

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITO INTERNACIONAL I

FLORISBAL DE SOUZA DEL OLMO

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

SIDNEY CESAR SILVA GUERRA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito internacional I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Florisbal de Souza Del Olmo; Rogério Luiz Nery da Silva; Sidney Cesar Silva Guerra – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-601-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO INTERNACIONAL I

Apresentação

Estes anais contêm os dez artigos apresentados no Grupo de Trabalho "Direito Internacional I" no XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Salvador, Bahia, no período de 13 a 15 de junho de 2018, na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Para este Grupo estavam selecionados treze artigos, um dos quais não foi apresentado e dois outros serão publicados no Periódico – Plataforma Index Law Journals.

O primeiro trabalho, apresentado por Sidney César Silva Guerra e Fernanda Figueira Tonetto, O Direito Internacional e a Tutela da Universalidade dos Direitos Humanos e do Multiculturalismo, conclui que a humanidade ainda não atingiu o grau máximo de civilidade, deparando-se, não raro, com a existência de inéditas violências.

Claudia Fernanda Souza de Carvalho Becker Silva, a seguir, ocupa-se da prova obtida através da Cooperação Internacional e a sua validade no ordenamento jurídico, demonstrando que essas provas podem ser consideradas nos processos nacionais desde que seja possível o contraditório.

Na sequência, Kadmo Silva Ribeiro e Karla Luzia Alvares dos Prazeres apresentam trabalho sobre Adoção Internacional de Crianças e Adolescentes e a Convenção de Haia, enfatizando as formas e requisitos utilizados para a realização dessa adoção, englobando as expectativas almejadas pelo adotante e pelo adotado.

"A Retrotopia na Comunidade Internacional: do contrato social, do nacionalismo trinacionalista" foi o título do trabalho apresentado por Florisbal de Souza Del Olmo e Diego Guilherme Rotta, no qual alertam para os riscos de remonte do cenário de regimes totalitários de poder, visualizado no começo do século XX.

Ygor Felipe Távora da Silva tece expressivas considerações sobre o atual e constrangedor estágio da imigração de venezuelanos para o Brasil. Ressalta que essa migração, que ocorre no estado de Roraima, é constituída, em ampla maioria, por pessoas jovens, com idade de trabalhar, em sua maioria do sexo masculino, solteiras e que possuem considerável nível de escolaridade. Eles adentram em solo brasileiro sem disposição para retornar a seu país de origem, buscando, isso sim, deslocar-se para os estados brasileiros, sempre em busca de uma melhor qualidade de vida.

O trabalho seguinte, Convenção Internacional de Viena – CISG: a regulamentação do comércio eletrônico em âmbito internacional, de Ana Paula de Moraes Pissaldo e Luciana Vasco da Silva, acentuam que a expansão da tecnologia torna necessária a adequação ou harmonização das legislações vigentes, com a revisão de conceitos, inclusive de contratos básicos de compra e venda de bens.

Estudando a diversidade cultural e o Direito Internacional, Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza e Wanilza Marques de Almeida Cerqueira analisam a evolução do tratamento do Direito Internacional sobre o tema, bem como a influência sofrida pelos Direitos Humanos e "a gradual evolução rumo à consagração da personalidade jurídica a todo ser humano, independentemente de sua nacionalidade ou domicílio".

Segue-se ensaio que analisa, de forma sucinta, o papel da UNASUL em situações de instabilidade institucional dos seus Estados membros, buscando esclarecer a atuação nas crises do Paraguai e da Venezuela. Nele, Saulo de Medeiros Torres e Adson Kepler Monteiro Maia enaltecem como essa instituição pode fortalecer a democracia sul-americana.

No penúltimo trabalho apresentado, sobre o Princípio da Responsabilidade de Proteger do Estado e a aparente limitação das soberanias, Ines Lopes de Abreu Mendes de Toledo conclui que as intervenções militares demonstraram que a Responsabilidade de Proteger pode ser empregada de forma indevida e agravar conflitos existentes. Assim, o uso da força nesses campos necessita ser acompanhado da ideia de Responsabilidade ao Proteger.

Completando o rol de trabalhos, Paulo Joviniano Alvares dos Prazeres e Renata Morais Leimig Albuquerque discutem a ideia de proteção universal dos direitos humanos, baseada na utópica solução da Teoria do Risco Global de Ulrich Beck. Propugnam a construção de uma legislação única baseada no respeito às diferentes legislações internacionais, como também aos aspectos culturais, religiosos, raciais, entre outros e enfatizam que os tratados devem refletir um ideal comum e de viável efetivação.

Pode-se verificar a excelência de todos os trabalhos, ademais cada um deles aprovado por dois docentes com nível de doutoramento, oferecendo luzes sobre os temas abordados. Neles são ressaltadas nuances atuais do Direito Internacional em seus diversos segmentos.

Ótima leitura a todos.

Florisbal de Souza Del Olmo - Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

Rogério Luiz Nery Da Silva - Universidade do Oeste de Santa Catarina

Sidney Cesar Silva Guerra - Universidade Federal do Rio de Janeiro

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A PROVA OBTIDA ATRAVÉS DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E SUA
VALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO INTERNO**

**THE PROOF OBTAINED THROUGH INTERNATIONAL COOPERATION AND IT'S
VALIDITY IN DOMESTIC LEGAL ORDINANCE**

Claudia Fernanda Souza de Carvalho Becker Silva

Resumo

Prática entre os Estados soberanos é a assinatura de tratados para garantir cooperação nas áreas internacionais, no processo penal são para facilitar a investigação de crimes transnacionais. Nestes tratados há fixação dos procedimentos que devem ser seguidos para solicitação da apuração de provas. Em contrapartida o direito interno prevê requisitos para a prova ser considerada válida. Pretende-se demonstrar que provas produzidas através destes tratados podem ser consideradas nos processos nacionais desde que seja possível contraditório. A metodologia foi a indutiva, a técnica de pesquisa foi a bibliográfica resultado do grupo de pesquisa Comparatismo e os Limites da Cooperação Penal Internacional.

Palavras-chave: Prova, Prova emprestada, Processo penal, Cooperação internacional, Contraditório

Abstract/Resumen/Résumé

Practice between sovereign states is the signing of treaties to ensure cooperation in international areas, at criminal proceedings are to facilitate the investigation of transnational crimes. These treaties establish the procedures that must be followed to request the verification of evidence. Otherwise, domestic law provides requirements for proof to be considered valid. It is intended to demonstrate that evidence produced through these treaties can be considered in national proceedings only if possible to be contradictory. The methodology was the inductive, the research technique was the bibliographical result of the research group Comparatism and the Limits of International Criminal Cooperation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Evidence, Loaned evidence, Criminal proceedings, International cooperation, Adversarial proceedings

1. INTRODUÇÃO

O mundo globalizado elasteceu as barreiras criadas pela ideia de soberania nacional. Desde os primórdios se tem notícias de tratados tutelando direitos entre países. Porém, cada vez mais comum é a tutela pelo direito internacional de relações internacionais dos mais variados interesses através da formalização de tratados disciplinando a cooperação entre países para os mais diversos objetivos.

O direito processual penal também se viu compelido a se adequar a esse novo tempo, sendo objeto de tratados internacionais para a regulamentação de cooperação entre os Estados para repelir delitos.

O Código de Processo Penal brasileiro, por sua vez, traz disciplinado os meios de produção de provas que serão consideradas válidas para fins de condenação em processos penais nacionais. A confecção dessas provas deve, segundo expressa previsão legal, respeitar o devido processo legal e o contraditório; incluindo-se aqui a disciplina para a prova emprestada de processo diverso.

Porém, o crime não encontra barreiras territoriais nos Estados nacionais, alcançando mais de um em sua concretização, crescente são o número de crimes transnacionais que se apresentam.

Este artigo surgiu como resultado da tabulação de tratados realizada para o grupo de pesquisa Comparatismo e os Limites da Cooperação Penal Internacional, em que se questionou se estas provas, produzidas de acordo com os procedimentos estipulados nestes tratados de cooperação, poderão ser levadas em consideração no momento da sentença do processo penal brasileiro; se estas provas poderão ser consideradas provas válidas ou não respeitando os limites e garantias previstos no direito interno. A metodologia utilizada foi a indutiva e a técnica de pesquisa foi a bibliográfica com a consulta de doutrina e legislação.

2. A PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E O LIMITE DE SUA ACEITAÇÃO

A pretensão de reproduzir as condições do fato criminoso da forma mais eficiente possível tem sido um dos objetivos do processo penal.

Por isso necessário o estudo sobre as provas que poderão ser aceitas dentro do processo penal. Provar é demonstrar a veracidade de suas alegações convencendo o julgador

que sua versão dos fatos é a mais condizente com a verdade¹. Mas isso não pode ser feito a qualquer custo. No Brasil, são admitidos os mais diversos meios de provas², sendo estes regulamentados a partir do Título VII do Código de Processo Penal, artigo 155 e seguintes, onde se disciplina alguns destes meios, como exame pericial, interrogatório do acusado, provas documentais, entre outros. Entretanto, este rol não é taxativo, isto é, mesmo as provas que não estejam elencadas no Código de Processo Penal podem ser admitidas no processo desde que respeitadas as garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa, além da paridade de armas entre a defesa e a acusação.

Para que a prova seja considerada válida no processo penal brasileiro é necessário que, no mínimo, ela seja lícita, respeite o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa.

Prova lícita, é aquela obtida dentro da legalidade, ou seja, não pode ser colhida por qualquer meio vetado pela Constituição, pela lei^{3 4}, ou qualquer outro meio proibido bem como não pode ser derivada de nenhuma informação obtida por qualquer dos meios ilegais ou inconstitucionais – conhecida como a teoria da árvore envenenada⁵.

Já devido processo legal está previsto no artigo 5º, LVI da Constituição Federal, e é aquele que garante que o ato para ser válido e eficaz deve respeitar todo o procedimento estabelecido no ordenamento interno. Em razão dele é que só se pode processar alguém por fato anteriormente definido como crime, e nasce a necessidade de ser dada a todos a

¹ O termo prova origina-se do latim – *probatio* –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – *probare* –, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar. (NUCCI, Guilherme de Souza *Manual de processo e execução penal*. 11. Ed. Rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014, p. 338)

² “Tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo : Saraiva, 2010. p. 235).

³ Por exemplo, tortura, escuta telefônica ilegal, violação de dados bancários.

⁴ Salvo exceção quando for usada para beneficiar o réu.

⁵ Teoria norte americana adotada pelo Brasil através da consolidação da jurisprudência e que em 2008 foi expressamente incluída no Código de Processo Penal em seu artigo 157. A teoria disciplina que a contaminação da prova se dá pelo contato com a prova ilícita da qual ela é derivada, tal qual acontecerá com os frutos advindos de uma árvore que foi envenenada em sua essência. Assim, aquela prova que foi coletada por um meio viciado não poderá ser aproveitada no processo, por exemplo, a declaração de um réu que incrimina seu co-autor mas que foi admitida através de tortura. Essa teoria tem exceção prevista nos parágrafos do artigo 157 onde se admitirá a prova obtida através da prova ilícita em duas ocasiões: quando a sua descoberta seria inevitável pelo próprio desdobramento das investigações ou quando totalmente independente da primeira.

oportunidade de se provar aquilo que se alega dentro de um processo previamente conhecidas as regras⁶.

Aury Lopes (2007, p. 517) esclarece que “somente são considerados atos de prova e, portanto, aptos a fundamentarem a sentença, aqueles praticados dentro do processo, à luz da garantia da jurisdição e demais regras do devido processo penal”. Ou seja, é necessário que se garanta ao jurisdicionado que as provas produzidas respeitarão as normas previamente conhecidas do processo.

Além da licitude da prova produzida dentro de um procedimento previamente conhecido, todas as provas que serão aceitas deverão ser produzidas oportunizando às partes do processo que se manifestem sobre ela e que possam contradita-las, para que respeite o contraditório e a ampla defesa.

O contraditório é o princípio constitucional que garante a todos a oportunidade de se manifestarem de todas as provas produzidas no processo. Assim, mesmo que uma prova seja produzida pela acusação, a defesa deverá se manifestar sobre a mesma, podendo, inclusive, aproveitá-la como sua se lhe favorecer e vice-versa.

Em regra, o contraditório irá ser exercido no momento da produção da prova, por exemplo na tomada da oitiva de uma testemunha ela será inquirida pelas duas partes do processo. Porém, existem situações que exigem que a prova seja produzida e que o contraditório seja ofertado em momento posterior, é chamado pela doutrina de contraditório diferido ou postergado.

Para que haja a possibilidade desta antecipação de provas e que seja permitida a postergação do contraditório é necessário o risco grave de perecimento da prova e que ela não possa ser reproduzida em juízo; neste caso é autorizado que a prova seja produzida em momento anterior, por exemplo no inquérito policial, e que tenha validade na instrução probatória. Mas, “sua eficácia estará condicionada aos requisitos mínimos de *jurisdicionalidade, contraditório, possibilidade de defesa e fiel reprodução na fase processual*”. (LOPES Jr ; GLOECKNER, 2013, p. 215) Ou seja, o que sempre tem que ser garantido é que seja oportunizado à ambas as partes contraditarem a prova produzida em momento processual antecipado.

A ampla defesa é um princípio constitucional que caminha ao lado do contraditório, as vezes até mesmo se misturando com aquele. Determina que todos devem ter o direito garantido de poderem exercer, dentro do processo, uma defesa mais ampla possível, quer

⁶ As regras processuais devem ser conhecidas previamente, não se podendo inovar no meio do processo.

dizer, poder se defender com todos os meios permitidos ou não vetados em lei, de todos os atos e provas do processo. A ampla defesa é constituída de duas partes, a auto-defesa, realizada pelo próprio réu, geralmente no momento de seu interrogatório e da defesa técnica, realizada pelo defensor constituído para o caso.

Desta forma, sendo a prova obtida de maneira lícita e respeitadas as regras do devido processo legal, oportunizado ao acusado o direito ao contraditório e à ampla defesa, a prova produzida no processo será válida e poderá ser utilizada para embasar um decreto condenatório, de maneira contrária, a prova produzida sem a observância de qualquer um destes requisitos será nula e deverá ser desentranhada do processo.

2.1 A Prova Emprestada

A prova emprestada, exceção às regras expostas acima, é aquela que, em sendo produzida em outro processo irá ser transladada para o processo sub judice e será considerada válida. Isso se dá para se efetivar a busca pela verdade real, bem como, a economia processual, uma vez que a prova produzida em outro processo não precisará ser repetida no processo ao qual ela foi transladada.

Essa prova entrará no processo sempre como prova documental, mesmo que no processo originário ela tenha sido aceita em outra modalidade, por exemplo perícia ou depoimento.

Porém, para que ela possa ser aceita há que se respeitar o contraditório e a ampla defesa em relação, ou seja, é necessário que no processo de origem tenha se oportunizado a oportunidade da parte se manifestar e produzir todo o contraditório em relação a ela, ou que no processo em que ela seja transladada seja oportunizado este momento para ser efetivado o contraditório diferido.

Embora os autores de processo penal atentem para a necessidade da prova ser produzida em processo que vincule as mesmas partes por causa desta oportunidade do contraditório, o STJ manifestou entendimento contrário⁹ exigindo apenas que seja possível a efetivação do contraditório especificamente sobre a prova trazida de outro processo.

⁹ É admissível, assegurado o contraditório, prova emprestada de processo do qual não participaram as partes do processo para o qual a prova será transladada. A grande valia da prova emprestada reside na economia processual que proporciona, tendo em vista que se evita a repetição desnecessária da produção de prova de idêntico conteúdo. Igualmente, a economia processual decorrente da utilização da prova emprestada importa em incremento de eficiência, na medida em que garante a obtenção do mesmo resultado útil, em menor período de tempo, em consonância com a garantia constitucional da

Examinado a teoria da prova no ordenamento jurídico brasileiro, passa-se a examinar os tratados de cooperação jurídica em matéria penal ratificados pelo Brasil.

3. OS TRATADOS DE COOPERAÇÃO JURÍDICA EM MATÉRIA PENAL RATIFICADOS PELA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL ENTRE 1999 E 2017

O tratado internacional de auxílio jurídico mútuo em matéria penal firmado entre os dois países busca a ampla cooperação para fins de apuração de provas para elucidação de quaisquer crimes praticado e que seja do interesse de um dos signatários a sua persecução.

Segundo o Ministério da Justiça, em sua Cartilha sobre Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal, “A Cooperação Jurídica Internacional é o instrumento por meio da qual um Estado, para fins de procedimento no âmbito da sua jurisdição, solicita outro Estado medidas administrativas ou judiciais que tenham caráter judicial em pelo menos um desses Estados”. (SAADI, 2014)

Como explicam Trotta e Ferreira (2013) essa aproximação crescente entre os países se dá em virtude da crescente demanda de crimes transnacionais:

Fato é que, diante dos horrores verificados na 2ª Grande Guerra, a humanidade percebeu que, diante do fato de que inúmeros países têm condições de produzir armamentos de profunda letalidade, aliado ao contexto global que se tem caracterizado pela aliança de países, em blocos, com a finalidade comum de buscar superar as dificuldades econômicas de um mundo que tem crescido em patamares jamais vistos, é nítido que a humanidade vem desenvolvendo mecanismos no afã de tornar mais flexíveis as normatizações entre os países bem como no que tange à diminuição das diferenças.

Alguns delitos transnacionais, como o tráfico internacional de drogas, de pessoas, ou a lavagem de dinheiro, tornam-se cada vez mais organizados e de difícil elucidação. Além de, como seu *iter criminis* se dá em diversos Estados nacionais para sua complementação, necessitasse do esforço conjunto entre esses Estados para que se possibilite a produção de provas capazes de elidir essas condutas danosas.

duração razoável do processo, inserida na CF pela EC 45/2004. Assim, é recomendável que a prova emprestada seja utilizada sempre que possível, desde que se mantenha hígida a garantia do contraditório. Porém, a prova emprestada não pode se restringir a processos em que figurem partes idênticas, sob pena de se reduzir excessivamente sua aplicabilidade sem justificativa razoável para isso. Assegurado às partes o contraditório sobre a prova, isto é, o direito de se insurgir contra a prova e de refutá-la adequadamente, o empréstimo será válido. EREsp 617.428-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 4/6/2014. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *Informativo 543*, 2014, Disponível em: www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0543.rtf. Acesso em 23. mar. 2018)

No período de 1999 a 2017, o Brasil ratificou 18 tratados bilaterais com diversos países do mundo inteiro¹², além dos firmados de forma multilateral através de organismos internacionais como a ONU, ou regionais através do MERCOSUL.

Estes tratados, especificamente os de auxílio jurídico mútuo em matéria penal, estabelecem uma série de procedimentos para que a cooperação possa ser efetivada. Em sua grande maioria estes procedimentos dizem respeito a como o país requerente deve fazer para requerer o auxílio e quais os dados que devem constar da solicitação, alcance e eventual restrição à cooperação.

Além disso, também estão disciplinadas regras de como serão distribuídos os custos sobre as traduções dos documentos e requerimentos, sobre traslado de pessoas sob custódia para fins de testemunho, entrega de documentos, e a divisão de ativos recuperados no exterior.

Nos tratados, em sua maioria, existe a determinação de quem poderá solicitar esse auxílio em matéria penal, sendo estipulado que a solicitação se dará através de Autoridades Centrais, e não raro que no tratado bilateral já venha a informação que no Brasil essa autoridade central será o Ministério da Justiça.

Em relação a esta necessidade em específico, em órgãos oficiais do governo se acham informações bem mais amplas do que esta, por exemplo, na Cartilha do próprio Ministério da Justiça está descrito que:

(...) se determinada autoridade pode solicitar alguma medida perante o judiciário nacional, ela também o pode via cooperação jurídica. Por exemplo, estão habilitados a solicitar cooperação jurídica para uma ampla gama de medidas, membros do Poder Judiciário, dos Ministérios Públicos e das Polícias Judiciárias. (Saadi, 2014)

Alexandre de Moraes (2014), elenca os requisitos necessários para que o STF possa deferir um pedido de cooperação internacional:

O pedido de cooperação jurídica internacional em matéria penal, apesar de algumas variações pontuais em face das leis do Estado requerido e dos tratados firmados, **apresenta um núcleo legal fundamental (requisitos mínimos) necessário para seu deferimento**, em respeito à Constituição Federal e ao ordenamento jurídico:

¹² Bélgica Decreto n. 9.130/2017; Canadá Decreto n. 6.747/2009; China – República Popular da China Decreto n. 6.282/2007; Colômbia Decreto n. 3.895/2001; Coreia do Sul Decreto n. 5.721/2006; Cuba, Decreto n. 6.462/2008; Espanha Decreto n. 6.681/2008; Estados Unidos da América Decreto n. 3.810/2001; França Decreto n. 3.324/1999; Honduras Decreto n. 8.046/2013; México Decreto 7.595/2011; Nigéria Decreto 7.582/2011; Panamá Decreto 7.596/2011; Peru Decreto 3.988/2001; Reino Unido Decreto n. 8.047/2013; Suíça Decreto n. 6.974/2009; Suriname Decreto n. 6.832/2009; Ucrânia Decreto n. 5.984/2006

(a) resumo da investigação causadora do pedido, com claras informações que identifiquem o juízo natural com competência para deferi-las; (b) identificação dos investigados; (c) Narrativa específica e objetiva dos fatos investigados, de maneira a demonstrar a necessidade da medida pleiteada no âmbito da investigação específica, a fim de plena observância do *princípio da especialidade*; (d) a transcrição dos dispositivos legais imputados aos investigados, de maneira a cumprir o requisito da *dupla incriminação* (mesmo que, por exemplo, na hipótese do Protocolo do Mercosul tenha havido atenuação desse requisito pelo artigo 1º, item “4”); (e) a especificação da assistência solicitada, ou seja, as diligências a serem realizadas; (f) o objetivo da medida pleiteada. (grifo nosso)

Em relação ao tópico específico de quem poderá solicitar a produção da prova, o que causa estranheza no estudo dos tratados bilaterais é que em alguns deles não se encontra a menção sobre a possibilidade da produção destas por requerimento pela parte que está sofrendo uma persecução criminal pelo Estado requerente (ou seja, o concernido). Nem ao menos está prevista a sua intimação para acompanhamento da produção da prova.

Os tratados analisados levam em consideração apenas os interesses dos Estados requerentes e requeridos - salvo exceções – omitindo sobre a possibilidade do pedido ou até mesmo do acompanhamento da confecção da prova pelo concernido, aquele que suporta o processo no direito brasileiro. Aliás, no caso particular no tratado 6.681, de 08 de dezembro de 2008, firmado com o Reino da Espanha, em seu artigo 1.4.c, existe a previsão expressa sobre a impossibilidade do pedido de produção por parte do concernido.

Para os objetivos deste artigo científico optou-se por escolher dois dos tratados de assistência judiciária mútua em matéria penal do qual o Brasil é signatário para análise de seus conteúdos, sendo estes o Decreto lei 3.810, com o governo dos Estados Unidos da América, o Decreto 6.974, com o governo da Confederação Suíça.

Esta escolha se deu em virtude dos Estados Unidos da América ser um dos países com o qual o Brasil realiza a cooperação internacional e, em relação à Suíça por ser um tratado que em uma primeira leitura parece que irá resguardar os direitos do concernido.

3.1 Análise do Decreto Lei 3.810 - Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal com o Governo dos Estados Unidos da América

O tratado firmado com os Estados Unidos da América em 14 de outubro de 1997, e ratificado no Brasil em 15 de fevereiro de 2001, foi promulgado no Decreto lei 3.810, que prevê a Assistência Judiciária em Matéria Penal entre os dois países.

Já nos considerandos consegue-se verificar o objetivo de ambos os Países de impedir qualquer forma de delito seja transnacional ou com alcance internacional quando se

estabelece que o acordo se dará porque ambos os países são “Desejosos de facilitar a execução das tarefas das autoridades responsáveis pelo cumprimento da lei de ambos os países, na investigação, inquérito, ação penal e prevenção do crime (...)”. (BRASIL, 2001)

Em relação a quem pode requerer essa cooperação, no artigo II o Decreto estabelece que será requerida através da comunicação entre as autoridades centrais, que no caso do Brasil será o Ministério da Justiça, e nos Estados Unidos será o Procurador Geral, deixando de mencionar a possibilidade deste requerimento ser realizado pelo concernido (aquele que sofre a persecução criminal), bem como durante todo o decreto deixa de prever a participação do mesmo durante todo esse processo colaborativo.

Em relação ao momento que se pode requerer a cooperação, o tratado estabelece, em seu artigo 1.1 que será suficiente para o efetivo auxílio entre os países a mera investigação, em fase preliminar, dentro dos órgãos oficiais do País requerente, ainda que sem um inquérito ou processo judicial formalizado contra o concernido, ou seja, uma cooperação poderá se realizar sem ao menos o concernido ter ciência que esta sofrendo uma investigação em seu país de origem já que a investigação pode ocorrer sem seu conhecimento prévio.

No artigo 1.2 vem elencado um rol de modalidades de provas que podem ser requeridas para a produção no país requerido¹⁷, sendo essas produzidas às expensas do mesmo, salvo a exceção prevista no artigo VI¹⁸ que correrão por conta do requerente.

O que se mostra de extrema importância é a ressalva contida no artigo I.5 que estabelece que “seus dispositivos não darão direito a qualquer indivíduo de obter, suprimir ou excluir qualquer prova ou impedir que uma solicitação seja atendida”. (BRASIL, 2001)

Outro dispositivo que chama a atenção no decreto é a desnecessidade expressa da dupla incriminação²⁰ – tal como ocorre nos tratados que estipulam as regras de extradição. No

¹⁷ Artigo I.2. A assistência incluirá:

- a) tomada de depoimentos ou declarações de pessoas;
- b) fornecimento de documentos, registros e bens;
- c) localização ou identificação de pessoas (físicas ou jurídicas) ou bens;
- d) entrega de documentos;
- e) transferência de pessoas sob custódia para prestar depoimento ou outros fins;
- f) execução de pedidos de busca e apreensão;
- g) assistência em procedimentos relacionados a imobilização e confisco de bens, restituição, cobrança de multas; e
- h) qualquer outra forma de assistência não proibida pelas leis do Estado Requerido. (BRASIL, Decreto nº 3.810, de 2 de maio de 2001. Disponível em :

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3810.htm Acesso em: 23 de out. 2017)

¹⁸ honorários devidos ao perito, as despesas de tradução, interpretação e transcrição, bem como ajudas de custo e despesas resultantes do transporte de pessoas (BRASIL, Decreto nº 3.810, de 2 de maio de 2001. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3810.htm Acesso em: 23 de out. 2017)

tratado em análise, conforme o disposto no artigo 1.3, existe a expressa desnecessidade da dupla incriminação, sendo necessária para a efetivação da colaboração a incriminação no país requerente, porém, desnecessário que a conduta seja tipificada no país requerido.

Necessário fazer uma ressalva que, conforme adverte Belotto, Madruga e Tosi (2012), embora previsto expressamente a não necessidade de dupla incriminação, em algumas circunstâncias os países signatários negam a cooperação com base no artigo XVI.2 do tratado alegando que se não existe ilícito (porque não respeita à dupla incriminação) não existe motivos para adoção de medidas coercitivas.

Diante de todo o tratado analisado, sente-se falta da previsão da possibilidade de participação do concernido na requisição ou produção das provas produzidas, restando claro que o tratado assinado e ratificado prevê apenas normas de cooperação da ação repressiva do Estado, não possibilitando a participação do concernido na produção das provas que serão, posteriormente, juntadas aos autos.

3.2 Decreto Lei 6.974 - Tratado de Cooperação Jurídica em Matéria Penal com a Confederação Suíça

O Decreto lei 6.974 promulga a ratificação do tratado assinado entre o Brasil e a Confederação Suíça em 12.05.2012, tratando sobre o auxílio mútuo em matéria penal.

O tratado em análise, em seu artigo 1º, já prevê a obrigação de conceder a cooperação em casos de “investigação ou procedimento judiciário relativos a delitos cuja a repressão é da jurisdição do Estado Requerente” (BRASIL, 2009), bem como que os Estado trocarão uma lista de quem serão as autoridades competentes para apresentação do pedido.

Em geral, os tratados preveem como autoridade competente para solicitar a cooperação o Ministro da Justiça, sendo mais ampla essa previsão de lista de autoridade; embora no tratado em análise, no artigo 23, está estabelecida como autoridade central a Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça o que acabam levando a conclusão que esta será a autoridade mais autorizada a requerer o auxílio.

Ainda no artigo 1º.3 vem prevista uma série de medidas que podem ser requeridas pelo Estado requerente, sem mencionar a participação do concernido, seja pela intimação ou notificação que algum ato será realizado.²³

²⁰ Este princípio estabelece que para que seja possível a efetivação de uma colaboração penal internacional é necessário que a conduta seja tipificada como crime em ambos os países.

²³ a) tomada de depoimentos ou outras declarações;

Um direito do concernido mencionado no tratado é a vedação expressa da cooperação em caso de *bis in idem*. Porém, no mesmo artigo 4 que se encontra a vedação, também se encontra as exceções a essa vedação, sendo elas:

- a) Se os fatos visados pelo julgamento foram cometidos, no todo ou em parte, no território do Estado Requerente, a menos que, nesse último caso, tenham sido cometidos igualmente em parte no território do Estado Requerido;
- b) Se os fatos visados pelo julgamento constituam delito contra a segurança ou contra outros interesses essenciais do Estado Requerente;
- c) Se os fatos visados pelo julgamento foram cometidos por funcionário do Estado Requerente com violação dos seus deveres funcionais. (BRASIL, 2009)

Nota-se que esta garantia é relativizada no processo de cooperação, não sendo absoluta.

Outra garantia encontrada no tratado em análise é a de que em caso de medidas coercitivas a serem requeridas, podem ser recusadas em caso de não haver dupla incriminação e as condutas terem sido praticadas no Estado requerido. Medida salutar em defesa do concernido, uma vez que a ação supostamente realizada também será reconhecida como crime no Estado requerido.

Uma inovação visando a economia processual e o aproveitamento do ato trazida por este tratado é a previsão expressa da utilização de vídeo conferência para tomada de depoimentos. Esta medida prevista no artigo 21, se bem aplicada, poderá possibilitar o contraditório para a produção da prova. Ressalta-se que no tratado em nada menciona a necessidade da intimação do concernido para a participação desta audiência, devendo seguir a normativa interna do Estado requerente.

Utilizando-se de uma interpretação garantista, também poder-se-á antever uma garantia a um contraditório na regra prevista no artigo 8 que possibilita ao Estado Requerente autorizar a participação “de pessoas que participarem do procedimento, bem como de seus advogados, a assistir à execução do pedido em seu território”. (BRASIL, 2009) Essa

b) entrega de documentos, registros e elementos de prova, inclusive os de natureza administrativa, bancária, financeira, comercial e societária;

c) restituição de bens e valores;

d) troca de informações;

e) busca pessoal e domiciliar;

f) busca, apreensão, seqüestro e confisco de produtos de delito;

g) intimação de atos processuais;

h) transferência temporária de pessoas detidas para fins de audiência ou acareação;

i) quaisquer outras medidas de cooperação compatíveis com os objetivos deste Tratado e que sejam aceitáveis pelos Estados Contratante. (BRASIL, Decreto nº 6.974, de 7 de outubro de 2009. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6974.htm. Acesso em: 23 de out. 2017)

participação é possível, dependendo da liberalidade do Estado Requerente para a sua efetivação, não sendo obrigatória a intimação ou notificação do concernido.

O tratado autoriza o encaminhamento espontâneo de meios de provas e informações, sem sequer necessitar de uma solicitação de cooperação formal. O artigo 29 determina que se essa troca de informação possibilitar ao Estado que as receba apresente um pedido de cooperação, inicie um procedimento penal em sua jurisdição, ou ainda facilite uma investigação em curso, não será necessária nenhuma formalidade para que ela se efetive. (BRASIL, 2009)

Este decreto demonstra uma evolução no resguardo de algumas garantias.

4. A UTILIZAÇÃO DAS PROVAS OBTIDAS ATRAVÉS DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL E SUA VALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A prova obtida através dos tratados de auxílio mútuo em matéria penal são provas produzidas fora do processo penal ordinário, sendo importadas para dentro dele e tendo que respeitar o ordenamento jurídico nacional para que sejam consideradas válidas sob pena de serem consideradas nulas e serem extirpadas do procedimento.

Para que essas provas possam ser aproveitadas dentro do ordenamento jurídico vigente elas têm que respeitar a normatização interna do país e se adequar as garantias constitucionais. Assim, elas devem ser lícitas (obtidas de maneira não vedada em lei ou moralmente ilegítimas), respeitar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

Conforme verificado pela análise dos dois tratados internacionais tratados neste artigo, as provas serão produzidas no Estado requerido, sem a participação do concernido para exercer naquele momento sua contradita.

Mas isso, por si só, não invalida a utilização destas provas no processo penal brasileiro, para considerar a validade da produção exterior dessas provas pode-se levar em considerações duas modalidades de produção de provas que também são obtidas sem o contraditório direito, as provas emprestadas e as provas produzidas antecipadamente.

Como já mencionado, existem casos em que se admite a produção antecipada da prova oportunizando posteriormente a produção do contraditório. Bem como também é admitido no ordenamento jurídico que a parte utilize uma prova produzida em outro processo crime para provar. Porém, em ambos os casos para que essa prova possa ser aproveitada em um processo penal existe algumas garantias que devem ser respeitadas.

Uma dessas garantias é que a prova seja produzida com a participação efetiva de todas as partes. Assim, só poderá ser requisitado o aproveitamento destas provas se em algum momento processual for oportunizado o contraditório.

Assim, a prova emprestada não submetida ao contraditório no processo para o qual foi transladada não tem nenhuma valia, não podendo formar validamente a convicção do Julgador.

Acta facta in uno judicio nin fidem faciunt. Os atos produzidos em juízo não têm eficácia em outro... E se o processo de onde se transladou a prova houver sido anulado? Com muito mais razão é de ser aplicado o aforismo, uma vez que a nulidade contaminou também a prova. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 237.)

Ocorre que ao se analisar os tratados pode-se constatar que eles em nenhum momento resguardam essas garantias do contraditório e da ampla defesa, pelo contrário, apenas possibilitam que a acusação produza as provas que entender necessárias, sem possibilitar que o concernido se manifesta no momento da confecção das mesmas.

Isso pode significar algumas amarras para as provas produzidas em sede de auxílio internacional mútuo para matéria penal, vez que somente se poderá admitir aquelas provas documentais que possibilitem o exercício do contraditório diferido e com isso a busca pela ampla defesa e o respeito pelo devido processo penal.

Poder-se-ia aqui, somente como meio argumentativo, alegar que as provas produzidas no inquérito policial também não respeitam o contraditório, e que o tem de maneira postergada, diferida. E isso é realmente a onde se pretende chegar. Observe que o inquérito policial é o momento oportuno para que seja feita a colheita de provas que irão servir para demonstrar para o juízo um mínimo interesse de agir da acusação. Assim, desnecessário que nessa fase seja concedida à defesa todo o contraditório – posição, inclusive, que já encontra críticas na doutrina mais garantista.

Porém, no caso do inquérito policial as provas produzidas no inquérito policial serão, em regra, produzidas novamente em juízo e, nesta fase, será possibilitada à defesa o uso de toda contradita necessária.

Dissertando sobre o inquérito policial Aury Lopes Jr e Ricardo Gloeckner (2013, p.324) afirmam que:

Ademais, é absolutamente inconcebível que os atos praticados por uma autoridade administrativa, sem a intervenção do órgão jurisdicional, tenham valor probatório na sentença. Não só não forma praticados ante o juiz, mas simbolizam a inquisição do acusador, pois o contraditório é meramente aparente e muitas vezes absolutamente inexistente. Da mesma forma, a igualdade nem sequer é um ideal pretendido, muito pelo contrário, de todas as formas se busca acentuar a vantagem do acusador público.

Assim, para que se possa aproveitar as provas produzidas em um acordo de cooperação penal internacional ter-se-á que admitir a realização deste contraditório em momento oportuno após o traslado desta prova para dentro do processo penal acusatório.

Como bem afirmam Cervini e Tavares (2000, p. 175):

Na medida em que a legislação interna visa a combater a criminalidade mediante o emprego de normas subordinadas a procedimentos democráticos de realização jurídica, onde se busca equacionar a defesa da liberdade individual, por um lado e os interesses punitivos, por outro lado, os princípios da cooperação penal internacional devem igualmente estar subordinados a determinados limites dogmáticos.

O que se deseja com as cooperações internacionais não são condenação a qualquer custo de “inimigos” selecionados pelo Estado, e sim a busca pela condenação de infratores dentro de um processo legal com direito ao contraditório e paridade de armas entre as partes, e isso só será possível a partir do momento em que for possibilitado ao concernido não apenas a ciência da produção das provas em país signatários de acordos com o Brasil, mas, mais do que isso, possibilitando que esses concernidos possam também produzir provas para suas defesas dentro destes mesmos tratados e estar presente no momento da produção das provas requeridas pelo Estado brasileiro aos países requeridos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo científico discutiu a legitimidade das provas que serão obtidas através das cooperações internacionais previstas através de decretos internacionais de auxílio e cooperação em matéria penal.

A primeira parte deste artigo demonstra que no ordenamento jurídico brasileiro para que a prova seja considerada válida é preciso que ela tenha sido produzida dentro do devido processo legal e que respeite o contraditório.

No terceiro capítulo se verificou o teor dos tratados de cooperação internacional em matéria penal, observando o procedimento prescritos para o auxílio entre eles. Fez-se uma análise dos tratados firmados com os Estados Unidos da América e com a Confederação Suíça para que se pudesse verificar como eram formalizados os procedimentos e quais as garantias concedidas a quem sofre a persecução criminal.

No último capítulo, com base na análise realizada conclui-se que os tratados internacionais de auxílio mútuo em matéria penal não se preocupam em garantir ao

concernido a participação no momento da produção da prova, nem ao menos exige que se dê ciência da confecção desta prova no país requerido.

Assim, a prova trazida para dentro do processo penal somente poderá ser considerada válida se houver alguma maneira que legitimar o contraditório diferido, para que este seja exercido em momento posterior ao da confecção da prova, e aceita no processo para fins de justificar uma eventual condenação.

Os acordos internacionais analisados são de extrema importância para a cooperação na produção de crimes de difícil elucidação como crimes de lavagem de dinheiro que geralmente não deixa muitos rastros de seu *inter criminis* e que se consolidam em países diversos dos quais eles são originários.

Ocorre que existe uma inconsistência no momento da produção das provas quando os concernidos não são cientificados que as mesmas serão produzidas e que não lhes é oportunizado a produção do contraditório no momento da confecção da prova. Assim, se não for possível a realização do contraditório diferido, não é possível o aproveitamento desta no ordenamento jurídico brasileiro.

Não se pode a extirpar do ordenamento jurídico garantias básicas de defesa do cidadão em nome de uma guerra contra qualquer tipo penal, sob o risco de transformar o ordenamento interno em um que autorize a utilização do direito penal do inimigo.

6. Referências

BELOTTO, Ana Maria de Souza; **MADRUGA**, Antenor; **TOSI**, Mariana Tumbiolo. *Dupla incriminação na cooperação jurídica internacional*, 2012. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/4678-Dupla-incriminacao-na-cooperacao-juridica-internacional> Acesso em: 30. Out. 2017

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo : Saraiva, 2010.

BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em: 23 de out. 2017

BRASIL, Decreto nº 3.810, de 2 de maio de 2001. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3810.htm Acesso em: 23 de out. 2017

BRASIL, Decreto nº 6.681, de 8 de dezembro de 2008. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6681.htm. Acesso em: 23 de out. 2017

BRASIL, Decreto nº 6.974, de 7 de outubro de 2009. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6974.htm. Acesso em: 23 de out. 2017

CERVINI, Raul; **TAVAREZ**, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do MERCOSUL*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 175

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007

LOPES Jr, Aury ; **GLOECKNER**, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 5 ed. São Paulo, Saraiva. 2013

MORAES, Alexandre. *STF e os pedidos de cooperação internacional em matéria penal*. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-13/justica-comentada-pedidos-cooperacao-internacional-materia-penal#author>. Acesso em:30 de out. 2017

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e de Execução Penal* . São Paulo : Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza *Manual de processo e execução penal*. 11. Ed. Rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014

SAADI, Ricardo Andrade. *Cartilha Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal* . 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/arquivos/cartilha-penal-09-10-14-1.pdf>. Acesso em :23 de out. 2017

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *Informativo 543*, 2014, Disponível em: www.stj.jus.br/docs_internet/informativos/RTF/Inf0543.rtf. Acesso em 23. mar. 2018

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. - São Paulo: Saraiva, 2010.

TROTTA, Sandro Brescovit; **FERREIRA**, Luciano Vaz. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: Contornos históricos*. - Revista Eletrônica da Faculdade de Direito jan.jun de 2013. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/13497/9528>. Acesso em : 30 de out. 2017.