

INTRODUÇÃO

O contexto dos tratados que tratam de cooperação internacional em matéria penal, quase que, na maioria das vezes são analisados a partir da visão do quanto às cartas rogatórias eram ineficientes e o quanto as ferramentas possibilitadas pelos acordos de cooperação internacional em matéria penal facilitam o trabalho das instituições responsáveis pela persecução penal. Parte da problemática que cabe a academia enfrentar a respeito deste tema é do quanto estes mecanismos se alinham a uma estrutura que traga eficiência ao trabalho do Estado, mas que efetivamente não venham a ferir direitos constitucionais tão duramente conquistados.

Em tempos em que, ao invés de buscar o criminoso a partir do crime que este cometeu, passou-se a buscar o crime pelo criminoso, ou, em que pese aquele que é acusado de determinada conduta tipificada em nosso ordenamento jurídico como tal, torna-se imperioso aprofundar um olhar mais localizado quanto às garantias processuais penais envolvidas neste processo: em que medida podemos realmente discutir paridade de armas entre estado e o acusado? Quais os limites e a legalidade das medidas tomadas no tocante a produção de provas, testemunhos? Os procedimentos praticados em outros países, embora, tenha como objetivo a persecução criminal – que é atividade própria do estado em seu caráter investigador e punitivo – podem ser normalmente ratificados em nosso país independente dos procedimentos tomados pelo país cooperador? Ainda que normas básicas e garantias em vigor em nosso país não tenham sido observadas? E os procedimentos em que o advogado ou a defesa técnica dos acusados não participaram nem ao menos por representação? É um contexto de algumas perguntas que se pretende alcançar neste trabalho.

Para tanto, estabeleceu-se a análise de, em especial, dois dos principais Tratados de Cooperação Internacional em matéria penal: os Tratados de cooperação entre Brasil e Estados Unidos da América e do Brasil com a Suíça – ambos tratados apresentam-se como molde para as demais cartas em vigor com diversos países, mas possuem singularidades que, normalmente serão abordadas.

Junto a isso, faz-se o levantamento bibliográfico que será contrastado com os dados retirados de ambos os acordos que serão analisados, e comparados com pontos do nosso ordenamento jurídico.

A análise qualitativa visa indicar pontos de contrastes e problemáticas identificadas, além de uma coleta de informações que possa normalmente ser pano de fundo para a continuidade dos debates acerca do tema – objetivo maior da academia.

A partir da análise de leis e bibliografias pretende-se fazer uma breve abordagem a respeito da influência dos dispositivos advindos dos Tratados de Cooperação em matéria penal – em especial os Tratados celebrados com a Confederação Suíça (Decreto 6.974/2009) e com os Estados Unidos da América (Decreto 3.810/2001) - e identificar alguns pontos dos acordos e desacordos com o ordenamento constitucional pátrio.

O objetivo deste trabalho é justamente analisar os limites, as influências e principalmente as principais problemáticas que possam surgir destas duas células de estudo escolhidas como amostra – no caso os dois tratados anteriormente citados.

O problema que se lança mão da discussão é basicamente analisar em que medidas e padrões quais as relações e possíveis problemas ainda subsistem no desenvolvimento da cooperação e os naturais pontos de conflito dos mesmos com as garantias constitucionais e processuais existente no ordenamento jurídico brasileiro.

As principais hipóteses que se observam na proposta deste trabalho partem da ideia de que os dispositivos e parte dos procedimentos, embora, tragam em muitos pontos convergência com objetivos de uma maior eficiência, principalmente no que se refere em temas correntes como a questão da corrupção e da atuação de organizações criminosas – reconhecidamente problemas que rompem os limites das fronteiras do país – além da possibilidade de diversos outros usos, além de temáticas outrora não tratadas no Brasil como a exemplo, a questão do Terrorismo.

São alguns dos objetivos deste trabalho: *(i)* verificar em que medida o diálogo entre eficiência de dispositivos presentes nos dois tratados utilizados como matéria prima de análise respeitam e dialogam com os dispositivos constitucionais existentes no ordenamento jurídico brasileiro; *(ii)* Analisar os contextos de estabelecimento dos referidos tratados, similaridades entre os dois, avanços e desacordos nos dispositivos de um em relação ao outro.

O trabalho foi dividido em 2 capítulos, sendo que o primeiro procura fazer uma análise quanto a complexidade existente entre a busca da eficiência em acordos de cooperação em matéria penal, sem que isso signifique o desrespeito a garantias constitucionais de testemunhas e pessoas envolvidas no procedimento de cooperação.

O segundo capítulo, dividido em duas partes, aprofunda a análise dos dois tratados que objetivamos o estudo neste trabalho: o ponto 2.1 apresenta uma análise a respeito dos termos do acordo de cooperação em matéria penal estabelecido entre Brasil e Estados Unidos – apontando acordos e desacordos na estrutura e no desenvolvimento das ferramentas da respectiva carta; O ponto 2.2, aprofunda o Acordo de cooperação estabelecido entre Brasil e a Confederação Suíça, mostrando pontos contrastantes, ou, similares com o Tratado estabelecido entre o Brasil e os Estados Unidos.

Por fim, faremos um breve arrazoado conclusivo expondo de forma sintética os pontos mais importantes tratados e o resultado das análises aqui desenvolvidas.

1 – TRATADOS DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL: UM DIÁLOGO A SER SUPERADO ENTRE EFICIÊNCIA AMPLIADA ALIADA A GARANTIAS FUNDAMENTAIS E DIGNIDADE HUMANA RESPEITADAS.

Bechara (2011, p.42) conceitua cooperação jurídica internacional como sendo um *“conjunto de atos que regulamentam o relacionamento entre dois Estados ou mais, ou ainda entre Estados e Tribunais Internacionais, tendo em vista a necessidade gerada a partir das limitações territoriais de soberania”*.

Como proposta base desse trabalho, elegemos para análise e estudo, dois dos principais tratados de cooperação internacional em matéria penal: o Tratado junto aos Estados Unidos começou a ser dialogado entre Brasil e Estados Unidos no ano de 1997, sendo por fim oficializado com a promulgação do Decreto nº. 3810 de 02 de maio de 2001; o segundo tratado trabalhado nesta análise é o Tratado da Confederação Suíça, consolidado através da promulgação do Decreto nº. 6974 de 07 de Outubro de 2009, como finalização de Tratado estabelecido em Berna, em 12 de maio de 2004.

Questão basilar na discussão dos tratados de cooperação em matéria penal é justamente as possibilidades de desenvolvimento de mecanismos que aliem maior eficiência nos atos de persecução criminal dos Estados, sem que para isso afetem-se direitos da dignidade humana. A respeito de tal contexto Sarah Maria Veloso Freire Lopes (2013, p.1-14) afirma *que a eficiência da cooperação jurídica penal internacional está atrelada à observância dos direitos humanos, tendo em vista os padrões éticos normativos e o respeito às garantias processuais* - aqui cabe uma reflexão ao trabalho acima citado que analisa a questão da cooperação internacional

muito mais a respeito da perspectiva do aprimoramento de medidas do Estado, muito embora fale na questão do respeito a garantias, a alternativa pela eficiência não pode legitimar que o Estado utilize-se de qualquer procedimento, a partir de expedientes genéricos: situação também criticada por Bechara (2011) oportunidade em aprofunda a ideia de garantismo¹ idealizado por Luigi Ferrajoli.

Neste mesmo sentido, a tutela de direitos e garantias fundamentais, deve ser albergada na busca do equilíbrio entre os mecanismos de cooperação jurídica internacional e a proteção de direitos e garantias fundamentais (GALÍCIA, 2014), sem necessariamente isso significar a abertura de mão por parte do Estado de novas ferramentas de combate ao crime na contemporaneidade – notadamente sem expedientes movidos por uma sanha punitivista (COSTA, 2007) que relativiza direitos em nome de uma noção vazia de “eficiência”: essa visão vazia de eficiência seria aquela que não contempla a lógica da tríplice hélice, que preza pelo equilíbrio eficiência, justiça e garantias, pois, sem “garantias não haverá justiça e eficiência legítima, sem justiça não há eficiência, sem eficiência não há garantias ou justiça” (WEDY, 2013) – sendo que a ausência destes três elementos primordiais acabaria por viciar e ferir a legitimidade dos procedimentos perante o contexto de um Estado Democrático de Direito.

Entre as principais alegações motivadoras da origem dos Tratados de Cooperação Internacional em matéria penal residem alguns pontos: (i) a ineficácia das tradicionais cartas rogatórias (BECHARA, 2011); (ii) a necessidade de mecanismos mais céleres e eficientes que pudessem servir de anteparo para a atuação do estado em crimes e situações que extrapolam os limites fronteiriços do país (crimes transnacionais); (iii) o combate a novas modalidades de crime e procedimentos inovadores advindos a partir dos avanços de meios tecnológicos (GALÍCIA, 2014).

Toma-se, por ponto de partida a seleção de pontos interessantes de ambos os Tratados. Contudo, trazemos uma problemática básica de início: como conciliar a eficiência em mecanismos de cooperação com os dispositivos garantidores de um

¹ Ao que se percebe o garantismo parece ter se tornado, assim como os Direitos Humanos, conceitos profundamente atacados na sociedade contemporânea, ao fio e ao cabo, quase sempre vinculados a uma visão de que tanto o garantismo quanto os Direitos Humanos fossem conceitos voltados para a proteção de criminosos, mas não para salvaguarda de Direitos Cívicos. Um prova disso é o artigo trabalhado pelo professor Lênio Luiz Streck quando trata a respeito das críticas que o Ministro Luís Roberto Barroso vem fazendo ultimamente quanto fala de garantismo e o atrela a uma ideia de leniência com aqueles que cometem crimes. Sobre tal questão vide o artigo publicado no Conjur disponível no endereço eletrônico: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-24/senso-incomum-ministro-barroso-minha-dor-perceber-apesar-tudo-tudo>

Estado de Direito Democrático em que normas penais não podem subsistir sem clareza e objetividade e, em hipótese nenhuma podem seguir o brocardo maquiavélico de que “a finalidade justifica a utilização de qualquer meio” – o que nos levaria a uma lógica utilitarista e visivelmente incompatível com as normas processuais penais em nosso país?

Moraes (2014)² apresenta essa preocupação de forma bem clara quando, referindo-se ao Supremo Tribunal Federal fez a seguinte declaração:

“Há, portanto, na esteira dessas manifestações do STF, a necessidade da fixação de parâmetros constitucionais para a utilização de cooperação jurídica internacional em matéria penal, com a imprescindível ponderação entre a necessidade de combate à corrupção e à criminalidade organizada e o respeito às inviolabilidades constitucionais”³.

Alexandre de Moraes ainda apresenta uma série de pontos que necessitam serem melhores definidos, a fim de que a eficiência trazida com os avanços advindos dos Tratados de Cooperação em matéria penal, não sofram desgaste, e que, impreterivelmente, necessitam de “requisitos mínimos” para o seu deferimento, em observância a Constituição Federal e ao ordenamento jurídico pátrio – alguns desses pontos são alertados por Moraes:

(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) transcrição dos dispositivos legais imputados aos investigados, de maneira a cumprir o requisito da *dupla incriminação*; (e) a especificação da assistência solicitada, ou seja, as diligências a serem realizadas; (f) o objetivo da medida pleiteada.⁴

Um dos principais problemas indicados nos atuais Tratados de Cooperação Internacional em matéria penal é a generalidade nos atos, a subjetividade nos procedimentos acaba por gerar uma série de afrontas a garantias constitucionais em

² MORAES, Alexandre de. STF e os pedidos de cooperação internacional em matéria penal. Revista Consultor Jurídico, 13 de agosto de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-13/justica-comentada-pedidos-cooperacao-internacional-materia-penal>

³ Ibid.

⁴ Ibid.

nosso ordenamento jurídico, além do mais, as provas e o processo da custódia das provas gerado nestes procedimentos possuem características altamente discutíveis, muitas das vezes submetendo pessoas a procedimentos sem o auxílio isento de uma defesa técnica de um advogado – óbice que fatalmente geraria a nulidade de diversos procedimentos perante a legislação penal brasileira.

Cumpre-nos observar ainda a forma como os materiais coletados a partir de processos de cooperação são utilizados pelos países requerentes, ou, mesmo a possibilidade do empréstimo irregular dessas provas, ou, de frações delas, para procedimentos que notadamente não estavam albergados no pedido de cooperação originário, salientando ainda que *“a relação de direitos e deveres entre estas partes persiste desde o início do procedimento de cooperação internacional em matéria penal, e inclusive mesmo após a sua conclusão”* (BARDÍ, 2016; p.86) – tornando claro ainda os efeitos posteriores no âmbito penal a própria cooperação – isso podendo também vir a causar *“diversas vulnerações aos direitos e às garantias fundamentais do indivíduo”*⁵.

Os estudos voltados para a questão da evolução da cooperação internacional em matéria penal indicam que o caminho da consolidação desses dispositivos deve observar, sim, a eficiência, mas garantido os direitos dos envolvidos no processo de deslinde da cooperação – notadamente, discute-se muito a eficiência e o interesse de tais mecanismos para o Estado, sem atentar para as partes envolvidas e a garantia de procedimentos que justificam e são bases do Estado de Direito, vez que,

“Colaborar com a afirmação da jurisdição de outro Estado não importa sujeitar e aceitar qualquer pedido, ao contrário, recusar-se à cooperação quando devido – e necessário – é uma forma de cooperação por excelência, na medida em que impede o arbítrio do poder punitivo de outros Estados e as violações aos princípios norteadores do direito”⁶.

Verdadeiramente os Estados de Direito contemporâneos já deveriam ter vencido essas limitações, na medida em que *“as constantes evoluções acerca das garantias da pessoa parecem ter alterado também este entendimento rudimentar de sujeição sob qualquer medida”* (GEOFF, 1998). Nisso, imperam dois axiomas básicos que devem ser observados na análise das duas abordagens que serão feitas a respeito dos tratados de cooperação internacional em matéria penal celebrados pelo Brasil com Estado Unidos e a Confederação Suíça, que seriam basicamente *“a necessidade de*

⁵ Id.

⁶ Id..

intensificar a referida cooperação na luta contra o crime (GRINOVER, 1995; p.42)” e a “consciência cada vez mais profunda de que os direitos fundamentais devem colocar-se como termo de referência nessa matéria e, conseqüentemente, como limite à cooperação internacional em matéria penal⁷”.

2 – OS TRATADOS DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL DOS ESTADOS UNIDOS E DA CONFEDERAÇÃO SUÍÇA - ACORDOS E DESACORDOS

Identificados em inglês pela sigla MLAT, que significa “Mutual Legal Assistance Treaty”, conhecido no Brasil principalmente por episódios de solicitações do Brasil em razão de outros países em face de empresas responsáveis por redes e aplicativos como facebook e whatsapp, os Tratados de cooperação internacional em matéria penal enfrentam uma diversidade de problemas e conflitos que colocam em lados distintos questões básicas a respeito de questões como jurisdição e soberania.

Como previamente falado, será concentrada a análise em dois Tratados internacionais de cooperação em matéria penal, no caso, o dos Estados Unidos e da Suíça. Para tanto, selecionamos trechos de ambos os tratados para que possamos estabelecer o debate dos eventuais acordos e desacordos presentes nestas ferramentas de cooperação.

Prima facie, é bom que se saliente que, muito embora grandes partes destes tratados possuam base textual muito próxima, observaremos que o Tratado estabelecido com os Estados Unidos é mais sintético, mas, em tese, objetiva exclusivamente as ações vinculadas à questão criminal do Estado e é muito tímido no que se refere a parâmetros claros que assegurem as garantias constitucionais e processuais que vigoram em nosso país.

Por sua vez, o Tratado estabelecido com a Confederação Suíça possui certa preocupação na Garantia de valores ligados aos Direitos Humanos e o respeito à proteção de Direitos de pessoas que em tese serviriam como testemunhas, uma maior preocupação com o processo de coleta e produção de provas. Isso fica saliente em pontos especiais quando, a exemplo, o Tratado vem a tratar a respeito da questão de como se darão as videoconferências, no art. 8º, surge expressa condicionante que tais ferramentas devem se guiar pela observação “Pacto Internacional relativo aos Direitos

⁷ Id..

Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966” – visivelmente o Tratado estabelecido com a Suíça fez questão de deixar atrelado valores consubstanciados no Direitos Humanos, nos termos do tratado que em seu preâmbulo faz questão de deixar expresso “princípios proclamados na Carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

Analisando de forma mais direta, e considerando a conjuntura da temporalidade de ambos os tratados, observa-se uma preocupação muito maior com a eficiência em detrimento de garantias e direitos individuais no Tratado estabelecido entre Brasil e Estados Unidos. Por outro lado, o Tratado de cooperação em matéria penal estabelecido com a Suíça, ao estabelecer bases que respeitasse expressamente direitos civis e políticos, parece estabelecer trajeto em torno de uma visão em que os participantes da relação de cooperação são considerados no processo - selecionamos trechos de ambos os tratados para comprovar estas afirmações.

2.1 – Do Tratado de cooperação internacional em matéria penal estabelecido entre Brasil e Estados Unidos

As discussões a respeito de um Tratado específico de matéria penal entre Brasil e Estados Unidos tiveram início no ano de 1997. Como já tratado, o MLAT, foi oficialmente consolidado no ano de 2001, com a promulgação do Decreto nº. 3810 de 02 de maio de 2001 – prevendo, nos termos do art. 1º, a possibilidade de “*investigação, inquérito, ação penal, prevenção de crimes e processos relacionados a delitos de natureza criminal*”, entre os Estados que ao momento celebravam o acordo.

O parágrafo 3º, do art. 1º, do MLAT desvela, no mínimo, algumas complexidades quando cria possibilidade de investigação (compreensível, pois determinada conduta não tipificada como crime pode ser atividade acessória da estrutura de uma atividade criminosa, por exemplo, nos casos da lavagem de dinheiro), mas da abertura de inquérito e ação penal, ainda que determinado fato em questão não “*seja punível na legislação de ambos os Estados*” – nas mesmas palavras do artigo. Algo que, cria no campo penal, uma série de incertezas e subjetividades que não caberiam, aparentemente dentro de uma estrutura de um estado de Direito. Ora, se pode normalmente iniciar uma investigação a partir de atipicidades observadas em condutas

comuns e licitas, mas qual seria a justa causa para um inquérito ou ação penal em face de uma pessoa, quando na inexistência de uma conduta tipificada por crime, e ainda, em ambos os países?

A princípio, nos termos do ponto 4, do art. 1º do MLAT estabelecido com os entre Brasil e Estados Unidos, observa-se que existia uma preocupação insurgente no período de surgimento e consolidação do Tratado, aqui, ao momento tratado, com crimes como lavagem de dinheiro, tráfico de armas de fogo, munições e explosivos – o que gera certa estranheza não ser incluído nesse bojo o tráfico de drogas, vez grande parte destas atividades estarem diretamente ligadas a atividade.

Um ponto muito controverso também nos é apresentado no ponto 5, do art. 1º, quando afirma que o MLAT serve tão somente as partes do Tratado (no caso, por parte se entendam aqui apenas Estados Unidos e Brasil), afasta expressamente o direito “a qualquer indivíduo de obter, suprimir ou excluir qualquer prova ou impedir que uma solicitação seja atendida”. A pergunta é que se faz é: como obedecer e convalidar tal prática, especialmente a previsão de que “nenhum indivíduo” poderá “obter qualquer prova”, se isso interferiria diretamente em uma natural, justa e oportuna atuação de um advogado, ser este indispensável à administração da Justiça, como mesmo está assentado em nossa constituição, no art. 133? Como oportunizar o justo atendimento do contraditório, previsto no art.5º, inc. LV, da CF/88, quando expressamente se furta uma equiparação de oportunidades processuais?

A priori, a vedação de condições proporcionais em um determinado mecanismo processual penal da Justiça, estaria eivada de vícios por ferimento do princípio da dignidade humana, ferimento ao princípio da legalidade, devido processo legal e principalmente o contraditório, pois, não permite as partes envolvidas no processo à ampla defesa, “*com os meios e recursos a ela inerentes*”. Nestes termos, necessário frisar que o MLAT estabelecido com os Estados Unidos é vago e silencia profundamente no que tange a como se dará a participação dos advogados das pessoas envolvidas nos procedimentos, ou mesmo, as medidas que deveriam ser tomadas nas oportunidades dos envolvidos não terem condições de acesso por conta própria a uma defesa técnica que tenha conhecimento das peculiaridades legislativas processuais penais de ambos os países – este ponto é fulcral, pois um dos principais objetivos do MLAT é a produção de provas e o acompanhamento do processo de produção de provas

e o acesso e análise a prova produzida por parte do advogado é ponto substancial do contraditório e da ampla defesa.

O art. 6º também apresenta problemáticas, quando possibilita ao país requerente, solicitar “em caráter de urgência” que a solicitação de procedimento de cooperação possa ser feito de outra forma que, não a escrita – esta última sendo a ordinária para o procedimento. Ainda que venha a prever que o Estado requerente, obrigatoriamente, deverá suprir a ausência da formulação de solicitação de cooperação escrita em até o prazo de 30 dias, abre espaço para a subjetividade das ações, a não identificação devida das pessoas ou, bens alvos da cooperação, ou as especificidades exigidas para o caso no que concerne à produção de provas ou a oitivas de testemunhas – por sinal, estas informações devem constar de forma analítica na formulação do pedido de cooperação, a brecha das liberalidades dos casos de urgência permite que, invariavelmente, os estados possam dar caráter de urgência para todo e qualquer caso, a fim de aumentar a eficiência, ainda que, para isso, desrespeite garantias constitucionais – seria permitido ao estado agir de qualquer forma, com toda e qualquer arma, utilizando-se de qualquer expediente para efetivar seu jus puniendi? Não seria justamente essa possibilidade deliberada de ação do estado sobre bens e pessoas que as Constituições e os Estados Democráticos de Direito vieram limitar?

Quanto ao problema de eficiência e desacordo legal, o ponto 3, do art. 5º, do MLAT afirma que as solicitações serão executados nos termos da legislação do estado requerido, e nisso, o Brasil sai em desvantagem em relação aos Estados Unidos, principalmente por questões como privacidade e propriedade serem muito sérias no ordenamento jurídico daquele país – muito mais até do que nossas garantias constitucionais penais – isso acaba por criar situações controversas como, a exemplo outrora já citado, as negativas de fornecimento de dados a justiça brasileira por parte de grandes empresas como o Facebook, que também é proprietária do Whatsapp. E ainda que feitas ressalvas o estado requerido observará a sua lei.

Quanto ao uso de provas, obedecendo a regra da especialidade no Brasil, as informações colhidas em uma determinada cooperação deverão ser adstringir e ser usadas tão somente nelas – isso porque não se avaliou o contexto do empréstimo de provas e informações destas cooperações em tempo futuro, e sua consequente legitimação através de teorias como a *Inevitable Discovery* – costumeiramente utilizada pela justiça brasileira para amoldar situações controversos no processo de produção de

provas e investigação aos rigores processuais e constitucionais que normalmente deveriam ser obedecidos antes do processo de produção de provas. O ponto 4 do mesmo artigo é preocupante quando se trata do contexto de informações do Brasil como estado requerente, pois o mesmo concede a liberalidade para o uso de informações advindas da cooperação, fora dos limites da regra da especialidade, possam ser utilizados para qualquer fim, desde que tenham sido tornados públicos – e como lidar com este dispositivo vivendo em um país sujeito a constantes vazamentos de informações judiciais? Não poderiam normalmente informações serem vazadas para que as mesmas viessem a ter outras utilidades em processos e procedimentos não cobertos pela regra de especialidade adstritas a cooperação originária.

Passo seguinte, o art. 8º, que trata a respeito do depoimento ou produção de prova no Estado requerido, em seu ponto 1, assevera que a pessoa no estado requerido, quando intimada a depor ou apresentar provas, será obrigada a testemunhar e exibir documento, registros e bens – alguns questionamentos são inevitáveis: qual a condição desta da pessoa que ao momento é intimada para que seja obrigada a testemunhar, ou produzir provas contra si – flagrantemente violando o *nemo tenetur se detegere* presente em nossa carta magna. E não se limita a isso, no mesmo artigo, em seu ponto 3, afirma que caso, a pessoa intimada alegue qualquer motivo que suscite condição de imunidade, incapacidade ou privilégio previstos em lei no estado requerente, ainda assim o depoimento deverá ser tomado, para posterior apreciação das autoridades daquele estado – não se vislumbra o silêncio, a proteção legal ora conferida a testemunha, e que, pode normalmente estar vinculada a questão de soberania de um dos Estados. Como obrigar a fazer algo ferindo princípios constitucionais, o Brasil enquanto estado requerente, desconsiderar sua legislação para produzir e obrigar pessoas a fazer o que ocasionalmente os princípios da sua Constituição vedam.

Por fim, no que se refere à Busca e Apreensão os procedimentos se darão nos termos da lei em vigor do estado requerido, nesses casos, estando o Brasil na condição de requerente, o maior problema encontrado seria a possibilidade de afetar patrimônio e bens sem rigores do devido processo legal.

Esses foram alguns dos pontos que foram pinçados do MLAT firmado com os Estados Unidos, as análises tomando por base quase sempre o Brasil como país requerente e os Estados Unidos como país requerido. Como se pode observar existem diversos pontos questionáveis no MLAT em questão: pontos que colocam em discussão

o respeito ao devido processo legal, a regras de especialização, controle da cadeia de provas, testemunhos e um vazio considerável quanto ao como poderia se dar de maneira mais efetiva a participação dos advogados das pessoas alvo dessas medidas no processo de cooperação. Efetivamente, essas pessoas são afastadas da relação de proporcionalidade na produção e acompanhamento de provas, subjetividades que em momentos alertam para uma preocupação máxima com a eficiência e uma falta de cautela e cuidado com os princípios que orientam a dignidade humana, a legalidade, a paridade de armas entre estados e imputados, além de situações em que pessoas são obrigadas a praticarem atos visivelmente ao arrepio de nossa Constituição. Pode parecer piegas a defesa desses mecanismos de defesa e garantias - nos dias atuais, por vezes, menosprezado e equivocadamente culpabilizado pelo estado de violência e criminalidade que contemporaneamente afetam o Brasil, em especial.

2.2 – Do Tratado de cooperação internacional em matéria penal estabelecido entre a Confederação Suíça e o Brasil

O acordo de cooperação em matéria penal foi consumado oficialmente com a promulgação do Decreto nº. 6974 de 07 de Outubro de 2009, como finalização de Tratado estabelecido em Berna, em 12 de maio de 2004.

De forma mais clara, prevê em seu primeiro artigo a cooperação jurídica em qualquer investigação ou procedimento judiciário relativos a delitos cuja repressão é da jurisdição do Estado Requerente.

Talvez um dos pontos mais destoantes do acordo estabelecido com os Estados Unidos, é que, ainda visando maior eficiência no procedimento entre países, ao contrário dos problemas travados com as tradicionais cartas rogatórias – como aqui já mesmo tratado – o acordo estabelecido entre Brasil e Suíça não abre mão do resguardo de direitos civis, discute questões de ordem política, oferece garantias para aqueles que testemunham, estabelece meios de atuação de peritos, não silencia quanto a atuação e participação direta do advogado e a importância da defesa técnica, além de estabelecer mecanismos que não isolam indevidamente aqueles que participam do processo, fora os representantes da persecução penal dos dois países.

Nas hipóteses de recusa da cooperação jurídica, apresentada no art. 3º, além das tradicionais possibilidades relacionadas a delitos militares, é apresentado o rol de

condicionantes para o estabelecimento mútuo da cooperação entre os dois países – o que notadamente não se vê no acordo estabelecido com os Estados Unidos. Gostaria de dá ênfase para duas alíneas em especial: a alínea “e” inova a colocar como motivo para recusa da cooperação os casos que o pedido de cooperação puder estar motivado pela intenção de *“processar ou punir uma pessoa por razões ligadas à sua raça, religião, origem étnica, sexo ou opiniões políticas, ou para acreditar que dar seguimento ao pedido prejudicaria a pessoa por qualquer uma das razões retromencionadas”* – revelando uma posição taxativa e expressa em defesa de garantias de direitos civis. Vai mais longe ainda quando, na alínea “f” vincula expressamente o acordo celebrado ao respeito às garantias apresentadas em instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, em especial, ao Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966.

O art. 4º faz aparte especial para também trazer mais uma garantia a pessoa alvo da cooperação, quando impossibilita a cooperação nas hipóteses em que a pessoa processada foi definitivamente absolvida quanto ao mérito, ou condenada, no Estado requerido, por delito similar, e este já se encontre em execução ou já tenha encerrado a execução.

Noutro sentido, mesmo apresentando pontos importantíssimos que estabelecem um acordo equilibrado – que alia o interesse dos estados na persecução penal eficiente, mas que não abre mão de direitos da dignidade humana, o acordo com a Suíça ainda prevê a possibilidade de cooperação nos casos de crimes cometidos por funcionário do estado requerente que tenha os cometido violando deveres funcionais: uma clara ferramenta direcionada ao combate da corrupção, mas ainda assim, mais eficiente, mais clara e dentro de padrões básicos de respeito aos Direitos Humanos.

Quanto à aplicação do Direito, assim com os Estados Unidos, o pedido é executado nos termos do Direito do país requerido⁸ e qualquer pedido processual que seja feito para atender algum requisito solicitado pelo estado requerente, este, não deverá conflitar com o Direito do Estado requerido para que seja devidamente cumprido⁹.

⁸ Art. 5º: 1.O pedido é executado conforme o direito do Estado Requerido.

⁹ 2.Se o Estado Requerente desejar que um procedimento específico seja aplicado na execução do pedido de cooperação jurídica, deverá solicitá-lo expressamente; o Estado Requerido o atenderá, se não for contrário ao seu direito.

O art. 8º, dentre todos, talvez tenha uma importância fundamental para toda a estrutura do acordo, vez que, ao contrário do acordo com os Estados Unidos, que, silencia a respeito da questão, faz considerações sobre o papel das pessoas que participam do procedimento: assegura, entre outras coisas, que os advogados das pessoas participantes e alvo do procedimento possam assistir a execução do pedido em seu território – uma ferramenta que obedece e celebra a presença inalienável do advogado na administração da justiça, especialmente no Brasil (art. 133, da CF/88), mas que é garantia de lisura, transparência e respeito à atuação de advogados e suas prerrogativas e ainda o direito inescusável da parte em questão alvo da cooperação poder ter acesso garantido à defesa técnica nos procedimentos e deslindes da cooperação. Além disso, o art. 8º garante a essas pessoas a possibilidade de serem *“autorizadas em particular a formular perguntas e a consultar os autos processuais. Poderão também sugerir, às autoridades do Estado Requerido, a formulação de perguntas ou a tomada de medidas complementares”*.

No que tange aos depoimentos de testemunhas no estado requerido (art. 9º), nos termos do seu parágrafo 1, o direito que guiará as oitivas será o do Estado requerido, sendo que as testemunhas poderão recusar-se a testemunhar, desde que o Direito do Estado requerente assim o permita, e por essa atitude, a testemunha não poderá sofrer nenhuma sanção legal no estado requerente (Art. 9º, parágrafo 3).

Acerca da utilização restrita dos dados da cooperação, em atendimento especial a regra da especialidade, documentos informações, objetos, não poderão ser utilizados em investigações, ou como meio de prova em procedimento diverso a aquele cuja cooperação jurídica foi executada, nos termos do art. 13, parágrafo 1.

É notória a preocupação no acordo de cooperação mútua em matéria penal entre Brasil e Suíça, na busca de aprimoramentos de mecanismos que tragam eficiência sem afrontar direitos basilares da dignidade humana, e nisso o art. 17, tratando a respeito da falta de comparecimento de testemunha e peritos que deixarem de comparecer não deverão sofrer qualquer sanção ou medida coercitiva.

Isso é reafirmado no art. 18, quando trata a respeito de “salvo-conduto”, garantindo por expreso que, nas oportunidades que peritos e testemunhas se fizerem presentes a autoridades do país requerente, não poderão ser processado, (salvo no caso o referido processo que em hipótese esteja prestando explicações na cooperação) detido

ou submetido a nenhuma restrição no território do requerente, por fatos ou possíveis condenações anteriores à partida do estado requerido, nos termos do art. 18, parágrafos 1 e 2.

Também não poderá nenhuma testemunha, comparecendo ao estado requerente, ser forçada a testemunhar, ou mesmo produzir provas, bastando que apenas um dos estados do acordo de cooperação preveja esta liberalidade de não o fazê-lo (art. 19, parágrafo 1) – e aqui observamos um contraste grave com o acordo estabelecido com os Estados Unidos, que, em alguns momentos prevê o testemunho sem falar em nenhum momento nas possibilidades de negativa, não respeita o “*nemo tenetur se detegere*”, e em alguns casos, desconsidera garantias e proteções legais, exigindo o testemunho, para que o mesmo seja ainda submetido a autoridade competente, para que assim, esta decida o que fazer com o mesmo.

O art. 21 é um dos artigos do acordo entre Brasil e Suíça que estreita sensivelmente o quesito eficiência da realidade, além de trazer maior celeridade e economicidade, prevendo a possibilidade da videoconferência nos casos em que, testemunhas e peritos não possam se deslocar ao país requerente, estabelecendo, em seu parágrafo 5, como se dariam estas videoconferências e pugnando pela defesa de um processo equilibrado, justo e eficiente: exigindo o respeito aos princípios fundamentais do estado requerido durante a execução (alínea “a”), prevendo a proteção da pessoa a ser ouvida (alínea “b”), garantindo a presença de interpretes, caso necessário (alínea “d”) e, ainda, reforçando a favor pessoa a ser ouvida a possibilidade de invocar a qualquer momento o direito de não testemunhar (alínea “e”), e ainda, reforçando no parágrafo 8, a menção ao respeito ao Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966, e finalizando no mesmo artigo de forma expressa indicando que tais audiências só poderiam ocorrer com o consentimento da pessoa a ser ouvida.

Por fim, o artigo 33, prevê uma inovação no que se refere à base tradicional de tais tratados, que seria a arbitragem como meio de solução para eventuais controvérsias que possam surgir ao decorrer da execução de acordos de cooperação entre as duas nações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca por ferramentas que suprissem a ineficiência das tradicionais cartas rogatórias e que se amoldassem as prementes necessidades complexas do mundo

contemporâneo contribuíram para o estabelecimento de diversos acordos internacionais de cooperação em matéria penal.

Fenômenos como o avanço das organizações criminosas, que solapam a estrutura do estado com diversas formas de crimes, tais como o tráfico de drogas, lavagem de dinheiro, e, passando alimentar o contexto de violência, tornaram obrigatória a criação de ferramentas mais eficientes e que pudessem responder, a tempo, as necessidades insurgentes de uma persecução penal mais célere e transnacional, permitindo assim que o combate de condutas criminosas pudesse ter efeito.

Nos dias atuais, a intensa luta vivida contra a criminalidade, a corrupção e o poder das organizações criminosas, em alguns momentos, leva ao equivocado raciocínio de que o estado poderia fazer tudo, desde condutas viciadas perante garantias constitucionais e a preservação de direitos humanos, até condutas vedadas pelo escopo jurídico dos países – no mais profundo raciocínio maquiavélico de que “os fins justificam os meios”: realidade não compatível com o Estado Democrático de Direito.

Isso importa dizer que, a vulgata que hoje pulveriza e gera a incompreensão da importância dos Direitos Humanos, como se o simples atacar de direitos, fosse o suficiente para trazer eficiência às necessidades não acomodadas pelo Estado, a exemplo, a segurança, não impossibilita que ferramentas para o aprimoramento do trabalho institucional das entidades de combate ao crime do estado não possam observar as tão preciosas garantias que nos diferenciam do resto dos seres vivos (em que pese isso ser muito relativo) e nos afastam da barbárie hobbesiana do “todos contra todos”.

Neste sentido, desenvolvemos um texto inicialmente falando da dualidade a ser compatibilizada na estrutura dos acordos de cooperação em matéria penal, dualidade esta que seja: a combinação da criação de instrumentos mais eficientes, sem descuidar para a devida observância das garantias constitucionais e dos princípios protegidos pelos Direitos Humanos, de forma que produza evolução das vertentes da proteção internacional da pessoa humana, atentando de forma semelhante para o indivíduo alvo da cooperação.

É caro e preciso lembrar que, segundo Kant (2004), os homens em sua completude são a finalidade de todas as ações, e os mesmo não podem, em hipótese alguma, servirem apenas como meio das ações. E logicamente que não existe em um Estado Democrático de Direito a possibilidade de se fazer qualquer coisa, ainda que isto possa estar virtualmente justificado pelo melhor dos fins, pois do contrário, passaremos

a legitimizar atrocidades em nome de uma visão utilitarista de maximização dos interesses do Estado perante o povo, e, verdadeiramente, não pode ser essa a relação em um legítimo estado estabelecido no “Rule of law”.

Da coleta dos dados apresentados neste trabalho, observa-se que o Tratado estabelecido entre os Estado Unidos e o Brasil, sendo originalmente muito sintético – e aqui precisamos fazer também um aparte para a conjuntura de desenvolvimento do mesmo, bem anterior ao segundo tratado analisado: o do Brasil com a Suíça – mas notadamente, o acordo de cooperação internacional em matéria penal estabelecido entre Brasil e Estados Unidos silencia sobre uma diversidade de fatores, tais como: *(i)* os limites e as condições de garantias de peritos e testemunhas, bem como das pessoas alvos da cooperação; *(ii)* a ausência de ponto expreso quanto da participação e a garantia de advogados nos procedimentos – ainda que isso venha estar subtendido, o campo do direito penal e processual penal não pode dar margem para subjetividades ou possibilidades facultativas não claras; *(iii)* a desconsideração da parte alvo da cooperação e o aviltamento de garantias mínimas desta: acesso a provas e documentos, presença da defesa técnica e garantia de acesso desta defesa ao processo de formação de testemunhos e produção de provas; *(iv)* o tratado em alguns momentos desrespeita o direito ao silêncio da parte alvo da cooperação; *(v)* em alguns casos incita-se o descumprimento até de imunidades de pessoas que, por lei, não estariam obrigadas a testemunhar, condicionando inclusive, que, nestes casos, ainda assim o depoimento deverá ser tomado e levado a autoridade competente do país requerido para que seja tomada providências; *(vi)* desrespeita a possibilidade da ampla defesa e o contraditório, vez que não prevê, a oportunidade de intervenções nos testemunhos, ou, em outros procedimentos, da intervenção inquiridora de advogados; *(vii)* apresenta de forma expressa possibilidades de investigações e procedimentos criminais de questões que, conforme texto expreso do próprio tratado, não constituem conduta criminosa em nenhum dos dois países signatários do tratado; *(viii)* relativiza a regra da especialidade através de um estranho aparte em que vislumbra-se que informações tornadas públicas no país requerente, poderiam, a partir de então, ser usadas em outros procedimentos distintos daquele que motivou a formulação da cooperação de determinado caso – imagine-se como isso poder ser utilizado em um país como o Brasil que, costumeiramente vê-se envolto em escândalos de vazamentos de informações judiciais; *(ix)* possibilita a busca e apreensão de provas e de patrimônios – uma preocupação de

como isso pode se dar em alguns casos em que, por exemplo o patrimônio de determinada pessoa se veria embargado sem o devido processo legal: logicamente devendo se observar o caso concreto; (x) por seu caráter extremamente sintético, o Tratado de cooperação em matéria penal entre Estados Unidos e Brasil ainda abre espaço para possibilidades de vícios processuais, se não observadas, pelo país requerente, de forma acurada e analítica questões como: peculiaridades do procedimento, carência de informações na identificação correta do alvo da cooperação, carência na descrição de fatos e nos rigores em que os procedimentos de coleta e produção de provas deverão ocorrer.

Quanto ao Tratado de cooperação em matéria penal estabelecido entre Brasil e a Confederação Suíça, importa, a princípio salientar que ele trás mecanismos de aperfeiçoamento mais criteriosos e mais delineados que o quadro de disposições apresentadas no Tratado entre Brasil e Estados Unidos.

Entre os pontos mais interessantes, observa-se a preocupação no desenvolvimento do tratado de garantir que o mesmo (i) não seria utilizado para perseguições políticas, ou para qualquer outro fim que fosse originado na perseguição por questões como religião, raça, origem étnica, sexo, ou, por opiniões políticas. Vai mais além e vincula (ii) o Tratado ao Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966. Não descuidando de mecanismos visando maior eficiência da persecução criminal entre os países, (iii) estabelece entre outras coisas a possibilidade da cooperação em crimes cometidos por funcionários públicos no exercício da função no país requerente – clara observação direcionada ao combate da corrupção. Ainda assim, (iv) estabelece mecanismos de proteção como a impossibilidade do bis idem de condutas já sancionadas no país requerido, ou, similar a esta; (v) prevê salvo-conduto para pessoas na condição de testemunhas e peritos que se desloquem ao país requerente como parte de procedimento de cooperação; (vi) resguarda o direito do alvo da cooperação e de testemunhas de não produzir prova contra si e ainda de não sofrer sanções caso decida não testemunhar; (vii) estabelece critérios claros para a participação dos advogados nos procedimentos; (viii) abre aparte especial para inovar com a inclusão de procedimento de videoconferência, ainda assim, neste mecanismo prevendo direitos e garantias das pessoas envolvidas na cooperação; (ix) estabelece formas de controle de prova e possibilita as pessoas envolvidas, através do responsável pela orientação e eventual defesa técnica; respeita procedimentos

referentes à ampla defesa, contraditório e devido processo legal; (x) apresenta de forma mais clara as hipóteses em que se poderão usar o produto advindo de um processo de cooperação, indicando limites; (xi) prevê a participação ativa do advogado, inclusive podendo participar de forma direta em oitivas e acompanhando de forma mais integrada o processo de produção de provas.

Apesar de termos que considerar a conjuntura distinta do desenvolvimento das disposições de ambos os tratados, se observa que o Tratado estabelecido entre Brasil e Estados Unidos é mais direto e sintético, e, por vezes apresenta pontos que normalmente gerarão desacordos com nosso ordenamento pátrio. Em contrapartida, o acordo estabelecido entre Brasil e Confederação Suíça, não descuidando do objetivo do desenvolvimento mais eficiente de combate à criminalidade de uma forma geral, não abre mão de elencar dispositivos que garantem o respeito a garantias constitucionais, a procedimentos processuais e, principalmente, que respeitam a Dignidade Humana.

Nesta senda, é perceptível que se podem desenvolver mecanismos de cooperação em matéria penal que não coisifiquem o homem, e, muito menos percam o condão de serem eficientes no combate ao crime. Não será aderindo, ou, promovendo ilegalidades em seus procedimentos que o Estado conseguirá padrões de eficiência nas suas medidas, mas sim, respeitando os limites e as condicionantes normalmente existentes em um Estado de Direito (DIAS, 2004) – ao fio e ao cabo, é isso ainda que nos afasta de acreditar e viver na barbárie. Sempre é bom lembrar que o homem (o ser humano) não é coisa, não é só cidadão, é antes de tudo, pessoa (dotada de direitos, sobretudo perante o poder punitivo do Estado)”.

REFERÊNCIAS

BARDI, Í. Contributo para o estudo da responsabilidade dos Estados por violações de direitos nos procedimentos de cooperação internacional em matéria penal: Contribution to the study of the responsibility of States for violations of rights in international cooperation procedures in criminal matters. [s. l.] 2016. Disponível em: <http://ez1.periodicos.capes.gov.br/login?url=http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsbas&AN=edsbas.F08FCFBE&lang=pt-br&site=eds-live&scope=site>. Acesso em: 2 fev. 2019.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. BRASIL. Constituição (1988).

_____. Decreto Lei 3.810, de 2 de maio de 2001. Promulga o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América. Brasília – DF. 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D3810.htm Acesso em: 02 de jan. 2019.

_____. Decreto Lei 6.974, de 7 de outubro de 2009. Promulga o Tratado de Cooperação Jurídica em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça. Brasília – DF. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6974.htm Acesso em: 02 de jan. 2019.

COSTA, José Francisco de Faria. Noções Fundamentais de Direito Penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo Dias. Direito Processual Penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

GALÍCIA, Caíque Ribeiro. Globalização e Processo Penal: Análise dos Direitos e Garantias na Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal no âmbito do MERCOSUL. Porto Alegre, 2014.

GEOFF, Gilbert. Transnational Fugitive Offenders in International Law. Extradition and other Mechanisms. The Hague. Martinus Nijhoff Publishers, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Processo penal transnacional: linhas evolutivas e garantias processuais. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 3, n.9, São Paulo, 1995, p. 42.

KANT, Immanuel – "Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos"; tradução de Leopoldo Holzbach – São Paulo: Martin Claret, 2004.

LOPES, Sarah Maria Veloso Freire. O Princípio da Eficiência e a Cooperação Jurídica Internacional. (págs. 1 a 14) Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=968b15768f3d1977>

MORAES, Alexandre de. STF e os pedidos de cooperação internacional em matéria penal. Revista Consultor Jurídico, 13 de agosto de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-13/justica-comentada-pedidos-cooperacao-internacional-materia-penal>

WEDY, Miguel Tedesco. Eficiência e Prisões Cautelares. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.