

PRINCÍPIOS DA COOPERAÇÃO JUDICIAL INTERNACIONAL EM ASSUNTOS PENAIS ¹

(Com especial referência ao Anteprojeto de Tratado
entre a República Federativa do Brasil
e a República Oriental do Uruguay)

RAÚL CERVINI ²

I. Colocações prévias — II. Antecedentes do Anteprojeto no Direito Comparado — III. Princípios que regem o Tratado — IV. Primeiras conclusões.

I — COLOCAÇÕES PRÉVIAS

1. Toda a análise da cooperação penal no âmbito do Mercosul, no caso entre a República Federativa do Brasil e a República Oriental do Uruguai, deve passar inegavelmente por uma reflexão a respeito dos Tratados já existentes — ou em processo de ratificação — em matéria de assistência penal entre ambos os Estados.

A respeito, devemos assinalar que os mesmos países se encontram vinculados, até esta data, pelos seguintes instrumentos internacionais:

a) Acordo para a execução de Cartas Rogatórias, celebrado no Rio de Janeiro em 14.2.1879;

b) Protocolo sobre Cartas Rogatórias, celebrado no Rio de Janeiro em 2.12.1906, com troca de notificações em Montevideú em 28.10.1911, modificativo do art. IV do Acordo para Execução de Cartas Rogatórias subscrito em 14.2.1879;

c) Tratado de Extradicação Criminal celebrado no Rio de Janeiro, em 27.12.1916, ratificado em 11.1.1919;

d) Protocolo Adicional ao Tratado de Extradicação Criminal, celebrado em Montevideú, em 7.12.1921, ratificado em 10.11.1926.

Além destes, encontra-se em etapa de negociação um Tratado de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais entre a República Federativa do Brasil e a República Oriental do Uruguai. ³

O ponto central deste trabalho será, precisamente, a análise preliminar deste texto em estudo em ambos os governos.

2. O Anteprojeto referido se baseia, de forma imediata e principal, no texto do acordo de mesma natureza, ainda que em vias de ratificação, alcançado depois de um longo período de duras negociações entre os Governos dos Estados Unidos da América e o Uruguai.

Este último instrumento foi objeto de numerosos debates no âmbito acadêmico do Uruguai.⁴ O desenrolar dessas discussões pode ser muito ilustrativo para o estudo do Anteprojeto de Tratado entre Uruguai e Brasil, embora se deva adiantar desde já que a maior parte dos debates evitarão os temas jurídicos para concentrar-se em considerações de política criminal.

Em tal sentido, está subjacente, no contexto da maior parte das críticas ao Anteprojeto Uruguai-USA, a dúvida de que se o Uruguai obtém algum benefício ratificando um Tratado deste tipo. Ocorre que, para muitos, o combate ao narcotráfico aparece como a única finalidade que persegue o texto projetado e, neste sentido, o vêem como um instrumento necessariamente “fechado” que responde fundamentalmente aos interesses do outro Estado-Parte. A verdade é que o combate ao narcotráfico é tão-só uma das possibilidades de aplicação deste instrumento legal que, como tal, poderá ser utilizado por ambas as partes com igual eficácia para combater qualquer outra manifestação de delinqüência transnacional.

Precisamente, de acordo com o art. 1.1, tanto o Anteprojeto de Tratado entre Uruguai e USA, como o que está em estudo entre Brasil e Uruguai, abarcam a assistência “para a investigação e ajuizamento de delitos, assim como os procedimentos relacionados com assuntos penais”. Esta fórmula ampla é quase idêntica à empregada nos Tratados entre Estados Unidos e Argentina e Estados Unidos e México. Sem prejuízo dele, e do ponto de vista do Uruguai, ainda que no caso de que o Tratado venha a ser empregado principalmente para combater o narcotráfico e o bloqueio de dinheiro procedente destas atividades, caberia perguntar se, na atualidade de algum Estado, podemos, racionalmente, ter a soberba de crer sermos imunes a estas manifestações de delinqüência transnacional. E, ainda, sob o ponto de vista ético, devemos nos perguntar, se é admissível que o Estado pretenda prevalecer-se de algumas vantagens conjunturais, que o produto dessas atividades ilícitas pudesse representar na praça financeira.

3. Em todo o caso, o convencimento da necessidade de um acordo de cooperação eficaz se baseia na natureza mesma da realidade a regulamentar, por ele não podemos abandonar estes conceitos preliminares sem refletir a respeito de uma das principais características da atual delinqüência organizada: a *transnacionalização*.⁵

Já em outubro/86, durante o XI Congresso Internacional de Defesa Social, realizado na cidade de Buenos Aires, assinalava Adolfo Beria Di Argentine⁶ que nos últimos anos se tem falado da internalização do delito, entendendo por ele duas situações diferentes: por um lado, a formação de uma delinqüência que apresenta as mesmas características em todos os

países do mundo (seqüestro de pessoas, roubo em grande escala, predomínio de importantes centros do crime organizado etc.), e, por outro, o desenvolvimento de uma conduta criminal cujas manifestações se estende pelo mundo, sem consideração a nenhuma fronteira nacional (funcionamento geocêntrico).

Hoje em dia, são muito freqüentes os atos delitivos caracterizados por esta sorte de ambigüidade com que se desenvolve o processo executivo do delito situado em diferentes territórios nacionais. No caso da nova criminalidade que causa a crise de nossa cultura socio-política, o fenômeno não é só internacionalizado, senão tem características transnacionais.

Esta transnacionalização é, sem dúvida, o aspecto mais importante, a nota mais saliente da criminalidade organizada contemporânea, ante a qual os Estados lhalados podem se ver reduzidos a uma virtual impotência.

O fenômeno do crime organizado transnacional, como bem ilustra Elgio Resta,⁷ rompe o círculo de validez e eficácia das normas, posto que se estabelece fora de seu alcance. Realça o mesmo autor, usando a linguagem cibernética, que "um sistema não pode sobrepassar seus próprios limites". Normalmente este tipo de delitos não só transpassam as fronteiras nacionais, senão que as utilizam precisa e deliberadamente para seus fins, já que a polícia, como o direito penal a qual serve, está delimitada ao princípio da territorialidade. Seu limite de ação termina na fronteira do país onde se desenrola sua atividade e toda intromissão policial e judicial fora de seus limites territoriais, será implicitamente repelida pela própria definição de Estado soberano.

Assim, as coisas, os delitos financeiros internacionais, os descabros de bancos, os delitos tributários, a mudança das disposições sobre moeda estrangeira, o tráfico de armas, o narcotráfico e até o próprio branqueamento do "dinheiro sujo", produto da atividade destes grupos, como delitos à distância, adquirem maior grau de eficácia e estão mais a salvo da ação do sistema penal.

A ação judicial enfrenta, nestes casos, problemas específicos, tanto no terreno dos feitos, como no jurídico, quando há que tomar a declaração de uma testemunha no exterior ou realizar qualquer outro ato de investigação ou diligências sumárias. As diferenças que existem amiúde entre as legislações dos distintos países contribuem para acentuar a problemática.

Nos últimos anos temos insistido na Europa e nos Estados Unidos no de que a diversidade existente entre muitas legislações nacionais não deve apresentar-se como um obstáculo insuperável. Se deve analisar, caso a caso, o real alcance e projeção das particularidades legislativas, ensejando as instâncias de cooperação internacional compatíveis com a vigência daquelas características que surjam como essenciais de cada sistema.⁸

A nível acadêmico, freqüentemente se assinala como remédio a esta situação a harmonização e a colaboração judicial entre os diferentes Estados.⁹ Em todo o caso, uma alternativa semelhante deve ter especialmente em conta a necessária tensão entre os interesses de uma ação judicial que trans-

passa fronteiras, os da soberania nacional e os daqueles indivíduos concretos eventualmente atingidos. Não deve esquecer-se que, tanto o Direito Penal Interno de cada Estado como os Acordos Internacionais de Cooperação Penal, devem ter o centro no homem e seus interesses.¹⁰

II — ANTECEDENTES DO ANTEPROJETO NO DIREITO COMPARADO

O texto que nos ocupa, como já se expressou, não é por certo absolutamente original, ainda quando conta com numerosas soluções próprias. No desenvolvimento, o Anteprojeto tem antecedentes de distinta fonte e de distinto alcance. Como antecedente multilateral de tipo global, deve mencionar-se a Convenção das Nações Unidas de 1988 sobre o tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas. No âmbito regional, constituem fonte as Convenções do Panamá de 1975, a Convenção entre Uruguai, Argentina e Chile de 1982 e, finalmente, o projeto de Convenção Interamericana sobre assistência judicial em matéria penal que se elabora dentro da OEA. Também constituem fonte necessária os numerosos Tratados de natureza bilateral que se ocupam do tema de assistência judicial penal.¹¹

Estabelecido este plano geral, passaremos a mencionar algumas das notas salientes destes Tratados multi e bilaterais que incidirão na conformação do texto em análise.

1) *Convenção das Nações Unidas de 1988 sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas*: O internacionalista Opertti, ao analisar minuciosamente os antecedentes e o alcance da Convenção de Viena de 1988, expressa que aquele instrumento emanado da Conferência das Nações Unidas, de dezembro/88, foi subscrito por 89 Estados e conta, hoje, com 38 Estados-Parte, sendo que destes, 12 são Estados-membros da OEA, 7 dos quais países latino-americanos. Pela leitura dos Estados que a subcreveram, vê-se, com eloquência, a diversidade não só de regiões e países membros da Convenção, senão também por ser o mais relevante, a pluralidade de sistemas jurídicos envolvidos com seu texto.¹²

O mesmo autor assinala que o âmbito da Convenção não se limita ao narcotráfico e que, se coloca, de um modo decisivo, na tipificação material dos delitos nesse campo, dedica, também, um artigo extenso e fundamental, o número 7, a assistência judicial internacional entre os Estados-Parte, artigo que se tem dito que constitui um verdadeiro Tratado dentro do Tratado, por seu objeto próprio e significação, que obviamente constitui um claro antecedente do Anteprojeto agora estudado.

É preciso citar, também, no quadro de atos processuais da assistência, a polêmica norma sobre compromisso da Convenção (art. 5), de onde se estabelece que “cada uma das Partes facultará a seus tribunais e outras autoridades competentes a ordenar a apresentação ou abertura de documentos bancários, financeiros ou comerciais”. Diz, também, que “as Partes não

poderão negar-se a aplicar as disposições do presente parágrafo (as anteriores) amparando-se no sigilo bancário”.

A respeito desta norma, devemos fazer ressalva de que sua redação não aparece como suficientemente clara e poderia colidir, entre outras, com a regulação legal do sigilo bancário uruguaio, instituto que integra a Ordem Pública interna e internacional do país.

Induvidosamente, além de toda a discussão sobre seu valor intrínseco, a nosso juízo muito duvidoso¹³ a Convenção das Nações Unidas tem tido uma grande influência nos processos de negociações de acordos bilaterais e multilaterais abertos entre vários Estados, após ser firmada, o que a própria Convenção previu como forma de “melhorar a eficácia da cooperação” (art. 5.º).

Se faz necessário, também, assinalar que a Convenção das Nações Unidas tem sido precedida de uma série de esforços internacionais dirigidos a coordenar ações entre os Estados. Entre eles, caberia mencionar os seguintes:

a) A nível internacional, aparecem como antecedentes históricos da Convenção de Viena, a Convenção para Repressão do Tráfico Ilícito de Drogas Nocivas, firmado em Genebra, em 26.6.36, e todavia antes desta, a Convenção de Genebra sobre o Ópio, de fevereiro/25, e a Convenção para a Fabricação e Regulamentação da Distribuição e Estupefacientes firmada em Genebra, em 13.6.31.

Todos estes instrumentos que citamos nasceram dentro da Sociedade das Nações; sem embargo, os primeiros trabalhos foram anteriores a esta; *v. g.*, a primeira Convenção sobre o Ópio é de 1912.¹⁴

b) No contexto europeu, em 20.4.59 se firmou em Estrasburgo no âmbito do Conselho da Europa, a Convenção Européia de Cooperação Judicial em matéria penal, que entrou em vigor em 1962 e envolveu a Alemanha Federal, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, França, Grécia, Holanda, Itália, Liechtenstein, Luxemburgo, Noruega, Suécia, Suíça, Turquia, Israel e Finlândia.

c) Por último, entre os antecedentes mais imediatos da Convenção de Viena, cabe citar a Convenção sobre Narcotráfico firmada em Nova Iorque, em 30.3.61, que estabeleceu o controle sobre os cultivos de *cannabis* e coca, que se agregaram assim ao ópio. Esta Convenção foi emendada pelo Protocolo de 1972, e que previu os debatidos tratamentos educativos e de reabilitação, atualmente objeto de vários programas multinacionais dentro da OEA e a Convenção de 1971 sobre Substâncias Psicotrópicas, também firmada em Viena, a que distingue entre substâncias completamente proibidas, salvo para fins médicos e científicos, e aquelas cujo fabrico, distribuição e comércio é meramente restringido.

2) *As Convenções do Panamá de 1975*: As Convenções sobre Expulsão e Cartas Rogatórias e de Recepção de Provas no Estrangeiro, firmadas no Panamá em janeiro/75, na Primeira Conferência especializada Intera-

mericana de Direito Internacional Privado (CIDIP I), só tratam da cooperação judicial em matéria civil; sem embargo, ambos instrumentos prevêem (art. 2 de cada uma das Convenções) a faculdade dos Estados-parte de estender as normas das Convenções à matéria penal.

Até o momento presente, nenhum dos 14 Estados-parte destas Convenções fez uso desta faculdade.

É importante advertir que o meio processual de cooperação interjudicial preferido pelas Convenções do Panamá é o da expulsão. Este mecanismo não é excluído no Anteprojeto Brasil-Uruguaí ou em seus antecedentes mais imediatos, mas, pelo teor destes últimos textos, surge a clara intenção de flexibilizar a cooperação através das Autoridades Centrais que os Estados se comprometeram a organizar, com a possibilidade de comunicação direta entre estas, inclusive até procedimento das formas escritas no caso de especial urgência (art. 6.1).¹⁵

3) *A Convenção Interamericana sobre Extradução (Caracas, 1981)*: Este documento que ainda não entrou em vigor, não contém normas que refiram à assistência penal, mas prevê, no seu art. 14, a detenção provisória e certas medidas cautelares que configuram um antecedente do texto em exame, em particular, a retenção dos objetos frutos do delito.

4) *Os Convênios de 1982 entre Uruguai, Argentina e Chile*: Em 1982, o Uruguai celebrou convênios sobre Informação de Antecedentes Penais com Argentina e Chile, assim como outros sobre Igualdade de Tratamento Processual e Exortos que contêm, também, matéria penal.

Todos estes convênios reafirmam a admoestação como medida de cooperação judicial internacional e, inobstante conterem matéria penal, não inovam praticamente em nada a respeito de textos anteriores em que há este tipo de cooperação.

5) *Projeto Interamericano sobre Assistência Judicial em Matéria Penal (no quadro da EOA)*: Durante 1981 (XI Período Ordinário), a Assembléia-Geral da OEA (Res. 544) encomendou ao Comitê Jurídico Interamericano “o estudo das matérias relativas à cooperação judicial penal necessárias para completar a eficácia da Convenção Interamericana sobre Extradução (Caracas, 1981)”.

No ano seguinte, começaram os trabalhos do Comitê, que culminaram em agosto/86 com a aprovação do projeto de convenção antes citado, de que fora Relator o distinguido internacionalista uruguaio, Prof. Dr. Manoel A. Vieira.

O Conselho Permanente da OEA começou a consideração deste projeto em 1987, por mandato da Assembléia-Geral em 1986 (Res. 822), renovado na Assembléia de 1987, até concluir a aprovação de um projeto de Convenção no exercício de 1990-1991. Posteriormente, a Assembléia-Geral da OEA, celebrada em Santiago do Chile, de 3 a 8.6.91, XXI Período Ordinário de Sessões, resolveu remetê-lo a estudos dos Governos dos Estados-membros da organização com prazo até 1.11.91, com o fim de que o próprio Conselho Permanente “tome as medidas necessárias para que a Assembléia-Geral

no seu XXII Período Ordinário de Sessões, considere a possibilidade de adotá-lo". Atendendo a sua importância, assinalaremos seus pontos mais salientes, a saber:

a) Enquanto ao nome do Projeto, se modificou o original do Comitê Jurídico Interamericano, mudando-se por "Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Criminal", com o qual se suprimiu o vocábulo judicial e no lugar de penal, se utilizou a palavra criminal, aceitável pelos sistemas jurídicos concebidos, o de direito civil (romano-germânico) e o do *common law*.

Concretamente, a assistência que se compromete é relativa a "investigações e procedimentos em matéria criminal iniciados por delitos cujo conhecimento seja de competência da Parte requerente ao momento em que a assistência é solicitada."

b) A prestação de assistência em matéria criminal adquire o caráter de uma obrigação dos Estados e deve cumprir-se conforme a própria Convenção Interamericana e o direito interno daqueles.

As disposições do Projeto da Convenção Interamericana "não outorgam direito aos particulares para obter ou excluir provas, ou para impedir a execução de qualquer solicitação de assistência". Se afirma assim a característica do Projeto da Convenção Interamericana como acordo entre Estados, ainda que, *em nenhum caso*, a nosso juízo, poderia desprezar-se o direito à defesa, nem os legítimos direitos e interesses dos terceiros.

c) O âmbito de aplicação da Convenção é amplo e abarca o universo penal, salvo a faculdade do Estado requerido, *ratione materiae* de excluir os delitos militares e políticos ou conexos com um delito político ou delito comum perseguido por uma razão política, e os delitos fiscais, tomando-se em conta especialmente, a respeito destes últimos, se existe dupla incriminação; este último joga com uma exigência adicional que ocorrerá no caso de se aceitar a prestar assistência.

d) No referente à dupla incriminação (ou dupla identidade), esta não se exige como requisito, exceto no caso de embargo ou seqüestro de bens, outras medidas coercitivas sobre bens e registros domiciliares ou alienamentos. Sem embargo, nestes casos é facultativo o Estado requerido prestar ou não assistência.

e) Com respeito aos atos processuais abarcados, a Convenção Interamericana se limita a exemplificar, sem prejuízo do acordo entre Estados requerente e requerido para estendê-lo a outros atos.

A Convenção Interamericana refere exclusivamente a atos puramente processuais, com o qual ficam excluídos o cumprimento da sentença penal estrangeira e seu efeito consubstancial, a extradição.

Se acolhe o mecanismo da autoridade central como via para "enviar, receber e devolver" as solicitações de assistência e aos fins de "coordenar a execução desta Convenção" e se prevê a notificação de testemunhas e

peritos tanto no Estado requerido como no requerente, como garantia de salvo-conduto.

f) A coisa julgada, a litispendência e a intenção discriminatória de uma investigação (por sexo, raça, condição social, nacionalidade, religião ou ideologia), a ordem pública, a soberania, seguridade ou interesses públicos fundamentais, jogam com causas de denegação de assistência.

g) A incompetência da autoridade requerente conforme a sua lei ou o caráter *ad hoc* do Tribunal são outras tantas causas de denegação, todas elas potestativas do Estado requerido.

h) Finalmente, a Convenção Interamericana contempla a adoção de medidas cautelares, "tais como o embargo e o seqüestro de bens".

Muitas das soluções consagradas no Anteprojeto de Tratado Brasil-Uruguai têm sua fonte ou inspiração neste Projeto.¹⁶

Enquanto as diferenças existentes entre este projeto de Convenção da OEA e o Anteprojeto de Convênio entre Brasil e Uruguai em estudo, do ponto de vista formal é preciso reiterar que o projeto de Convenção Interamericana, no momento, tem recebido somente aprovação por parte do Conselho Permanente da OEA e a seu respeito devem, todavia, pronunciar-se os Governos dos Estados-membros. Logo terá que voltar ao Conselho Permanente.

Por sua parte, e também do ponto de vista formal, o Anteprojeto de Tratado em estudo se acha em processo de ratificação no Parlamento do Brasil e Uruguai.

Quanto às principais diferenças substantivas as resumiria assim:

O Tratado, produto de uma negociação bilateral muito prolixa, oferece um texto a meu juízo tecnicamente mais ajustado, que inclui algumas soluções originais não previstas pela Convenção.

A título de exemplo, a norma do art. 26 do Tratado sobre responsabilidade, representa um enorme progresso que não aparece na Convenção.

Sobre esta disposição, é preciso indicar que o Tratado submete à lei interna de cada Parte "a responsabilidade pelos danos causados que resultem dos atos de suas autoridades e na execução deste Tratado" (§ 1.º do art. 1.º do art. 26); assim mesmo, "nenhuma das Partes será responsável pelos danos que podem surgir de atos das autoridades da outra Parte na formação ou execução de uma solicitação, conforme este Tratado" (§ 2.º).

Com esta norma se contempla, *v. g.*, o caso do erro na solicitação de cooperação, *p. ex.*, na identidade da pessoa sujeita a medida ou no número da conta bancária, cujo embargo ou fechamento se solicita.

Adverte-se, também, sobre o teor do § 2.º do art. 26, que a responsabilidade abrange tanto o Estado requerente como o Estado requerido, o primeiro na formulação da solicitação; o segundo, na sua execução.

Tal tipo de diferença é compreensível se pensarmos nas dificuldades de negociação de uma Convenção entre 34 Estados, maiores, sem dúvida, do que entre dois.

6) *Tratados Bilaterais*: No campo bilateral existem múltiplos Tratados em matéria jurídico-penal que constituem um iniludível antecedente do texto em análise. O primeiro deles, é o celebrado entre Estados Unidos e Suíça em 1973 (vigente desde 1976 e implementado em 1981).¹⁷ Logo o seguem os acordos entre Estados Unidos e Colômbia em 1980; com a Holanda em 1981; e sucessivamente com a Itália (1982), Marrocos (1983), Ilhas Caiman (1986), México (1987), Bahamas (1987), Tailândia (1988), Bélgica (1988) e Canadá (1988). Tratados bilaterais de características semelhantes também existem entre Itália e Argentina (1991), Argentina e Espanha (1987), Austrália e Espanha (1989), Espanha e México (1987). À lista devem-se agregar os Anteprojetos de Tratados acordados entre Uruguai e USA, Uruguai e Espanha, que constituem — como temos assinalado — a fonte principal e imediata do texto que se negocia entre Uruguai e Brasil.

III — PRINCÍPIOS QUE REGEM O TRATADO

Neste ponto, devemos questionar quais são as regras ou princípios que se devem observar para manter essa devida tensão entre os interesses de uma assistência judicial internacional eficaz, os da soberania nacional e os do homem em concreto.

Não se trata de abdicar das garantias individuais ou de segmentos mais ou menos importantes da soberania em razão de um combate mais eficaz ao delito transnacionalizado como propunham certos autores afortunadamente ilhados,¹⁸ senão — como assinala Marsollo — precisamente ao contrário. O desafio consiste em coordenar racionalmente o funcionamento de certos princípios de vigência medular e inalterável com aqueles mecanismos de cooperação interjudicial internacional, que possam se ver como possíveis. Todo ele num marco no qual a máxima eficiência na luta contra a criminalidade moderna se realiza sem afetar as garantias individuais e aquelas normas que, a juízo de cada Estado implicado em níveis de cooperação, integram sua ordem pública nacional e internacional.¹⁹

Conseqüentemente, com um instrumento bilateral como o que nos ocupa, se procura alcançar uma cooperação jurídica eficaz no equilíbrio com o reconhecimento da diversidade dos sistemas jurídicos envolvidos e, também, em todo o caso, necessariamente compatível com os direitos daquelas pessoas eventualmente afetadas com as medidas de cooperação e com a ordem pública de cada um dos Estados-membros.

1. *Princípios Fundamentais*: Nesse sentido, aparece em primeiro lugar entre os princípios reitores do tipo funcional sobre os que se estrutura este âmbito de cooperação judicial bilateral:

A) *O princípio da eficácia na assistência*, que se plasma:

A.1) *No instrumental*, através do redimensionamento do organismo autoridade central (arts. 3 e 4 do Tratado). O art. 3 do Tratado institui

a autoridade central como a encarregada da “prestação e recepção das solicitações” (art. 3.1) e outras normas ampliam estas disposições.

O art. 3.2 define que a autoridade central na República Oriental do Uruguai será o Ministério da Educação e Cultura e na República Federativa do Brasil terá tal cometimento a Procuradoria-Geral da República (Ministério Público da União). Por sua parte, o art. 3.3 estabelece que as autoridades centrais se comunicarão diretamente entre si.

Este organismo aparece no projeto de Convenção Interamericana (art. 10), nos Tratados USA-México (art. 32, sob o rótulo “Autoridades Coordenadoras”), USA-Colômbia (art. 2), USA-Argentina (art. 2), USA-Uruguai (art. 3) e Espanha-Uruguai (art. 3).

Também o Tratado Estados Unidos-Canadá, em diversos artigos, refere à autoridade central, assinalando-lhe competências, que vão mais além de apresentar e receber solicitações, ainda que sem ferir a competência própria dos tribunais (art. VII, 1).

Creemos necessário ressaltar um conceito operativo de autoridade central como órgão que viabiliza a cooperação jurídica internacional dos Estados.

A autoridade central de cooperação jurídica internacional é um órgão técnico-administrativo normalmente colocado institucionalmente dentro do Poder Executivo, que tem entre suas competências: intervir, recepcionando e remetendo admoestações ao estrangeiro, requerente de auxílio jurisdicional instreático e informação do Direito estrangeiro às autoridades nacionais, assim como o Direito nacional às autoridades estrangeiras.²⁰

Esta unidade administrativa vem funcionando muito eficientemente em nosso País desde muitíssimos anos, em matéria cível e de menores. A tendência universal é a de estender suas atribuições ao campo das solicitações de assistência penal. Isso pode se observar de acordo ao já adiantado, nos numerosos tratados bilaterais da última década, assim como também no âmbito multilateral.

Recentemente, Alvarez Cozzi²¹ manifesta que, ao conceituar a autoridade central como um organismo técnico-administrativo, se procura defini-la como um órgão não-jurisdicional. Acrescenta o mesmo autor: “Ainda que a mesma fosse colocada institucionalmente no sistema do Poder Judiciário, dependendo da Suprema Corte de Justiça, dada a natureza das competências da autoridade central, claramente de índole não-jurisdicional, se trataria de um organismo administrativo”.²²

Na análise do direito comparado em geral da autoridade central se coloca normalmente — como já dissemos — dentro do sistema orgânico do Poder Executivo. Se considera inconveniente sua situação dentro do Poder Judiciário atento a que, quando trate direito estrangeiro ou direito nacional, sua interpretação, sentido e alcance poderia estar vinculando perigosamente, através de um precedente, a autoridade judicial nacional.

Para dizer, em poucas palavras, a posição da autoridade central dentro do Poder Judiciário desvirtuaria o caráter dos informes dados pelo orga-

nismo que geralmente não são vinculantes para o Estado que os oferece nem para o Estado que os solicita.

Entre as competências típicas da autoridade central conceituamos as de intervir recepcionando e remetendo admoestações ao estrangeiro, requerendo auxílio (assistência) jurisdicional interestático e informação do Direito Estrangeiro às autoridades nacionais, assim como do Direito Nacional às autoridades estrangeiras.²⁸

O anteprojeto em estudo, como temos adiantado, redimensiona a autoridade central outorgando-lhe novas atribuições e faculdades em busca de uma cooperação penal internacional eficaz.

Esta reorganização funcional do organismo e seus alcances, principalmente atendendo a referida colocação institucional, tem gerado ultimamente algumas discussões no âmbito acadêmico penal, parte das quais referiremos mais adiante ao tratar o chamado Princípio da Reserva Política.

A.2) *No operativo*, mediante a colocação em prática de determinadas pautas de funcionamento a saber:

a) Celeridade no diligenciamento das solicitações de cooperação judicial internacional. Assim, o art. 7.2 estabelece que “a autoridade central do Estado requerido dará cumprimento com pontualidade à solicitação...”.

b) Atendimento, com preferência, do principal (conteúdo da solicitação), em requerimentos urgentes que não causem danos irreparáveis, sobre as meras formalidades que se cumprirão posteriormente. O art. 6.1 expressa que “a solicitação de assistência deverá formular-se por escrito, salvo nos casos de urgência, em que a autoridade central do Estado requerido poderá aceitar uma solicitação encaminhada de outra maneira. Em tal caso, a solicitação deverá confirmar-se por escrito dentro de 10 dias...”. O Tratado Estados Unidos-Argentina possui uma solução idêntica no seu art. 4.

c) Fluidez de comunicação entre as autoridades centrais dos Estados-Parte. Assim, p. ex., o art. 5.2 refere a possibilidade de — com prévia consulta entre autoridades centrais — prestar assistência sujeita a condições. O art. 10 refere os trâmites ao cumprimento das solicitações e o art. 25 ao mecanismo de consultas com o fim de facilitar a aplicação do convênio.

d) Limitação relativa ao emprego da informação ou prova obtida. O art. 11 do Anteprojeto de Tratado consagra o princípio da especialidade a respeito do uso da informação ou prova obtida só na investigação ou procedimento indicado na solicitação (art. 11.1), salvo que se tenham feito públicos no Estado requerente, caso em que se pode utilizar em outros assuntos (art. 11.3).

e) Reserva de certas instâncias de investigação para efeitos de não frustrar a efetividade da medida. O art. 9 expressa que a solicitação do Estado requerente manterá (no Estado requerido) o caráter confidencial do pedido de assistência e da sua tramitação. Devemos assinalar que se tratam de medidas que, por sua natureza, são inicialmente reservadas em todos os direitos do mundo, assim, p. ex., não parece conveniente que se intente

localizar uma testemunha chave radicada no exterior através dos meios de comunicação, a realização pública de um reconhecimento ou perícia, ou difundir de antemão um procedimento ou outra medida cautelar. Como vemos, esta reserva não tem nada a ver com essa realidade endêmica e incontrolável da justiça penal latino-americana que constitui a tristemente famosa instrução pré-sumarial reservada.

Paralelamente, o número 2 do art. 11 faculta à autoridade central do Estado requerido outorgar à informação e à prova apontadas, o caráter confidencial. Em certo modo, é uma norma simétrica com a do art. 9, que refere ao Estado requerente.

A regra sobre limitações que estamos examinando aparece na Convenção de Viena (art. 7.13), no Tratado Estados Unidos-Argentina (art. 7), no Convênio entre Estados Unidos-México (art. 6) e no Tratado Estados Unidos-Canadá (art. IX). Não aparece norma similar no Tratado entre Estados Unidos e Bélgica.

f) A entrega de Documentos Oficiais. O art. 14 do Convênio distingue entre documentos acessíveis ao público (art. 14.2) e não acessíveis ao público. A entrega destes últimos às autoridades do Estado requerente estará sujeita às mesmas condições que se exige às próprias autoridades do Estado requerido (art. 14.b).

Tem-se escrito — como crítica — que o Anteprojeto de Tratado, em seu art. 14.b, coloca, ao Juiz estrangeiro, a situação de levantar ou abrir o segredo administrativo nacional no país requerido, tolerando-se facilmente a discrição de cópia de documentos ou informação estatal vedada ao público no país requerido.²⁴

A nosso juízo, estes questionamentos partem de um enfoque errôneo a respeito do alcance do Anteprojeto e do próprio segredo administrativo.

Conforme ao assinalado:

f.1) O Anteprojeto, de acordo com o texto expresso do art. 4, tem por objeto a assistência jurídica mútua entre os Estados-Parte que acordam, entre si e como tais, certos níveis de cooperação jurídica bilateral, pelo que a referência à situação dos particulares neste lugar carece de sentido. As proteções aos particulares estão sistematizadas nos outros âmbitos do Anteprojeto, p. ex., o relativo à forma em que se cumprem as diligências no Estado requerido ou o traslado de pessoas sujeitas a procedimento penal etc..

f.2) O Estado estrangeiro requerente — de acordo com o próprio art. 14.b mencionado — só poderá obter documentos oficiais no Estado requerido com sujeição às mesmas condições e requisitos, conforme as quais esses documentos se proporcionariam às próprias autoridades do Estado requerido. Isto implica que, em todo o caso, se requererá — com análise prévia e decisão do Juiz nacional — o que surge com claridade de diversas normas que obrigam a observar, de início, as leis nacionais com relação ao procedimento (art. 2.j, art. 21, art. 22.1, art. 22.2 etc.).²⁵

Esta via de cooperação bilateral está reconhecida na quase totalidade dos acordos similares assinados dentro da Comunidade Européia e nos diversos Tratados existentes entre os Estados Unidos e vários países europeus (p. ex., o Tratado entre Estados Unidos e Confederação Suíça de 1983, o Tratado entre Itália e Estados Unidos, a Convenção Européia Antimáfia para Assistência Judicial e Extradicação etc.).

Também, o Tratado Estados Unidos-Argentina (art. 9). Estados Unidos-México (art. 10) e a Convenção Interamericana (art. 22) contêm uma norma similar.

B) *Princípio do reconhecimento da diversidade dos sistemas jurídicos nos Estados-parte*

Este conceito inovador se mostra claramente no art. 4.2, quando expressa que as solicitações se basearão em “pedidos de assistência daquelas autoridades judiciais ou do Ministério Público do Estado requerente, encarregados da investigação ou ajuizamento de delitos”.

O Tratado, através desta fórmula ampla e outros mecanismos, possibilita um trânsito rápido, ainda que entre países pertencentes a sistemas jurídicos diferentes. Estudando um texto similar contido no Anteprojeto de Tratado Estados Unidos e Uruguai, expressa Operti²⁶ que o Tratado, em seu conjunto, estabelece uma razoável harmonia, um balanço não sensível entre o sistema inquisitivo e o sistema acusatório, próprio, o primeiro, do sistema europeu continental, romano-germânico, que inspira nossos sistemas penais e, o segundo, do sistema anglo-saxão. Dois sistemas criminais baseados em procedimentos e protagonismos diversos, num modo distinto de averiguar a verdade e ditar justiça e, em consequência, portanto, num modo também diverso de garantir os direitos das partes.

Se procura que o texto do anteprojeto, sem alterar as formas do devido processo que marca a lei interna de cada país, coloque aos Estados, por sua flexibilidade, em inexoráveis condições de acordar, com países pertencentes a outro sistema jurídico, uma eficaz rede de tratados de assistência penal.

Na mesma orientação, o art. 7.3 permite a assistência de acordo com formas ou procedimentos especiais não incompatíveis com a lei interna de cada Estado requerido.

Igualmente, em matéria de notificação de documentos, o art. 13.3 expressa que a autoridade central do Estado requerido devolverá (à autoridade central do Estado requerente) o comprovante do diligenciamento das notificações na forma especificada na solicitação; e o art. 23 que trata da autenticação de documentos e certidões reza: “1. Sem prejuízo das autenticações ou certidões exigidas segundo as leis, o Estado requerido autenticará todo o documento ou suas cópias, assim como proporcionará certidões referentes a objetos, na forma solicitada pelo Estado requerente, sempre que ele não seja incompatível com as leis do Estado requerido”. “2. Aos

efeitos de facilitar o emprego das referidas formas especiais de autenticação ou certidão, o Estado requerente juntará à solicitação, os respectivos formulários ou descreverá o procedimento especial a seguir-se”.

2. *Princípios de garantia*: Como contrapartida das vias de colaboração bilateral acordadas, o Anteprojeto de Tratado recolhe sucessivas instâncias de salvaguarda que se podem sistematizar nos seguintes princípios:

A) *Princípio do respeito a ordem pública interna e internacional do Estado requerido*.

Este princípio está reconhecido expressamente no art. 5.e, segundo o qual o Estado requerido poderá recusar-se a prestar assistência se o cumprimento da solicitação aparece como contrário a sua segurança, ordem pública ou outros interesses essenciais. Esta norma consagra uma defesa tradicional neste tipo de tratados.

Entre os antecedentes mais próximos, podemos citar o Tratado dos Estados Unidos com o México, que contém uma forma idêntica (art. 1.3.b). Certas variantes oferece o Tratado entre Estados Unidos e Argentina que não incluem a ordem pública e utiliza a expressão “se o cumprimento da solicitação pode prejudicar a segurança e outros interesses essenciais similares do Estado requerido”, o que será determinado pela autoridade central do Estado requerido (art. 1.b). Por último, no âmbito multilateral o Projeto de Convenção Interamericana faz referência a “ordem pública, soberania, segurança ou interesses públicos fundamentais” (art. 8.e).

B) *Princípio do respeito à lei interna substantiva e processual (formas e garantias)*

Aparece como corolário do princípio antes enunciado. Se vê afirmado em várias disposições. Segundo o art. 2.j, não procedem as medidas de assistência para a investigação e ajuizamento de delitos proibidos pelas leis do Estado requerido.

O art. 7.1 estabelece que as solicitações se cumprirão de conformidade com as leis do Estado requerido, salvo disposição em contrário do presente Tratado (que não afete a ordem pública conforme a uma elementar interpretação harmônica do projeto). O mesmo artigo, na sua parte final 7.3, reconhece o princípio de outra forma, ao expressar que mediante a solicitação do Estado requerente, o Estado requerido cumprirá a assistência de acordo com as formas ou procedimentos especiais que se requeiram, a menos que estes sejam incompatíveis com a lei interna.

De acordo com o art. 16.1, que mais adiante analisaremos em seus variados aspectos, o Estado requerido autorizará a presença de funcionários do Estado requerente durante o desenrolar da medida de assistência. Este funcionário poderá interrogar (a nosso juízo não diretamente, senão através do juiz nacional) à pessoa cujo testemunho ou provas tenham de receber, mas, em todo o caso, sob as formas previstas pelas leis do Estado

requerido. Se reitera, no último parágrafo, que “a audiência terá lugar segundo os procedimentos estabelecidos pelas leis do Estado requerido.”

O art. 21, que trata do registro, embargo, seqüestro e entrega de objetos, no seu primeiro inciso, *in fine*, estabelece que estas medidas se submeterão a lei processual e material do Estado requerido. Por sua parte, o art. 22.1, ao tratar as medidas de imobilização, confisco e transferência de bens, estabelece, em sua parte final, que as autoridades do Estado requerido atuarão de conformidade com as leis de seu país e o mesmo artigo, ponto 2, expressa: “As partes se prestarão assistência, de conformidade com suas respectivas leis nos procedimentos de expropriação e confisco, indenização das vítimas de delitos e cobrança de multas impostas pela sentença penal”.

Finalmente, o art. 23.1, já visto, prevê que “sem prejuízo das autenticações ou certidões exigidas segundo suas leis, o Estado requerido autenticará todo o documento ou suas cópias, assim como proporcionará certidões referentes a objetos, na forma solicitada pelo Estado requerente, sempre que ela não seja incompatível com as leis do Estado requerido.

Com acerto manifestou-se Duran Martinez,²⁷ ao analisar o texto similar do Anteprojeto de Tratado Uruguai-Estados Unidos, “. . . o Tratado não inova a respeito do direito substantivo interno. Pelo contrário, continuamente, se remete a ele, assim como às normas internas do procedimento. De maneira que, p. ex., o levantamento do segredo bancário no Uruguai, em matéria criminal, só se pode dispor por decisão do Juiz Penal competente, conforme o art. 25 da Lei de Intermediação Financeira, e segundo o regime ali previsto e em outras disposições semelhantes”.

C) *Princípio da delimitação quanto ao âmbito e o alcance*

Este princípio, também denominado como de “acatamento no âmbito”,²⁸ coloca-se pelo fato de que o anteprojeto não consagra uma assistência jurídica a título universal entre os Estados-membros. Muito pelo contrário, a assistência se reduz a matéria penal (assim se expressa no Preâmbulo e no art. 1.1), mais especificadamente a determinadas áreas dentro desta matéria (art. 2) e sob certas limitações (arts. 5 e 11), que se observarão em cada caso específico de solicitação (art. 6).

O âmbito do Tratado está, em princípio, definido no seu Preâmbulo, que refere a uma assistência jurídica mútua em matéria penal para investigação e ajuizamento de delitos.

Por sua parte, o já mencionado art. 1.1, é mais explícito, já que expressa que as partes se prestarão assistência para investigação e ajuizamento de delitos, assim como os procedimentos judiciais relacionados com assuntos penais.

O art. 2 descreve pormenorizadamente o alcance da assistência, que compreenderá: a) notificação de documentos; b) recepção de testemunhos ou declarações, assim como a realização de peritagens e exame de objetos

e lugares; c) localização ou identificação de pessoas; d) notificação a testemunhas ou peritos para seu comparecimento voluntário para prestar depoimentos no Estado requerente; e) traslado de pessoas sujeitas a um processo penal com efeito de comparecer como testemunhas; f) medidas cautelares ou imobilização de bens; g) cumprimento de solicitações de registro e seqüestro; h) entrega de documentos e outros elementos de prova; i) imobilização, confisco ou transferência de bens confiscados, assim como em matéria de indenizações e multas impostas por sentença penal; j) qualquer outra forma de assistência não proibida pelas leis do Estado requerido para a investigação e ajuizamento de delitos.

Esta assistência far-se-á com certas limitações, que estão expressas nos arts. 5 e 11 do Anteprojeto.

De acordo com o art. 5, que alude aos limites materiais da assistência, o Estado requerido poderá recusar-se de prestar a assistência em várias hipóteses, p. ex., se a solicitação se refere a um delito militar, político, conexo com o delito político ou perseguido por razões políticas. Também poder-se-á recusar, de início, a assistência se a solicitação refere a um delito tributário, com certas reservas.

Finalmente, a assistência poderá, também, ser denegada se a pessoa requerida na solicitação tenha sido absolvida ou tenha cumprido a condenação no Estado requerido pelo mesmo delito mencionado na solicitação e se o cumprimento da solicitação é contrário à segurança, à ordem pública ou outros interesses essenciais do Estado requerido.

O art. 11 faz referência às limitações ao emprego da informação ou prova obtida. Este artigo, em seus três incisos, impõe um sistema de concentração e reserva encaradas neste caso como uma garantia adicional do processo.

Por sua parte, o art. 6 se ocupa da forma (escrita, a princípio) e condições que deverão reunir as solicitações de cooperação judicial em curso. Estes requisitos funcionam como garantia do Estado requerido e fundamentalmente das pessoas afetadas, pois, sem retirar eficácia às medidas, outorgam um mínimo razoável de seguridade e resguardo para dar trâmite responsabilmente às medidas.²⁹

D) *Princípio da legalidade*

O art. 1.2 assinala que: “Salvo nas situações previstas no art. 21, a assistência será prestada sem considerar se a conduta que motiva a investigação, ajuizamento ou procedimentos no Estado requerente, constitui, ou não, delito conforme a legislação do Estado requerido”. Tem-se sustentado que esta disposição viola — por via indireta — o Princípio da Legalidade, já que o texto não guarda a exigência da dupla incriminação para que proceda a cooperação judicial. Neste ponto, se tem concentrado a maior parte das críticas ao texto em análise, razão pela qual dedicaremos especial atenção.

A nosso juízo, este fundamental conceito de garantia, que é o Princípio da Legalidade, em nada se modifica no Anteprojeto. Reconhecida doutrina estrangeira e copiosos antecedentes existentes no campo bilateral e multilateral nos permite avaliar esta posição.

Existe consenso a respeito de que disposições, como a contida no art. 1.2, não transplantam delitos, se não que referem pura e simplesmente a medidas de assistência específicas solicitadas por autoridades estrangeiras competentes no âmbito de procedimentos desenvolvidos no outro Estado-membro, jurisdição onde a conduta em questão inexoravelmente está tipificada na lei penal.³⁰

É sabido que as medidas de cooperação jurídica internacional cobrem uma ampla gama que vai desde as mais simples formalidades de notificação ao deslocamento compulsório de uma pessoa a fim de que seja julgada no território de outro Estado. Este leque de formas de cooperação internacional "exclui, por sua própria diversidade, a ampliação de requisitos iguais", assinala agudamente Paulo Mouso.³¹

A dupla incriminação se exige quase universalmente como garantia da medida de cooperação jurídica internacional mais grave, que é a extradição. Em contrapartida, no direito comparado contemporâneo, não há esta exigência, tratando-se de medidas de assistência jurídica de primeiro nível, meramente instrumentais ou de prova (notificações, testemunhos, peritagens etc.).³²

Assinala Operti que é preciso ter muito claro, a todo o momento, que estamos no terreno da cooperação judicial penal internacional e não no terreno da extradição, e é preciso recordar este posicionamento na hora de definir os princípios e orientações de interpretação do Tratado. Acrescenta, ainda, que "evoca o requisito da dupla incriminação como exemplo muito claro de autonomia técnico-jurídica da cooperação jurídica mútua a respeito de extradição, enquanto que, por via de assistência, se coaduna ao exercício processual da justiça, tanto que através da entrega do incriminado se satisfaz o conteúdo sancionatório da pena".³³

O Anteprojeto consagra precisamente a independência técnico-jurídica e, por certo, axiológica e sociológica entre a extradição e a assistência.

Segundo Salvatore Sanese,³⁴ como exemplo, cabe mencionar dois exóticos casos de assistência internacional protagonizado por Brasil e França na última década. O Código Penal Brasileiro, em seu art. 240, tipifica o delito de adultério. Esta figura não está reconhecida no direito positivo francês. Isto não constitui um obstáculo para que a França diligenciasse prova a respeito, diante de situação de presumível adultério, respondendo a dois pedidos de cooperação formulados pelo Brasil, utilizando o Protocolo Provisório de Assistência Judicial que vincula ambos os países desde 1981.

Mas além destes casos singulares, devemos recordar que, de idêntica maneira, se vem procedendo sistematicamente no âmbito europeu, quando se trata de ilícitos sócio-econômicos. É sabido que nem todos os países do

velho continente alcançaram idêntico grau de desenvolvimento na tipificação dessas condutas, principalmente no que refere a fraudes pelo sistema de informática, telemática, delinquência no trabalho, fraudes nas subvenções, proteção jurídico-penal da competência etc... Não obstante esse tratamento legal diverso, existem incontáveis precedentes de cooperação judicial entre Estados na aplicação da Convenção Européia de Assistência Penal.

Quanto aos tratados bilaterais, não se exige a dupla incriminação para medidas de cooperação de primeiro nível, entre outros, os seguintes instrumentos: Tratado Estados Unidos-Canadá (art. 11.3); Estados Unidos-Itália (art. 1.3); Tratado Estados Unidos-Argentina (art. 1.3); Tratado Argentina-Espanha de 1987; Tratado Espanha-México de 1980; Tratado Estados Unidos-Países Baixos; e os subscritos entre França-Argélia de 1985; Estados Unidos-Confederação Suíça de 1983; Austrália-Espanha; Anteprojetos de Tratados de Assistência entre Argentina-Estados Unidos; e os acordados, em princípio, por Uruguai com Espanha e Estados Unidos. De acordo ao *Rapport du Conseil Fédéral*, Suíça mantém contatos com Canadá, Grã-Bretanha, Austrália e a atual Rússia para assinar textos que reconhecem similar solução.³⁵

Especificamente, comentando o texto do Tratado entre Estados Unidos e a Confederação Suíça, Bernasconi assinala: "As normas especiais, que seguramente poderão constituir o núcleo de um novo instrumento internacional podem ser facilmente encontradas no Tratado de assistência judicial entre Suíça e Estados Unidos, que pode servir como modelo. De modo que as normas que contêm foram objeto de uma elaboração e discussão muito profunda, seguramente a efeitos de assegurar o equilíbrio entre as exigências de uma eficaz repressão por uma parte, e o respeito aos direitos individuais da outra".³⁶

Mais adiante, ao tratar uma série de propostas condizentes a reforçar a assistência judicial internacional, chega a conclusão ainda mais radical que "não é necessária nestes casos a exigência de dupla incriminação para a execução de medidas coercitivas por parte do país objeto da rogatória (p. ex., localização e seqüestro de bens e obtenção de testemunhos, ainda nos casos vinculados ao segredo bancário)".³⁷

No campo multilateral, tampouco exigem de início a dupla incriminação nem a Convenção Européia sobre Assistência Judicial em Matéria Penal (art. 5), nem o Projeto de Convenção Interamericana elaborado pela Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos da OEA (art. 5).

Com relação a este último Projeto, assinala o Presidente do Grupo de Trabalho da OEA: "A dupla incriminação não se deve exigir porque não é Convenção sobre Extradicação e este princípio é básico unicamente no direito extradicional...". No mesmo sentido, se expressa, em documento posterior, o colombiano Londoño Paredes, Presidente da Comissão de Assuntos Jurídicos da OEA e reconhecido especialista de Direito Penal Internacional: "A tese que não exige a dupla incriminação tem como fundamento a que a assistência não tutela a liberdade individual senão que busca lutar contra

o crime fazendo possível a prática de diligências e atos processuais que a autoridade territorial não pode praticar por ter que se realizar o ato no exterior. A assistência se outorga em benefício da justiça e independentemente do mérito da investigação do processo penal. Ademais, o Estado requerido pode acudir a exceção de ordem pública para negar-se a prestar a assistência sem considerar que se desconhecem princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico”.

Mais adiante, agrega: “O art. 5 consagra uma tese na qual não se exige a dupla incriminação, mas na forma facultativa a permite, tratando-se de embargos e seqüestros, medidas coercitivas sobre bens e registros domiciliários ou alienamento”.³⁸

Essa flexibilização de conceitos que menciona o Presidente da Comissão de Assuntos Jurídicos da OEA é a tônica dos textos mais modernos. Assim, a citada Convenção Européia sobre Assistência Judicial em Matéria Penal, de início, não exige a dupla incriminação, mas a consagra como facultativa no art. 5, “a”, quando a Carta Rogatória contenha um pedido de embargo. Igualmente os Tratados entre Estados Unidos e Países Baixos (art. 6), Argentina e Espanha (art. 28, n. 2) e Espanha e México art. 27, n. 3), que também prescindem da dupla incriminação e a requerem excepcionalmente quando a solicitação refere a um embargo.

No mesmo sentido, o texto do Anteprojeto em análise, apartando-se de seu princípio, exige a dupla incriminação tratando-se de medidas coercitivas e assim o reconhece o art. 1.2, que remete ao art. 21 (registro, embargo, seqüestro e entrega de bens).

Reiteramos, então, que no âmbito do Anteprojeto, este não exige, como princípio, a dupla incriminação, mas condiciona a ela a adoção de certas medidas coercitivas, de tal maneira que se coloca neste ponto em posição mais restritiva das que apresenta o Direito Comparado.

É interessante advertir, seguindo Opertti,³⁹ que a dupla incriminação aparece com relação aos delitos fiscais, em certos instrumentos internacionais nos que são parte países considerados paraísos fiscais ou praças financeiras. É o caso, p. ex., do Protocolo à Convenção Européia (1978), o Tratado entre Estados Unidos e Reino Unido a respeito das Ilhas Caiman e o Tratado dos Estados Unidos com Bahamas, que a exigem como uma condição. O Anteprojeto que nos ocupa, assim como seus antecedentes acordado entre Estados Unidos e Uruguai, ao excluir os delitos tributários, deixa de lado esta possibilidade (art. 5.1.c.).

E) *Princípio da Reserva Política*

Está reconhecido no art. 5.E. De acordo com o texto, como já adiantamos, a autoridade central do Estado requerido poderá recusar-se a realizar a assistência no caso de que o cumprimento da medida possa afetar, não só a ordem pública, senão também a seguridade ou interesses essenciais do Estado, p. ex., causar um cataclisma econômico.

Tem-se argumentado que este critério — também chamado de “duplo controle” (administrativo e jurisdicional) — poderia operar como uma classificação de grau de duvidosa constitucionalidade suscetível de alterar o princípio de separação de poderes. Outro setor doutrinário sustenta que a existência do duplo controle é corolário necessário deste tipo de assistência entre os Estados-parte, como uma garantia adicional para os países com economia frágil. De acordo com esta orientação, nos casos extraordinários de cooperação judicial internacional, deve ceder frente à conservação da ordem e tranquilidade interior, típicas responsabilidades da Administração com raiz constitucional.⁴⁰

No mesmo sentido se pronuncia Bertain,⁴¹ que considera que, bem entendido, o princípio da reserva política não implica que a Administração defina caprichosamente aquele que percebe com interesses essenciais de seu país, o que equivaleria a uma politização pura e simples da assistência judicial internacional. A autoridade central só deverá ter em conta aqueles interesses políticos que, por acordo geral, são reconhecidos como salvaguardas ineludíveis da preservação nacional. É evidente, agrega o mesmo autor, que existe uma relação íntima e firme entre a ordem pública e o princípio da reserva política.

A ordem pública descarta a aplicação daquelas normas contidas na legislação estrangeira ou nas convenções e tratados bilaterais ou multilaterais que contradizem princípios particularmente importantes da *lex fori*. São, no particular, os princípios políticos da *lex fori* os que — para o citado especialista — fazem intervir na exceção de ordem pública.

A nosso juízo, toda possível similitude na finalidade dos institutos não deve fazer esquecer que o ponto realmente problemático ou discutível se encontra em que a exceção de ordem pública se decida no âmbito jurisdicional enquanto que o princípio da reserva política é regulado como recurso exclusivo da autoridade central.

Para o Prof. Opertti,⁴² a autoridade central não passa por via deste Projeto a adotar-se de competências que, por mandato constitucional, são exclusivo recurso do sistema de autoridades jurisdicionais. Esta (a autoridade central) não será mais, insiste o autor, que “uma porta de entrada e saída”, com a utilidade que significa registrar a experiência nesta matéria e a especialização, que é acaso o objeto fundamental que tem estado na idéia matriz da autoridade central.

Também, com relação às competências da autoridade central, como recusar-se a dar a assistência, prevista pelo art. 5 do Tratado, tem de interpretar-se dentro de um mecanismo de cooperação, cujo primeiro grau ou primeiro nível de controle, está a cargo da dita autoridade.

Termina afirmando o citado internacionalista, que se trata de faculdades que — por sua natureza — não propiciam ou abrem atuações processuais próprias do Poder Judiciário, se não que, pelo contrário, por meio de uma atividade, em essência, de caráter administrativo-procedimental, se impossibilita a viabilidade do pedido de assistência. Todo ele, sem prejuízo

da consulta entre autoridades centrais, para dar andamento sob as condições que convenha. E, também, por certo, de controles jurisdicionais internos, quando procederem, *a posteriori*.

F) *Princípio do respeito à jurisdição territorial*

O Anteprojeto, expressamente em seu art. 1.3, proíbe às autoridades ou aos particulares do Estado requerente empreender no território do Estado requerido funções que, conforme as leis internas, estão reservadas a suas autoridades.

A disposição pode parecer supérflua e inclusive agressiva do ponto de vista diplomático e só existe contados antecedentes similares (ex. Tratado Estados Unidos-Uruguai), mas ambas delegações têm aceitado incorporá-la a efeitos de evitar toda possível suspeita sobre o caráter estritamente jurídico da assistência projetada.

O art. 16.3 possibilita a presença de funcionários designados pelo Estado requerente durante o cumprimento da medida. Estes funcionários poderão intervir no decurso do interrogatório das pessoas cujos testemunhos esteja sendo recebido, em todo o caso, com sujeição das formas previstas pelas leis do Estado requerido. No caso do Uruguai, sua intervenção não será direta, senão que se plasmará através de perguntas que se apresentarão em primeira instância ao juiz uruguaio atuante e este formulará ao interrogado, se considerá-las procedente.⁴³

Esta prática de cooperação judicial tem larga data em nossos tribunais. Recordamos diversos procedimentos penais que envolveram feitos de características transnacionais, onde Fiscais da Holanda, Itália e Inglaterra, entre outros, presenciaram declarações dos interrogados em Tribunais do Uruguai e sugeriram perguntas complementares ao Juiz nacional da causa.

Este âmbito restrito de assistência dos funcionários estrangeiros reafirma o exposto no art. 1.3.

G) *Princípio da responsabilidade*

A nível doutrinário se tem sustentado em numerosas ocasiões a aplicação deste princípio, por via interpretativa (ex.: Antecedentes do Protocolo USA-França, também pendente de assinatura),⁴⁴ e é no Tratado Estados Unidos-Uruguai que o dito princípio, pela primeira vez, aparece recolhido ao texto exposto. O art. 26 do Anteprojeto em estudo também submete à lei do respectivo Estado a responsabilidade por danos produzidos por suas autoridades na execução deste Tratado (art. 26.1) e faz responsável a cada Estado-parte por seus atos na formulação ou execução da solicitação (art. 26.2).

Esta resolução legal garantidora, absolutamente original, foi fruto da inquietude da delegação uruguaia durante as negociações em Washington e Montevidéu com os representantes dos Estados Unidos. E, reiteramos, não se registravam, no momento de sua elaboração, antecedentes similares ao

direito comparado convencional, tanto multilateral como bilateral. Seguramente o aspecto mais recente da norma radica em que, ao aludir à “formulação e execução”, se distribuem as responsabilidades conforme a estrutura mesma do procedimento de cooperação que, em todo caso, consta destas duas etapas.

A idéia central desta norma, fervorosamente acolhida pela delegação brasileira, é a de proteger os particulares dos prejuízos que eventualmente poderiam ocasionar o funcionamento do Tratado. A assistência jurídica mútua não pode prestar-se com prejuízo dos direitos das pessoas afetadas. A solução arbitrada pelo Anteprojeto é, não só novidade, senão intrinsecamente equitativa e tem recebido claros elogios no âmbito do direito penal internacional. ⁴⁵

H) Princípio de proteção aos sujeitos do processo .

Este fundamental princípio refere as garantias com que devem contar aquelas pessoas envolvidas em medidas de assistência. Essas garantias devem ser a idéia central de toda política de cooperação judicial penal internacional, pois o Direito Penal e, por suposto também, a cooperação penal interestática, só se justificam para servir ao homem.

Quando os Estados individualmente ou um conjunto de Estados vinculados multi ou bilateralmente em níveis de cooperação penal desconhecem o indivíduo como pessoa, se rompe uma estrutura lógico, objetiva, ficando seu acionar em mero exercício de poder que não é Direito. ⁴⁶

O que foi expressado redimensiona a importância das salvaguardas que passamos a enumerar.

No Anteprojeto de Tratado em consideração, aqueles que são convocados a prestar testemunho, tanto no Estado requerido como no Estado requerente, estão dotados de numerosas garantias, tendo conseguido estruturar um sistema que acolhe as mais recentes posições da doutrina e jurisprudências internacionais a respeito. ⁴⁷

No caso dos convocados a prestar testemunho, apresentar documentos, antecedentes ou elementos de prova no Estado requerido, as proteções estão explicitadas no art. 16, ⁴⁸ que refere as condições e formas de execução de tais medidas, lei aplicável a estes procedimentos (a do Estado requerido), possível presença de funcionários estrangeiros durante o cumprimento das medidas e, finalmente, ao sistema de imunidades, incapacidades e privilégios aplicáveis. ⁴⁹

No referente à segunda hipótese, ou seja, os chamados a prestar testemunho no Estado requerente, se explicitam as garantias em várias normas; assim, de acordo com o art. 5.D (impossibilidade do *bis in idem*) o Estado requerido poderá recusar-se a deferir assistência se a pessoa mencionada na solicitação tenha sido absolvida ou tenha sido condenada no Estado requerido pelo mesmo delito mencionado na solicitação.

Por sua parte, no art. 17, se consagra a necessidade de que a pessoa chamada a testemunhar no estrangeiro preste consentimento por escrito a respeito da vontade de ir ao Estado requerente sob as condições e termos do Tratado.⁵⁰

Todavia, pode ocorrer a situação em que a pessoa chamada a oferecer declaração se encontre sujeita a processo no Estado requerido. Em tal caso, o texto procura salvaguardar, simultaneamente, tanto as garantias da pessoa convocada a prestar testemunho, como a competência jurisdicional do juiz da causa.

Precisamente, com este sentido, os arts. 18.1 e 18.2 estipulam a necessidade de um duplo consentimento: o da pessoa sujeita a processo no Estado requerido que aceite voluntariamente ser trasladada para declarar, e o do próprio Juiz do Estado requerido, sob cuja sujeição se encontra o testemunho convocado.

Assim mesmo, o art. 18.3 estabelece a obrigação de custódia física à pessoa trasladada (a), devolução da pessoa trasladada ao Estado remetente tão-pronto como as circunstâncias o permitam, sem necessidade de extradição (b e c), cômputo do tempo transcorrido no Estado receptor (d), permanência máxima de 90 dias ou cumprimento de sentença (e).⁵¹

Finalmente, o art. 19 prevê, para as hipóteses em que se convoque a prestar testemunho no Estado requerente (arts. 17 e 18), um regime de salvo-conduto sob o qual, enquanto se encontrar no Estado requerido, a pessoa não poderá ser detida ou presa por delitos anteriores, nem procurada para declarar em procedimentos não especificados na solicitação, tampouco, por último, ser detida ou presa com base na declaração que venha prestar (salvo desacato ou falso testemunho).⁵²

1) Princípio de proteção dos direitos patrimoniais frente a medidas suscetíveis de causar danos irreparáveis

Este princípio é uma derivação do anteriormente analisado. Em matéria de registro, embargo, seqüestro e entrega de bens, o projeto estrutura sucessivas garantias às pessoas eventualmente afetadas pela assistência a respeito de bens juridicamente protegidos no Estado requerido, em tal sentido devem ser mencionadas as seguintes:

a) Estas medidas de natureza coercitiva se regem pela lei processual e substantiva do Estado requerido (art. 21).

b) Por imposição do art. 1.2, para estes casos, exige-se a dupla incriminação. Este requisito não aparece no Tratado Estados Unidos e Argentina (art. 14), nem nos celebrados pelos Estados Unidos com o México, Canadá, Itália e Bélgica. Recolhe-se uma situação similar no Tratado entre Estados Unidos e Holanda e nos citados projetos de Tratado entre Estados Unidos e Uruguai, e entre este último e Espanha.

c) A medida deve ser justificada a critério da autoridade competente do país requerido. No caso do Uruguai, o Poder Judiciário (art. 21.1).

d) O Estado requerido poderá determinar, segundo sua lei, requisitos para proteger os interesses de terceiros sobre objetos que se pretendam trasladar, que serão incluídos por remissão expressa do art. 21.2 ao art. 5, § 2, bem como condicionados à assistência ao cumprimento dos mesmos.

IV — PRIMEIRAS CONCLUSÕES

Como avaliação, necessariamente provisória devemos consignar:

1) Diversas variáveis da sociedade atual, entre as que se deve necessariamente mencionar, a transnacionalização do delito tem levado a que a assistência jurídica mútua internacional, em assuntos penais, tenha deixado de pertencer a *comitas gentium*, ou seja, a mera cortesia internacional para converter-se, progressivamente, numa obrigação de igual natureza entre os Estados contemporâneos.

2) Na véspera da ansiada integração regional que propõe o Mercosul e atendendo os bens em jogo, deve abordar-se, com urgência e responsabilidade, a consideração das pautas ou lineamentos reitores da referida cooperação judicial, já que, de acordo ao exposto, dita cooperação não é admissível a qualquer custo.

3) Direcionados à tarefa de buscar e implementar esses princípios básicos da cooperação penal internacional, surgem, como antecedentes ineludíveis, os últimos textos que, no campo bilateral e multilateral, têm logrado acordar os futuros partícipes do processo de integração do Cone Sul.

4) Em tal sentido, resulta um exemplo a seguir em muitos aspectos o Anteprojeto de Tratado de Assistência jurídico-penal em estudo nos Governo do Brasil e Uruguai. Neste texto, os dois países ensaiam uma forma moderna e eficiente de assistência convencional bilateral sobre a base de novos e velhos princípios garantidores projetados sobre uma nova realidade.

5) Através do referido marco reitor bilateral se procura balancear harmonicamente uma assistência eficaz e o reconhecimento das particularidades dos sistemas jurídicos envolvidos, com a salvaguarda do direito dos Estados e, fundamentalmente, das pessoas que podem se ver afetadas no recurso de instâncias concretas de assistência.

6) Igualmente, deve aspirar-se que o novo Direito Penal da integração multilateral se estruture sobre a devida tensão das mesmas premissas de eficácia, soberania e Direitos Humanos, pois não é nem científica nem eticamente admissível responder a transnacionalização do delito com uma transpersonalização do controle, como sugerem temerariamente alguns estudos.⁵³

Como bem assinala Zaffaroni,⁵⁴ todo o plano jurídico-penal que parte da antinomia indivíduo-sociedade é falso, pois o interesse do grupo não pode ser outro que o dos homens do grupo. Em todo o caso, também no

âmbito regional, não há “combate ao crime organizado” ou “combate à transnacionalização do delito” que justifique um desconhecimento de tal pressuposto. Pelo contrário, o Direito Penal comunitário deve instaurar-se sobre a base do respeito dos direitos fundamentais do *homem*⁶⁵ ao qual, em definitivo, também a cooperação penal internacional deve servir.

NOTAS

1. Tradução de Cláudio Barros Silva, Procurador de Justiça no Rio Grande do Sul, Professor de Direito Processual Civil na Escola do Ministério Público.

2. O autor, Professor de Direito Penal, integrou em caráter de Assessor as missões oficiais do Uruguai nas negociações desenvolvidas com os Estados Unidos da América, Espanha, o Reino Unido, Austrália e a República Federativa do Brasil, encontros que culminaram com a elaboração de anteprojetos de Tratados de Assistência Jurídica Mútua em Matéria Penal.

3. Em 28.12.92, durante a Reunião Presidencial do Mercosul realizada em Montevidéu, os Chanceleres da República Federativa do Brasil, Dr. Fernando Henrique Cardoso, e do Uruguai, Dr. Héctor Gros Espiell, assinaram três acordos tendentes a reforçar a cooperação bilateral, sendo um deles, precisamente, o Anteprojeto de Tratado sobre Cooperação Judicial em Assuntos Penais objeto deste estudo.

4. Richard Brown, Raúl Cervini, Augusto Duran Martinez, Héctor Gros Espiell, Didier Operti, Jorge Talice, “Tratado de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais entre o Governo da República Oriental do Uruguai e o Governo dos Estados Unidos da América”. Jornada realizada na Faculdade de Direito da UCUDAL, em 14.6.91, publicação da Universidade Católica do Uruguai, Dámaso Antonio Larrañaga, ed. Barreiro y Ramos S/A, Montevidéu, 1992.

Raúl Cervini, A. Duran Martinez, D. Operti e R. Talice, “Tratado de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais entre a República Oriental do Uruguai e os Estados Unidos da América”, Questionário, na *Revista Jurídica Estudantil IX*, ano VI, Montevidéu, dic. 1991.

5. Raúl Cervini, “Análisis Criminológico del fenómeno del Delito Organizado”, em *Doctrina Penal* 40 outubro-dezembro/87, Depalma, Buenos Aires, pp. 689 e ss.

6. Adolfo Beria Di Argentine, Relato sobre Aspectos Sociais-Econômicos, XI Congresso Internacional de Defesa Social: “La internacionalización de las sociedades contemporáneas en el campo de la criminalidad y las respuestas del Movimiento de la Defensa Social”, Buenos Aires, 27.10-1.11.86, Repartido Mimeográfico, p. 2.

7. Elgio Resta, Relato sobre Aspectos Sociais, no Congresso citado Sub. 3, p. 7; Conf. Eduardo Mario Rissi, “La transnacionalización en la Sociedad Contemporánea”, ed. JASIL, México, 1991.

8. Conf. F. Mosconi e M. Pisani, “Le Convenzioni di Estradizione e di Assistenza Giudiziaria (Linee di sviluppo e prospettive di aggiornamento)”, *Serie Giustizia Penale e Problemi Internazionali — Collana Direta de Mario Pisani*, Giuffrè Editore, Milão, 1984; Giuliano Turone, “L’Stradizione e L’Assistenza Giudiziaria nei Rapporti Italia-Stati Uniti D’América”, *Serie Giustizia Penale e Problemi Internazionali, Collana diretta da Mario Pisani*, Giuffrè Editore, Milão, 1986; G. Grasso, “Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l’ordinamento comunitario e i sistema penali deli Stati membri”, *Serie Giustizia Penale e Problemi Internazionali, Collana diretta da Mario Pisani*, Giuffrè Editore, Milão, 1989; M. R. Marchetti, “La Convenzione europea di estradizione”, *Serie Giustizia Penale e Problemi Internazionali, Collana diretta da Mario Pisani*, Giuffrè Editore, Milão, 1990.

Sobre o mesmo tema, ver: Ponencias de las recientes V Journées Latines de Defense Sociale, “Principes directeurs pour une politique criminelle européenne”,

Courmayeur Mont Blanc (Vallée d'Aoete, Italia, 26-28.9.92, especialmente Constantin Vouyoucas, "Principes Directeurs pour une politique Criminelle Europeene"; Antonio Manuel de Almeida-Costa, "Quelques Principes pour un Droit et un Procès Penaux Europeens"; Luis Arroyo, "Política Criminal de los Delitos Económicos en España. El proyecto de Código Penal de setiembre de 1992."

9. Johannes, "Le Droit Pénal et son harmonisation dans les Communautés Européennes", em *Rev. Trim. Droit Eur.*, Paris, 1971, pp. 331 e 332; Fornasier, "Le pouvoir répressif des Communautés européennes", em *Rev. Marché comm.*, Paris, 1982, p. 401.

Dentro da doutrina anglo-saxã: Ethan A. Nadelman, "Negociaciones sobre Tratados de Asistencia Legal Mutual", em *Economía y Política del Narcotráfico*, obra coletiva compilada por Juan Tokatlián e Bruce Bagley, ed. CEI-CEREC, Bogotá, 1990, pp. 265 e ss.; Chamblee, "Internacional Legal Assistance in Criminal Cases", em Pedders, Harris, Olsen & Ristan, *Transnational Litigation: Practical Approaches to Conflicts on Accommodations*, Nova York, 1988, v. I/188; Irving Jones, "International Judicial Assistance: Procedural Chaos and a Program for Reform", em 62, *Yale L. J.*, 1953, pp. 515-554.

10. Raúl Cervini, "Tóxicos: Criminalidad Organizada. Su dimensión económica", em *Anais da Conferência Internacional de Direito Penal*, outubro/88, ed. Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral da Defensoria Pública, Rio de Janeiro, 1991; Raúl Cervini, "Análise Criminológica do Fenômeno do Delito Organizado" (versão corrigida e ampliada em texto e notas), em *Ciência e Política Criminal em homenagem a Heleno Fragoso*, Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal, organizador João Marcello de Araújo Jr., Forense, Rio de Janeiro, 1992; Raúl Cervini, "Los derechos Humanos como límite a ciertas instancias de cooperación penal internacional", vers. mim. de conferência ditada durante o 5.º Curso Internacional de Criminologia na Escola de Leis da Universidade da Flórida, USA, em 18.6.92; Giovanni Grasso, "L'Armonizzazione e il Coordinamento delle Disposizioni Sanzionatorie Nazionali per la Tutela Degli Interessi Finanziari delle Comunità Europee", em *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Serie, Anno XXXIII, Fasc. 3 — Luglio-settembre/90, Dott. A. Giuffrè Editore, Milão, 1990.

Sobre este tema é recomendável: Eduardo Marsollo, "Cooperación vs/Soberanía. Falso Dilema?", em *Revista Nueva Sociedad*, 13/56, 1990. Conf. G. Grasso, "Comunità europeee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri", ob. cit., *ut supra*, pp. 69 e ss.

11. Didier Opertti, em "Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales...", cit. *ut supra*, pp. 25 e ss.

12. Didier Opertti, em "Tratado de Asistencia Jurídica...", ob. cit. *ut supra*, referendou-se o processo de elaboração da Convenção das Nações Unidas de 1988, expressa em 1984 na Assembléia Geral das Nações Unidas, e adotou uma resolução solicitando ao Conselho Econômico e Social que pedisse à Comissão do Narcotráfico (uma das seis Comissões do Conselho Econômico e Social) que iniciasse a preparação de uma Convenção para completar os instrumentos de 1961 e 1971.

Os trabalhos começaram em 1985, circulando em 1986, entre os Governos, um primeiro projeto, que seria revisado em uma reunião de especialistas no outono de 1987 e completado em 1988.

13. Sobre uma visão crítica da Convenção de Viena, ver: Edgar Saavedra Rojas, "The Criminal Policy of Narcotrafic as a Consequence of the 1988 Vienna Convention", vers. mim. depoimento apresentado ao Seminário Regional sobre drogas realizado em San José, Costa Rica, de 27.11 a 8.12.89. (Doc. INNUD 8925 — TDN); Edgar Saavedra Rojas, "La Política Criminal del Narcotráfico como Consecuencia de la Convención de Viena 1988", vers. mim. de transcrição magnética de confe-

rência ditada na Universidade de Cartagena em 28.4.89 (Doc. BC 4290 — TN da Biblioteca da Universidade do Texas, Austin); Bruce Zagaris, "Dollar Diplomacy: International Enforcement of Money Movement and related Matters", vers. mem. de depoimento ao Seconde Biennial Conference of the Cayman Islands Bankers Assn. (Doc. BC — 5960/TO da Biblioteca da Universidade do Texas, Austin).

14. Tulio Glasso Marrone, "La Assistenza Giudiziaria nei Repporti europeo", Editorial Minerva, Torino, 1987.

15. Conf. Didier Opertti, "Tratado de Asistencia...", ob. cit. *ut supra*, p. 27.

16. Didier Opertti, No *Tratado de Asistencia... Cuestionario*, ob. cit. *ut supra*, analisa as principais diferenas e semelhanças entre um Anteprojeto similar (Tratado de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais entre Estados Unidos e Uruguai) e o Projeto da Convenção Interamericana de Assistência Judicial em Matéria Penal elaborada pela OEA. A respeito expressa: "Yendo a las semejanzas entre el Tratado y la Convención por razones de extensión sólo se mencionarán los aspectos más relevantes.

a) En cuanto al ámbito; ambos instrumentos abarcan el universo penal — todos los delitos, salvo los excluidos — y ambos comprenden la cooperación en ordem a la materia penal, entre países que responden a diferentes sistemas incriminatorios penales; inquisitivo, el de los países de origen romano-germánico (latinoamericano e europeo continental), como el de nuestro país, por ejemplo, y el acusatorio, de origen anglosajón, propio de los países de *common law*, como el Reino Unido o los Estados Unidos de América.

b) Respecto de las exclusiones — delitos militares, políticos y conexos, y delitos fiscales — ellas coinciden; igualmente en cuanto a las defensas del orden público, la seguridad o otros intereses esenciales del Estado Requerido.

c) En cuanto al Alcance de la Asistencia, ella es básicamente la misma, actos procesales (no siempre originados en decisiones judiciales), tales como notificaciones, obtención de pruebas, medidas cautelares, confiscación y embargo de cuentas y bienes, traslado de testigos y expertos de un Estado al otro etc.

d) Con relación a la doble incriminación — requisito básico en la extradición — no es exigida en el Tratado (salvo para ciertas medidas coercibles sobre bienes (ver ats. 1, parr. 2 y art. 21 del Tratado) y tampoco en la Convención (art. 5).

e) En cuanto a las autoridades competentes, ambos instrumentos consagran la autoridad central — en la línea dominante del Derecho Convencional Comparado — a la que dotan de competencias de recepción y expedición de los pedidos de asistencia, limitadas por los propios instrumentos internacionales y las respectivas leyes locales; a este propósito, cabe recordar que el Tratado en el art. 4, parr. 2, declara que "atento a la diversidad de los sistemas jurídicos de las partes, las solicitudes formuladas por una autoridad central al amparo del presente tratado, se basarán en pedidos de asistencia de aquellas autoridades del Estado requirente encargadas de la investigación o la atribución exclusiva del oficio jurisdiccional penal al Poder Judicial.

(Adviértese que la Convención no proclama — y esta es una diferencia básicamente formal — la diversidad de los sistemas jurídicos de los Estados abarcados por ella).

f) Con respecto a la ley aplicable — sin perjuicio de lo ya dicho — las solicitudes de cooperación, según ambos instrumentos, se cumplirán de conformidad con la ley del Estado requerido, salvo disposición expresa en contrario del propio instrumento internacional.

g) En relación con el traslado de testigos y detenidos a declarar de un Estado a otro, el Tratado y la Convención coinciden, salvo en la previsión del tratado sobre el traslado de un testigo desde el Estado requirente al requerido, no contempla en

la Convención. Pero en ambos casos — y esto es lo más importante — se requiere el consentimiento de la persona y aún del Estado mismo en el caso de las personas detenidas.

h) Ambos instrumentos internacionales consagran la garantía del salvoconducto en favor del testigo, de modo de preservarlo del riesgo de cualquier incriminación que pudiere significar su retención en el Estado de declaración más allá del objeto y plazo previstos, para su comparecencia.

i) Con relación al embargo, secuestro y entrega de bienes, las soluciones son prácticamente idénticas, en particular en cuanto refiere al requisito de la doble incriminación que aquí se exige a diferencia de las demás medidas de cooperación.

Es preciso indicar que el Tratado utiliza una terminología muy ajustada, al decir que dichas medidas se someterán a la "ley procesal y sustancial del Estado requerido" (art. 21.1).

j) La inmovilización, confiscación y transferencia de bienes, de un Estado a otro, es también objeto de soluciones similares o equivalentes; lo mismo acontece con la autenticación de documentos y certificaciones.

k) Ambos instrumentos consagran el principio de la confidencialidad, propio de la cooperación, con ciertos límites."

17. Nathalie Kohler, "The Confiscation of Criminal Assets the United States and Switzerland" em *Houston Journal of International Law*, v. 13, Fall 1990, n. 1, pp. 1-38, expressa que é interessante advertir também que desde a citada regulamentação do Tratado Estados Unidos-Suísça, em 1988, os Estados Unidos fizeram até o ano de 1990 cinqüenta solicitações, 1/3 por delitos de narcotráfico, com 17 encerramentos cautelares de contas bancárias para assegurar decisões confiscatórias posteriores.

Também, sobre o mesmo Tratado pode se ver no particular: "Análisis Técnico" do Tratado na Mensagem do presidente dos Estados Unidos transmitindo o Tratado... Informe do Senado, Executivo F. 94, Congresso, segunda sessão, pp. 34-69, Washington, 1976; Kronauer, "Information Given for Tax Purposes from Switzerland to Foreign Countries Especially to United States for the Prevention of Fraud or the Like in Relation to Certain American Taxes", 30 *Tax I. Rev.*, 47, Washington, 1974; Meier, "Banking Secrecy in Swiss and International Taxation", 7 *Int. Law*, 16, Nova York, 1973; Schoch, "What is a Secret Swiss Bank Account?" em *Hearings on Foreign Bank Secrecy and Bank Records*, 363-68, 1970; Mueller, "The Swiss Banking Secret", 18 *Int. & Comp. L. Q.* 360, 1969. Também ver a discussão do Memorando em Honegger, "Demystification of the Swiss Banking Secrecy and Illumination of the United States-Swiss Memorandum of Understanding", 9 *N. Carol J. Int. L. & Comp. Rev.* 1, Nova York, 1983; Trabalhos recentes: "International Agreements: United States-Switzerland Investigations of Insider Trading Through Swiss Banks", 23 *Harvard Int. L. J.* 437-443, 1983; e Lewis Jorda, "The Effect of Swiss Bank Secrecy on the Enforcement of Insider Trading Regulations and the Memorandum of Understanding between the United States and Switzerland" em *Boston Coll. Int. & Comp. L. Rev.* 1983, p. 541.

18. Nesta posição: Joel Brinkley, "Experts See Us. Cocaine Problem Continuing Despite Big Raids" em *The New York Times*, 26.8.90, p. 6 (documento C4.021/20, Biblioteca Univ. do Estado da Flórida, USA); Jeremías Laldri, "The Latin American Drug Connection" em *Edit. Thomas Roux*, Nova York, 1990, pp. 162 e ss.

19. Eduardo Marsollo, "Cooperación vs. Soberanía, Falso Dilema?" em *Revista Nueva Sociedad*, v. 13, México, 1990, p. 56. Cf. G. Grasso, "Comunità Europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali delli Stati membri", ob. cit. *ut supra*, p. 69.

20. Sobre o tema: Ethan A. Nadelman, "Negociaciones sobre Tratados...", ob. cit. *ut supra*, pp. 562 e ss.

21. Carlos Alvarez Cozzi, "Autoridad Central — Nueva via de Cooperación Jurídica Internacional", Editores Asociados, Montevideú, 1992, pp. 10 e ss.

Quanto aos antecedentes históricos do organismo: Assinala o autor que a autoridade central aparece pela primeira vez no direito europeu na Convenção de Haia sobre "Reconocimiento y notificación de actos en el extranjero en materia civil y comercial" de novembro/65. A partir dali, sua utilização passou a ser difundida nas Convenções de Haia, substituindo paulatinamente as vias tradicionais de cooperação. É assim que se prevê esta via, em muitos casos na forma exclusiva, em várias Convenções européias sobre cooperação jurídica internacional, sobre restituição de menores e outras. Assim mesmo, a prevêem as Convenções de Londres de 1968 e Brasília de 1972 sobre informação do direito estrangeiro. É deste direito que tratam as Convenções Interamericanas da CIDIP desde 1975 no Panamá até o presente, prevendo-a no elenco de vias de cooperação junto com as tradicionais. Nos Convênios bilaterais de cooperação jurídica uruguaio-argentino, uruguaio-chileno, uruguaio-peruano e uruguaio-espanhol, já citados, se opta por prever como via exclusiva, a autoridade central atenta às vantagens desta via sobre as vias tradicionais.

22. Assim, na Espanha se organizou como Subsecretaria de Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça, nos Estados Unidos da America, no Departamento de Estado e, antigamente, já se previa no "L'Office de Legislation Etrangere et Droit International du Ministère de la Justice de France" de 1876 e a seu similar belga de 1877. Esta mesma tendência se dá no direito interamericano.

23. As funções essenciais e tradicionais das autoridades centrais: intervir como órgão de tramitação de rogatórias substituindo assim a velha e lenta via diplomática ou consular e informar o direito estrangeiro. As rogatórias solicitantes de cooperação judicial podem referir-se a auxílio de mero trâmite e meio de prova, cooperação cautelar, e o atinente à eficácia extraterritorial das sentenças e laudos arbitrais estrangeiros. Ultimamente, também, se tem agregado à cooperação a matéria de restituição internacional de menores, cuja natureza é muito similar a conhecida, sob a rubrica de cooperação cautelar. As características e perfil funcional tradicional da autoridade central surge consultando o direito internacional privado interamericano elaborado nas Convenções vigentes da CIDIP I (Panamá, 1975), II (Montevideú, 1979), III (La Paz, 1984) e IV (Montevideú, 1989); nos Convênios com a República Argentina, Chile, Peru e Espanha, e no direito interno uruguaio regulado pelo Dec. 407, de 31.7.85, arts. 2 e 3, organizou a autoridade central como organismo técnico-administrativo dentro do Ministério da Educação e Cultura.

24. Gonzálo Fernandez, "Cooperación Penal con los Estados Unidos. Un Tratado que el Parlamento no debería ratificar", *Semanário Brecha*, Montevideú, em 7.6.91, p. 11.

25. Raúl Cervini, "Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales...", Questionário, ob. cit., *ut supra*, pp. 21 e ss.

26. Didier Opertti, "Tratado de Asistencia Jurídica Mutua...", ob. cit. *ut supra*, p. 23; cf. Jorge Talice, na mesma obra organizada, pp. 59 e ss.; Augusto Duran Martinez, *idem ob. cit.*, p. 19.

27. Augusto Duran Martinez, "Tratado de Asistencia Jurídica Mutua...", ob. cit. *ut supra*, p. 21.

28. Raúl Cervini, "Los Derechos Humanos como límite a ciertas instancias de cooperación penal internacional", ob. cit. *ut supra*, p. 10.

29. Art. 6. Forma y Contenido de la Solicitud. 1. La solicitud de asistencia deberá formularse por escrito salvo en los casos de urgencia, en que la autoridad central del Estado requerido podrá aceptar una solicitud cursada de otra manera.

En tal caso, la solicitud deberá confirmarse por escrito dentro de los diez días siguientes. Salvo acuerdo en contrario, la solicitud se cursará en el idioma del Estado requerido.

2. La solicitud deberá contener las siguientes indicaciones: a) nombre de la autoridad encargada de la investigación, el enjuiciamiento o procedimiento al cual se refiera la solicitud; b) descripción del asunto a que se refiere y naturaleza de la investigación, enjuiciamiento o procedimiento, incluyendo los delitos concretos a que se refiera el asunto; c) descripción de la prueba, información u otro tipo de asistencia solicitada; d) declaración de los motivos por los cuales se solicita la prueba, información u otro tipo de asistencia; e) normas legales aplicables acompañadas de su texto; y f) en la medida de lo posible, la identidad de las personas sujetas a investigación o enjuiciamiento.

3. En la medida que sea necesario, la solicitud deberá también incluir: a) información sobre la identidad y domicilio de las personas cuyo testimonio se desea obtener; b) información sobre la identidad y dirección de las personas a ser notificadas y la relación de dichas personas con los procedimientos; c) información sobre la identidad y paradero de las personas a ser localizadas; d) descripción exacta del lugar o de la persona que ha de someterse a registro y los bienes que hayan de ser cautelados; e) el texto del interrogatorio a ser formulado para la recepción de la prueba testimonial en el Estado requerido, así como la descripción de la forma en que ha de tomarse y registrarse cualquier testimonio o declaración; f) descripción de las formas y procedimientos especiales con que han de cumplirse las solicitudes; g) información sobre el pago de los gastos a que tendrá derecho la persona cuya información se solicite en el Estado requerido; y h) cualquier otra información que pueda ser sugerida al Estado requerido a los efectos de facilitar el cumplimiento de la solicitud.

30. Cf. Giuliano Turone, "L'extradizione e l'assistenza giudiziaria nei reporti Italia-Stati Uniti D'America", Giuffrè Editore, Milão, 1986, pp. 23 e ss.; Salvatore Senese, "L'assistenza giudiziaria e spazio giuridico europeo", Consiglio Superiore Della Magistratura. Arti Grafiche Jasilko, Roma, 1990, pp. 67 e ss.

31. Paulo Mouso, "Cooperación Judicial Interestática" em *Revista Colombiana de Derecho Procesal*, ano III, v. 2, Bogotá, 1990, p. 36.

32. Cf. Paulo Bernasconi, em "La Mafia Oggi — Individuazione del Fenomeno e Sistemi di Lotta" — Ata e documentos organizados pelo Prof. M. Cherif Bassiouni, edic ISISC — CEDAM, Pádua, 1988, pp. 412 e ss.; Giusto Schiaccitano, "Doppia incriminazione nelle maxi-istruttorie relative a casi di criminalità organizzata", versão apresentada ao Seminário Internacional sobre Extradicação organizada por ISISC, em dezembro/90, em Siracusa, Itália; Theo Vogler, "The Principle of Speciality in Extradition Law", versão apresentada no mesmo evento; Jacques Verhaegen, "Lois Penales Identiques et Jurisprudences Divergentes", versão apresentada na mesma conferência; Celso Bardini, "La Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale" em *Coleção Giustizia Penale e Problemi Internazionali*, 1991, pp. XI.257; Cude Lombois, "Assistenza Giudiziaria e cooperaciones in materia penale" em *Diritto Penale Internazionale* — Seminário realizado de 2 a 11.12.76, publicado por ISISC, Siracusa, 1978, p. 76; Hans Schultz, "Das Bankgeheimnis und del schweizerisch-amerikanische Vertrag uber Rechtshilfe" em *Strafsachen Bankverein Heft n. 11*, Basilea, 1966, pp. 49 e ss.

Dentro da doutrina anglo-americana, conforme: Ethan A. Nadelman, "Negociaciones sobre Tratados de Asistencia Legal Mutua...", ob. cit. *ut supra*, 265 e ss.; L. Chamblée, "International Legal Assistance in Criminal Cases", ob. cit. *ut supra*, p. 196; J. Mueller, "The Swiss Banking secret", ob. cit., *ut supra*, 392-396; Lewis Jorda, "Legal Assistance practical Approaches to Conflicts", ed. Rowles,

Lexington, Nova York, 1990, pp. 210 e ss.; Richard A. Martin, "Dual Criminality in Organized Crime Cases", versão apresentada na Conferência Internacional sobre Extradicação, ISISC, *ut supra*; Christopher Blakesley, "International Estradition: An Exercise Comparative and International Law", versão apresentada na mesma Conferência, pp. 26 e ss.

33. Didier Operti, "Tratado de Asistencia Jurídica Mutua...", *ob. cit. ut supra*, p. 24.

34. Salvatore Sanese, "L'assistenza giudiziaria...", *ob. cit., ut supra*, p. 76.

35. Conseil Federal, Rapport Generale, v. XII-322, Berna, 1992.

36. Paulo Bernasconi, "La Mafia Oggi..." *ob. cit. ut supra*, nota 10, p. 412.

37. Idem, pp. 412 e 413.

38. Documento OEA/Ser/G/CP. doc. 2.166/91, de 24.4.91.

39. Didier Operti, "Tratado de Asistencia Jurídica Mutua...", *ob. cit., ut supra*, pp. 30 e ss.

40. Cf. Chamblee: "International Legal Assistance in Criminal Cases", em Fedders, Harris, Olsen & Ristan: *Transnational Litigation*, v. I.N.Y., 1988, p. 188.

41. Jules Bertain, "Spazio Giuridico Europeo e Assistenza Giudiciaria", em *Rev. Penal Int.*, v. 6, Mesina, 1989, pp. 42 e ss.; cf. Lewis Jorda, "Legal Assistance. Practical Approaches...", *ob. cit., ut supra*, pp. 32 e ss.

42. Didier Operti, "Tratado de Asistencia Jurídica Mutua...", *ob. cit., ut supra*, pp. 32 e ss.

43. Raúl Cervini, "Tratado de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos...", *Cuestionario*, *ob. cit. ut supra*, p. 22; no mesmo sentido: Raúl Cervini, "Los Derechos Humanos como límite de ciertas instancias de cooperación penal", *ob. cit. ut supra*, p. 12.

44. Giuliano Turone, "L'Estradizione e L'Assistenza Giudiciaria nei Rapporti Italia-Stati Uniti D'America", *ob. cit., ut supra*, p. 82.

45. Lorenzo Rodrigues Linares, "La Cooperación Judicial Penal Interestática Contemporánea. Reflexiones" em *Revista Rumbo Nuevo* 36, México, julho-agosto/92, pp. 13 e ss.; Michael Brown, "Internacional Judicial Assistance. Approaches", em *Law and Criminology Review*, publicação da Escola de Leis da Universidade do Texas, Austin, v. 10, n. 2, abril-junho/92, pp. 63 e ss.

46. Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal*, Parte Geral, 4.ª ed., Ed. Ediar, Buenos Aires, 1985, pp. 301 e ss.

47. Amodio, "Il controllo sui provvedimenti restrittivi della libertà personale in una recente pronuncia della Corte Europea dei diritti dell'huomo", em *Rivista P. Penale XXI*, Milão, 1981; Lauro Rodri, "Prove disponibili e libertà dell'huomo" em *Law and Criminology Review*, Escola de Leis, Universidade do Texas, Austin, v. 6, n. 5, setembro-outubro/88, p. 41; Raúl Cervini, "Los Derechos Humanos como Límite...", *ob. cit. ut supra*, pp. 15 e ss. Dentro da doutrina norte-americana, propugnam por similares parâmetros garantidores: Lewis Jorda, "Legal Assistance. Practical Approaches to Conflicts", *ob. cit. ut supra*, pp. 239 e ss., e mais recentemente, Ryan Donovan, "Procedural Cases", Edic. Kirtmayer, Universidade de Nova Iorque, N. Y., 1991, pp. 230-260.

48. "Art. 16. 1. Qualquer pessoa que se encontre no Estado requerido e a que se solicite a apresentação de provas em virtude do presente Tratado, será obrigada a comparecer, de conformidade com as leis do Estado requerido, ante a autoridade competente para prestar testemunho ou apresentar documentos, antecedentes ou elementos de prova.

"2. O Estado requerido informará com suficiente antecipação o lugar e a data em que receberá a declaração do testemunho ou os mencionados documentos, antecedentes ou elementos de prova. Quando seja possível, as autoridades centrais farão consulta para efeito de fixar uma data conveniente para ambas as partes.

“3. O Estado requerido autorizará a presença das pessoas que estão especificadas na solicitação durante o cumprimento da mesma, facultando-as a interrogar a pessoa cujo testemunho ou provas tenham de receber na forma prevista pelas leis do Estado requerido. A audiência terá lugar segundo os procedimentos estabelecidos pelas leis do Estado requerido.

“4. Se a pessoa, a que se faz referência o § 1.º, alega imunidade, incapacidade ou privilégio segundo as leis do Estado requerido, esta alegação será resolvida pela autoridade competente do Estado requerido com anterioridade ao cumprimento da solicitação.

Se a pessoa a que se refere o § 1.º, alega imunidade, incapacidade ou privilégio segundo as leis do Estado requerente, o testemunho ou as provas serão, não obstante, recebidas e a alegação será informada à autoridade central do Estado, requerente, a fim de que as autoridades competentes desse Estado resolvam a respeito.

“5. Os documentos, antecedentes e elementos de prova entregues pela testemunha ou obtidos em consequência de sua declaração em ocasião da mesma, serão enviados ao Estado requerente junto com a declaração.”

49. Trata-se de uma norma similar a contida no Tratado Estados Unidos-Argentina (art. 8) e no Tratado Estados Unidos-México (art. 7).

50. Solução similar estabelecem os Tratados Estados Unidos-Argentina (art. 10) e Estados Unidos-México (art. 10). Nada estabelece o Tratado Estados Unidos-Canadá, o qual pode se considerar justificado tendo em conta o intenso tráfico jurídico e proximidade geográfica entre ambos Estados, além das facilidades recíprocas com as que estes Estados atuam em matéria de cooperação penal. O Tratado Austrália-Espanha também prevê igual mecanismo de cooperação (art. 9).

51. O Tratado Estados Unidos-Argentina (art. 11) estabelece uma solução similar, ainda que diferente enquanto não fixa como limite máximo o período que reste ao cumprimento da condenação; igual diferença, se adverte com o Tratado Estados Unidos-México (art. 8). Esta fórmula deve-se a iniciativa de nossa delegação e constitui um critério de acordo com o direito constitucional pátrio, sugerido pelo Uruguai e incorporado também ao projeto de Convenção Interamericana (art. 17).

O Tratado Estados Unidos-Canadá (art. XV) faculta ao Estado requerente autorizar a transferência do detido se “não tem razoável fundamento para negá-la”; exige em troca, como um requisito necessário, o consentimento da pessoa (art. XV.I).

52. O Tratado Estados Unidos-Argentina não regula de modo expresso o salvo-conduto; tampouco o Tratado Estados Unidos-México, nem o Tratado Estados Unidos-Canadá. O Tratado Estados Unidos-Colômbia o regula de maneira bastante parecida ao Tratado Estados Unidos-Uruguai, no art. 13.

O projeto de Convenção Interamericana sob o título “Imunidade da testemunha ou perito” (arts. 19, 20 e 21) consagra uma proteção equivalente a do nosso, mas só para a testemunha ou perito, tanto que o caso do traslado do detido é previsto nos arts. 16 e 17, sem menção expressa de salvo-conduto. Disposição similar por seu conteúdo, é do Tratado Argentina-Itália (art. 11).

O Tratado Austrália-Espanha prevê o salvo-conduto e a imunidade (art. 11).

53. Joel Brinkley, “Eperts See Us...”, ob. cit. *ut supra*, p. 6; Jeremías Laudri, “The Latin American Drug Connection”, ob. cit. *ut supra*, p. 162.

54. Eugenio Raúl Zaffaroni, “Manual de Derecho Penal”, ob. cit. *ut supra*, p. 310.

55. Luis Portero Garcia, “Caracteres del Derecho Penal Comunitario”, em *Revista do Poder Judiciário* 11, Madri, 1984, pp. 146 e ss. No mesmo sentido: Christine Van Der Wyngaert, “Applying Human Rights to Extradition, Opening Pandora’s Box?”, ver. mim., colocada na conferência internacional sobre Extradição, ISISC, Siracusa, Sicília, 1990; Raúl Cervini, “Los Derechos Humanos como límite a ciertas instancias de cooperación penal internacional”, ob. cit. *ut supra*, pp. 19 e ss.