). Na entrega, depois que o STF afirma a autenticidade e adequação da requisição às normas internacionais a que o Brasil soberanamente aderiu, sua efetivação se torna compulsória para o Executivo, configurando sua recusa a violação de uma obrigação internacional do País e, internamente, um crime de responsabilidade do presidente da República, quando menos, definido no art. 85 VII da Constituição. Nessa hipótese, caberá ao procurador-geral da República obter judicialmente a execução forçada da entrega, porque o presidente da República não dispõe de qualquer margem de discricionariedade na entrega do preso ao TPI.

Vê-se, pois, que a distinção entre extradição e entrega não é supérflua. No Brasil, ela será particularmente importante na eventualidade da requisição de um nacional. Sabe-se que a extradição de um nacional, salvo algumas exceções, é proibida pela Constituição no art. 5º, LI. Não será possível recusar a entrega de nacional ao TPI com base no dispositivo constitucional que proíbe a extradição de nacional.

Efetuada a prisão do indivíduo requisitado pelo TPI, deve-se providenciar-lhe defesa técnica e prazo para que esta produza suas razões, que não poderão se estender sobre muitos temas. Poderá questionar a identidade da pessoa, a deficiência de forma da requisição, alegar coisa julgada e a prevalência de extradição pendente sobre a entrega. Eventualmente, segundo o que alegue a defesa, o tribunal brasileiro poderá converter o julgamento em diligência, conferindo prazo ao TPI ou à autoridade central brasileira (quando houver) para que esclareça a lacuna verificada.

A **prisão antecipada preparatória de uma futura requisição de entrega** vem prevista no art. 92 para casos de urgência, semelhante à prisão preparatória para a extradição (Lei nº 6.815/1980, art. 82). A forma e o conteúdo da requisição são simplificados, podendo seu instrumento materializar-se em qualquer meio que possa ser reduzido a escrito. Seu prazo de duração, até que seja apresentado o pedido formal de entrega definitivo, é de 60 dias (Regra de Procedimento nº 188).

O procedimento de prisão e entrega sucederá como aqui descrito também para a **entrega temporária**, aquela que ocorre quando a pessoa procurada pelo TPI cumpre pena ou responde a processo no estado requisitado por crime diverso daquele pelo qual deverá ser processado no Tribunal Internacional. Sua previsão resulta da combinação do art. 89.4 do ER com a RoPE nº 183. Trata-se de uma modalidade de entrega negociada entre o Tribunal e o Estado Parte. O preso será “cedido” ao TPI para responder ao processo contra ele instaurado. Terminado o procedimento, condenado ou absolvido, permanecerá em custódia e nessa condição será devolvido ao Estado Parte. Depois que cumprir sua pena no Estado Parte, a entrega definitiva será então concretizada.

IV

É pouco provável que um fato ocorrido no Brasil venha a cair na esfera de jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Não basta que aconteça em nosso território um dos crimes enunciados no art. 5º do Estatuto, mas também é preciso que fique demonstrado que o Estado nacional originariamente competente não tenha vontade ou capacidade de genuinamente investigar, processar e julgar os autores, segundo os termos do art. 17, notadamente as definições de falta de vontade (§ 2º) e incapacidade (§ 3º). O Brasil vive há 17 anos o mais longo período de estabilidade política e jurídica em sua história republicana, com todas as instituições em pleno funcionamento. Mesmo assim, a falta de definição de alguns crimes previstos no ER, como o crime de guerra e o crime contra a humanidade, poderia ser vista como uma forma de “incapacidade” de processá-los, caso ocorressem em território nacional.

Todavia, o pior que poderia acontecer é o Brasil tornar-se santuário para fugitivos procurados pelo Tribunal Penal Internacional, considerando a composição étnica de sua população, formada de numerosos contingentes de imigrantes e seus descendentes, as facilidades de ingresso no País, a imensa fronteira terrestre dificilmente vigiada em toda sua extensão. O portal eletrônico do TPI²⁵ noticia a existência de duas categorias de situações: “sob investigação”²⁶ e em “exames preliminares”²⁷.

Na primeira categoria, os países listados têm pouca relação de qualquer natureza com o Brasil. Já na segunda categoria, cabe reconhecer que, à exceção de Afeganistão e Geórgia, todos os demais países da lista mantêm algum tipo de elo com o Brasil, a saber: Colômbia,

25. Portal Eletrônico do TPI. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/EN_Menu/ICC/Pages/default.aspx>. Acesso em: 23 ago. 2015.

26. Com o seguinte rol de países: República Democrática do Congo, Uganda, República Centro-Africana (2 vezes), Darfur (Sudão), Quênia, Líbia, Costa do Marfim e Málí.

27. Com o seguinte rol de países: Afeganistão, Colômbia, Nigéria, Geórgia, Guiné, Honduras, Iraque, Ucrânia e Palestina.

Nigéria, Guiné, Honduras, Iraque, Ucrânia e Palestina. No caso da Colômbia, país fronteiriço, não seria a primeira vez que integrantes de grupos hostis se homizariam no Brasil. Nigéria e Guiné, situados na costa atlântica da África, mantêm fluxo constante de pessoas, cultura e comércio com nosso país há vários séculos. No sul do País vamos encontrar várias comunidades ucranianas que certamente não são alheias aos fatos deploráveis que acontecem em sua pátria de origem. No caso da Palestina, o Brasil recebe bem, há várias gerações, tanto judeus quanto árabes em praticamente todas as regiões do território nacional.

Aqui surgem numerosas perguntas à procura de respostas. Decerto as modalidades de cooperação que prescindem de atuação jurisdicional, notadamente aquelas que poderiam ser realizadas diretamente entre o Procurador do TPI e seu congênere do Ministério Público Federal, poderiam ser realizadas sem embaraços. Mas como responderia o Brasil a uma requisição de prisão e entrega de um cidadão de dupla nacionalidade, ucraniana e brasileira? A quem o Itamarati enviaria a requisição recebida em via diplomática? Que autoridade judiciária seria competente para decretar sua prisão e verificar a legalidade de sua entrega? Ou então, que autoridade administrativa se sentiria autorizada a ordenar sua prisão apenas com base no decreto de prisão oriundo do TPI sem a chancela de um juiz ou tribunal brasileiro? Como se comportaria um tribunal brasileiro diante de um *habeas corpus* destinado a sustar essa entrega com fundamentos, por exemplo, em **(1)** falta de tipicidade no direito brasileiro do crime pelo qual o paciente será processado em Haia; **(2)** incompetência da autoridade judiciária ou administrativa nacional que decretou ou determinou sua prisão; e **(3)** impossibilidade de entrega de brasileiro porque a entrega não passa de uma extradição com outro nome?

Infelizmente, a política externa não tem sido prioridade de nosso legislador nem de nossos governantes, salvo honrosas exceções. Tanto o Executivo quanto o Legislativo atuam reativamente nesse campo, e quase sempre por improvisação, apesar de possuírmos uma das mais qualificadas diplomacias do mundo. O Judiciário, a seu turno, é pouco permeável a temas de cooperação internacional e muito afeito a argumentos baseados numa acepção obsoleta de soberania nacional.

Mas o que temos é uma ratificação de tratado internacional e um dispositivo constitucional dispendo que o Brasil se submeterá à jurisdição do TPI. Se não cumprir suas obrigações internacionais, o Brasil, além de passar a ser visto como um mau parceiro internacional, poderá se ver na situação vexatória de ser admoestado pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas ou figurar como réu na Corte Internacional de Justiça, a depender da relevância da obrigação que deixar de cumprir – e tudo por desídia de nosso legislador, que tem a seu dispor um projeto de lei encaminhado pelo Poder Executivo há oito anos.

REFERÊNCIAS

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 4.038/2008*. Poder Executivo, apenso ao PL nº 301/2007, do Deputado Dr. Rosinha. Extrato do andamento, inteiro teor e pareceres das comissões. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=343615>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

ESTATUTO DE ROMA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL, versão em inglês com as emendas acrescentadas pela Assembleia dos Estados Partes em junho de 2010. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/ADD16852-AEE9-4757-ABE7-9CDC7CF02886/283503/RomeStatutEng1.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

ICC-OTP. *Paper on Some Policy Issues Before the Office of the Prosecutor*, de 17 e 18 de jun. 2003. Disponível em: <http://www.icc-cpi.int/nr/rdonlyres/1fa7c4c6-de5f-42b7-8b25-60aa962ed8b6/143594/030905_policy_paper.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2015.

LORANDI, Adriana (Coord.). *Tribunal Penal Internacional: implementação do Estatuto de Roma no Brasil*. Brasília: MPM, 2007.

OOSTERVELD, Valerie; PERRY, Mike; McMANUS, John. The Cooperation of States With the International Criminal Court, *Fordham International Law Journal*, v. 25, n. 3, p. 765-839, 2001. (Berkeley Electronic Press).

SHABAS, William A. *An Introduction to the International Criminal Court*. Cambridge University Press, 2002.



ISBN 978-85-85257-18-7 | OBRA COMPLETA

ISBN 978-85-85257-19-4 | VOL. 2