

FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

THALES CASSIANO SILVA

COMO A PETROBRAS FOI DE VÍTIMA À RÉ? LAVA JATO VS. VAZA JATO:
Instrumentalidade processual e limites penais da assistência direta

Porto Alegre
2021

PÓS-GRADUAÇÃO - STRICTO SENSU



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

Thales Cassiano Silva

Como a Petrobras foi de vítima à ré? Lava Jato vs. Vaza Jato:
Instrumentalidade processual e limites penais da assistência direta

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais.

Orientador: Prof. Doutor Aury Celso Lima Lopes Junior

Aprovada em: __/__/____

Banca Examinadora

Prof. Doutor Aury Celso Lima Lopes Junior (orientador)

Avaliador

Avaliador

Ficha Catalográfica

C345c Cassiano Silva, Thales

Como a Petrobras foi de vítima à ré? Lava Jato vs. Vaza Jato :
Instrumentalidade processual e limites penais da assistência
direta / Thales Cassiano Silva. – 2021.

237.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em
Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Aury Celso Lima Lopes Junior.

1. Cooperação Jurídica Internacional. 2. Lava Jato. 3. Vaza Jato.
4. FCPA. I. Lopes Junior, Aury Celso Lima. II. Título.

Elaborada pelo Sistema de Geração Automática de Ficha Catalográfica da PUCRS
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Bibliotecária responsável: Clarissa Jesinska Selbach CRB-10/2051

Dedico à Yasmin, com quem decidi
compartilhar a vida.

AGRADECIMENTOS

No contexto da pandemia do novo coronavírus, a palavra “agradecimentos” ganhou novas forças de significado, uma vez que, para além de alterar drasticamente nossa realidade no dia a dia, jogou luz sobre aquilo que mais importa em nossas vidas.

É natural que nós, cientistas sociais, falemos sobre problemas crônicos brasileiros corriqueiramente, desde críticas ao inaceitável número de assassinatos anuais no Brasil às dificuldades econômicas estruturais que atravessamos. Porém, a bem da verdade, falamos, em regra, de um lugar que não é tão afetado por esses problemas; não porque vivamos em outras localidades geográficas ou estejamos alienados sobre eles, mas porque temos a possibilidade de criar engenharias situacionais para nos “separar” da realidade que nos cerca.

As nossas pequenas soluções privadas de cada dia para problemas coletivos foram frontalmente minadas na pandemia, de um dia para outro, foi perceptível, até para os mais reacionários, que uma sociedade não se divide entre “nós” e “eles”, que a política que desejamos para nós mesmos, de boa-fé, deveria ser desejada para o próximo.

Em algumas semanas, nossas redomas individualistas, justificadas no mérito em uma sociedade extremamente desigual, não foram suficientes para conter individualmente um inimigo comum. Os planos de saúde, que nos ajudam a lidar com ansiedade de viver em Estado em que a maioria da população não detém o básico, não eram mais capazes de garantir atendimento médico. Estávamos todos no mesmo barco!

A pandemia alterou nossa realidade, mas também escancarou a fragilidade da vida ao trazer todos a um medo comum, que para parte da sociedade é perene, de perder aqueles que amamos de forma repentina e sem muitas chances de fazer alguma coisa. Agradeço, profundamente, por ter chegado à linha final deste trabalho, tranquilizado pela ausência de luto.

Essas novas reflexões influenciam como devemos olhar as ciências sociais. Talvez seja o momento de voltar ao básico: o valor humanitário é, sem dúvida, o primeiro valor em importância a quem se dedica às ciências criminais, a nós, enquanto cientistas, é dada a responsabilidade de racionalizar aquilo que retira da vida sua característica mais bela: a liberdade. Ainda que erremos, é melhor que seja a favor de mais vida e de mais humanidade.

“Não há direito de punir. Há apenas poder de punir”

(Clarice Lispector, 1941)

RESUMO

A pergunta a ser aqui respondida surge com a punição criminal da Petrobras nos Estados Unidos, que se deu em razão dos fatos englobados pela operação Lava Jato de Curitiba. O olhar dado a essa pesquisa é o das ciências criminais, com o intuito de debater a utilização da cooperação jurídica internacional no *enforcement* transnacional da legislação extraterritorial anticorrupção estadunidense. Isto porque os agentes de persecução da Lava Jato se autointitularam responsáveis por uma efetiva cooperação com aquela jurisdição, em razão de terem repatriado ao Brasil a quase totalidade da multa criminal aplicada à Petrobras. Portanto, o trabalho parte da versão oficial dos órgãos de persecução e a contrasta com a versão que veio a público com a Lava Jato, este é o escopo do estudo de caso feito no terceiro capítulo. Antes dele, são discutidos, em capítulos específicos, os interesses políticos criminais e criminológicos que justificam a ascensão da assistência direta no pós-guerra fria, bem como um debate descritivo e prescritivo das categorias dogmáticas de regência assistência direta em matéria penal, em especial àquelas referentes ao processo penal e ao direito internacional público.

Palavras-chave: Cooperação Jurídica Internacional; Lava Jato; Vaza Jato; Petrobras; FCPA.

ABSTRACT

The question that this thesis wants to see answered, emerges from the Petrobras criminal penalty in the United States, which has come to be, in the context of the CarWash operation in Curitiba. The outlook that has been employed to the research, is the one born from criminal sciences, locating the debate under the uses of international legal cooperation to sustain the transnational enforcement of the FCPA. Promoted from the fact that prosecuting agents from Carwash operation self-labeled themselves responsible for an effective legal cooperation in that jurisdiction, discussing that the fine applied to Petrobras was almost all repatriated to Brazil. Therefore, this work starts on prosecuting agent's official version and contrasts it with which has come public after the leaks obtained from The Intercept were released. In fact, that is the case study scope conceived in the third chapter. Before it, at specific chapters, there's a positioning on the criminal-political interests and criminology arguments that justify the rise of mutual legal assistance after the cold war, as well as a debate on prescriptive and descriptive regents' categories of international legal cooperation in criminal matters, especially to the ones referred to, as criminal procedures and international public law.

Keywords: International Legal Cooperation; Lava Jato; Vaza Jato; Petrobras; FCPA.

LISTA DE TABELAS, QUADROS E FIGURAS

Quadro 1. Direito penal transnacional (DPT) x Direito penal internacional (DPI).....	58
Quadro 2. Tabela comparativa entre Carta Rogatória e Auxílio Direto.....	125
Quadro 3. Identificação dos executivos referidos no <i>non-prosecution agreement</i>	148
Quadro 4. Cláusulas padrões dos acordos de delação com a Lava Jato	155
Quadro 5. Roteiro das audiências realizadas entre 13/07/2016 e 21/07/2016	183
Figura 1. Organograma construído pelo MPF para explicar a Lava Jato.....	150
Figura 2. Agenda de atos unilaterais de investigação em 06/10/2015.....	176
Figura 3. Agenda de atos unilaterais de investigação em 07/10/2015.....	177
Figura 4. Agenda de atos unilaterais de investigação em 08/10/2015.....	177
Figura 5. Agenda de atos unilaterais de investigação em 09/10/2015.....	178

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AML – Anti-money Laundering

ADRs – American Depositary Receipts

APG – Pacific Group on Money Laundering

DHS – Homeland Security (Estados Unidos)

COMPERJ – Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro

CFATF– Grupo de Acción Financiera del Caribe

DOJ – Department of Justice of United States

DPI – Direito Penal Internacional

DPT – Direito Penal Transnacional

DRCI – Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional

EAG – Eusarian Group on Combating Money Laundering

ESAAMLG – Eastern and Southern Africa Anti-Money Laundering Group

FCPA – Foreign Corrupt Practices Act

GABAC – Groupe d'Action contre le blanchiment d'Argent en Afrique Centrale

GAFI (FAFT) – Grupo de Ação Financeira Internacional

GAFILAT – Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica

GIABA – Grupo Intergovernamental de Ação contra o Branqueamento de Capitais na África Ocidental

ICEPS – Center of Economic Penal Studies

Mena FATF – Middle East and North Africa Financial Action Task Force

MLA – Mutual Legal Assistance

MONEYVAL – Committee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering Measures and the Financing of Terrorism

MPF – Ministério Público Federal

OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OEA – Organização dos Estados Americanos

ONU – Organização das Nações Unidas

PGR – Procuradoria-Geral da República

SEC – Securities and Exchange Commission

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

UNODC – United Nations Office on Drug and Crime

Sumário

Introdução	14
Capítulo 1. Interesses político-criminais e econômicos na assistência direta	21
1.1 A base: Estado-mercado.....	23
1.1.1 A economia como a preocupação central da política	26
1.1.2 O neoliberalismo não é a mera continuação do liberalismo clássico	30
1.1.3 Paradigma da comunicação e limites éticos para superação de crises.....	34
1.2 O alvo: combate às organizações criminosas	39
1.2.1 Linguagem belicosa e genealogia do argumento	39
1.2.2 Administrativização do direito penal	47
1.2.3 O criminal compliance no contexto da lavagem de dinheiro	49
1.3 A Ferramenta: O gerenciamento do risco na persecução penal	52
1.3.1 Conteúdo do risco na modernidade reflexiva: a base do atuarialismo	52
1.3.2 Política criminal atuarial – risco e reincidência na execução penal	55
1.3.3 A sociedade do controle – atuarialismo na criminologia	59
1.4 O Alcance: Direito penal transnacional e suas consequências jurídicas	65
1.4.1 Fases constitutivas de um regime global de proibição.....	71
1.4.2 A lavagem de dinheiro como um regime global de proibição.	73
1.4.3 As finalidades do direito penal transnacional pós-guerra fria.....	76
Capítulo 2. Categorias dogmáticas aplicáveis à Cooperação Jurídica Internacional.....	80
2.1 Fontes da Cooperação Jurídica Internacional nas Convenções Internacionais Multilaterais	81
2.1.1 Convenção de Viena	83
2.1.2 Convenção de Nassau e Protocolo adicional de Manágua.....	86
2.1.3 Protocolo de San Luis	89
2.1.4 Convenção de Palermo.....	92
2.2 Fundamentos processuais penais da Cooperação Jurídica Internacional	95
2.2.1 Princípio do respeito à jurisdição – diálogos sobre territorialidade	95
2.2.2 Princípio da lei interna processual e substancial ou <i>forum regit actum</i>	98
2.2.3 Princípio da proteção aos sujeitos do processo	99

2.2.4	Contraditório e Ampla Defesa	101
2.3	Fundamentos de Direito Público Internacional aplicáveis à Cooperação Jurídica Internacional	104
2.3.1	Princípio do respeito à ordem pública do Estado requerido	104
2.3.2	Princípio da especialidade	107
2.3.3	Princípio da reciprocidade	108
2.3.4	Funções declaradas da Cooperação Jurídica Internacional	111
2.4	Reconhecimento mútuo: debate conforme a organização política dos Estados	114
2.5	Primazia das normas processuais de fontes supranacional sobre a fonte interna	118
2.6	Veículos de Cooperação Jurídica Internacional	120
2.6.1	Auxílio Direito	120
a)	Alçada do Poder Executivo e sua competência para o juízo de admissibilidade	124
b)	Ampla cognoscibilidade – mérito	128
c)	Competência da Justiça Federal e reserva de jurisdição – atuação passiva	132
2.6.2	Carta Rogatória	134
2.6.3	Homologação de sentença estrangeira	136
2.6.4	Extradicação	138
2.6.5	Transferência de pessoas presas	140
Capítulo 3.	Inversão da posição processual da Petrobras – de vítima a ré	142
3.1	Estudo de caso proposto	145
3.1.1	A busca pelos auxílios diretos do caso	146
3.1.2	Análise dos Termos do <i>Non-Prosecution Agreement</i>	148
3.1.3	Análise dos Anexos do <i>Non-Prosecution Agreement</i>	153
3.1.3.1	Identificação dos colaboradores citados – das pessoas relevantes	158
3.1.3.2	Situação jurídica dos identificados no Brasil	163
3.1.4	O crime cometido na jurisdição dos Estados Unidos	169
3.5	Versão oficial e oficiosa sobre a punição à Petrobras	175
3.5.1	A Versão oficial	175
3.5.2	A Versão oficiosa	181
3.5.2.1	Roteiro das atividades das agências estadunidenses em Curitiba	187
3.5.2.2	Produção de estratégias para burlar a cooperação formal	190

3.6 Legitimidade para discussões em nível transnacional de <i>assets sharing</i>	197
3.7 Como deveria ter sido, ou não, a cooperação no caso da Petrobras	204
Conclusão	214
Referências bibliográficas	217

Introdução

É muito natural para os pesquisadores das ciências humanas, especialmente após o final da Guerra Fria, a utilização de referentes teóricos e de conceitos que estão alicerçados em entendimentos produzidos dinamicamente entre Estados e atores não estatais em níveis globais. Temos os exemplos das Agências Supranacionais, dos Blocos Econômicos, dos Organismos Intragovernamentais e das Grandes Corporações Transnacionais, que se dedicam a temas que tocam toda a comunidade mundial – dos quais a defesa dos direitos humanos ou do meio ambiente são exemplos¹. As ciências criminais não fogem a esta realidade e isto impõe um desafio a quem a ela se dedica, especificamente no estudo crítico das racionalidades pós-modernas disseminadas internacionalmente sobre política criminal, tendo consciência da assimetria entre os países que as produzem globalmente. Entender a existência deste fluxo de comunicação, afinal, é pressuposto da linguagem que o silêncio seja comunicativo², é o primeiro passo para se falar do estado da arte do estudo de cooperação jurídica internacional.

A bem da verdade, a grande maioria dos textos científicos produzidos sobre o tema deste trabalho começam com o relacionamento dos efeitos da globalização em uma sociedade pós-moderna na qual cooperação entre Estados é necessária³. Esta argumentação faz sentido

¹ De acordo com Thales Castro (2013), o sistema internacional pós-Guerra Fria (pós-bipolaridade) apresenta como principal característica a dinamicidade das relações entre os Estados soberanos e uma série de atores não estatais, como as Grandes Corporações Transnacionais (GCT), as ONGs e os indivíduos, decorrente do atual processo de regionalização e globalização.

² De acordo com Menelick de Carvalho Netto (2020, p. 74), “a comunicação como tal, por meio da linguagem, é muito improvável e, no entanto, ela se dá, nós nos comunicamos graças a esse pano de fundo compartilhado de silêncio que, é claro, é sentido naturalizado. Daí a natureza contrafactual desse pressuposto residir precisamente no paradoxo da linguagem: “nós nos comunicamos porque não nos comunicamos”.

³ Pode-se citar alguns à título de exemplo: “a globalização e as diversas formas que a criminalidade pode ter apresentam desafios em várias áreas para os Estados. Uma delas é a cooperação jurídica internacional. Se, por um lado, o fortalecimento do Estado de Direito em nível nacional está vinculado, em parte, às instituições do Estado, por outro lado, nas relações internacionais, o elo reside na cooperação entre os atores” (FRANZINI, 2016, p. 109); “A globalização econômica e o crescente aumento nas relações interpessoais de caráter internacional levou ao surgimento de nova criminalidade supranacional, sem fronteiras a limitá-la, como uma grande organização criminosa operando mundialmente. Essa nova criminalidade desafia a criação de instrumentos jurídicos aptos a universalizar e homogeneizar seu combate” (LESSA, 2016, p. 117); “O fenômeno da criminalidade é muito antigo. Alguns entendem que é fruto da forma de viver em sociedade, outros que é característica hereditária do criminoso. O fato é que se convive com o crime há muito tempo. Porém, de alguns séculos para cá, este se aperfeiçoou. Aos poucos, o criminoso deixou de atuar sozinho e passou a fazê-lo em grupos. A partir de então, nasceu a chamada criminalidade organizada. Os primeiros grupos organizados de que se tem notícia são as tríades chinesas, surgidas no século XVI. Posteriormente surgiram a Yakuza japonesa, as máfias italianas e outras organizações criminosas. Nas últimas décadas, está-se vivendo uma profunda transformação no mundo e, conseqüentemente, na criminalidade. Com a ascensão de um novo modelo econômico, principalmente a partir do final da década de 1980, o mundo passou por intenso processo de globalização. A nova política econômica teve como característica a desregulação da economia, de forma que o Estado pouco deveria intervir. Houve, também, o desenvolvimento tecnológico e das telecomunicações. Tudo isso possibilitou a globalização dos mercados” (SAADI, 2016, p. 141).

inicialmente, mas tão somente porque relaciona a capacidade tecnológica com a prática cooperacional já existente. Entretanto, explicar o fenômeno a partir desta ótica é dizer que o mundo entendeu, ou entende, a necessidade de atos de cooperação e o faz porque o “o crime não respeita fronteiras” ou “a utilização da tecnologia na globalização permitiu que...”. O que estes discursos não revelam ou, poder-se-ia dizer, escondem, é que os objetivos de uma política criminal transnacionalizada elegem o “o que deve ser punido” e o “como deve se punir”, *a priori*. Evidentemente, aquela premissa não é verdadeira e será enfrentada neste trabalho.

O olhar dado à pesquisa é do processo penal para o fenômeno. Esta afirmação é sinônimo de dizer que se estuda os *limites do poder de punir*⁴, que são impostos aos órgãos de persecução e, inclusive, a delimitação do direito dos acusados e seus defensores nos atos de cooperação. No Brasil, não há lei geral para regular a cooperação jurídica internacional, tampouco o auxílio direto. Contudo, o país aderiu a diversas convenções internacionais, muitas delas internalizadas no direito doméstico pelo Congresso Nacional, tornando-se leis ordinárias que prescrevem a necessidade de que os países formassem acordos multi/bilaterais com intuito de possibilitar o combate a determinados tipos de criminalidade em nível global, em velocidade compatível com a capacidade tecnológica disponível, bem como delimitaram fragmentadamente a natureza jurídica do instituto, seu objeto, seu trâmite procedimental e seu regramento para hipóteses de denegação da assistência solicitada.

O Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais (2000) e a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal (2008) exemplificam a referida regulação fragmentada e compartilham o intuito comum de fomentar a incidência do auxílio direto na cooperação horizontal entre Estados. Por esta e outras razões, no século XXI, a cara da cooperação jurídica internacional em matéria penal é a desse instituto que possibilita a descentralização de atos judiciais e administrativos, tornando-se a principal arma pró-celeridade apontada pelos órgãos de persecução. É neste contexto que o auxílio direto vem substituindo, pelo menos na perspectiva prática, a tradicional carta rogatória, conforme aponta Abade: “a evolução dos tratados internacionais fez com que ocorresse, nas últimas décadas, um processo

⁴ Segundo Lopes Jr. (2020, p. 159), “[...] os princípios Constitucionais do Processo Penal são constitutivos das chamadas ‘regras do jogo’, ou do devido processo (due process of law), servindo, ao mesmo tempo, como mecanismos de limitação e legitimação do poder de punir. Pensamos o processo penal a partir da ‘instrumentalidade constitucional’, ou seja, um instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias da Constituição e um caminho necessário para chegar-se a uma pena (ou não pena), permeado por regras que limitam o exercício do poder punitivo. Os princípios gozam de plena eficácia normativa, pois são verdadeiras normas (Bobbio)”.

de ‘substituição’ dos meios de diplomáticos e da carta rogatória por outro mecanismo de cooperação denominado ‘auxílio direto [...]’” (ABADE, 2014, p. 312-313). Dito isto, é possível afirmar que a própria cooperação jurídica internacional vem se modificando nos últimos 20 anos, justamente para um melhor alinhamento aos objetivos dos atuais *regimes globais de proibição*⁵.

Aqui, já se demonstra a primeira inquietude que leva ao problema de pesquisa, o enfretamento da ausência de limites ou prescrição destes, da perspectiva do processo penal, que são em regra combatidos com a simplicidade de argumentos usuais de combate ao crime organizado ou à lavagem de dinheiro e a celeridade processual possibilitada pela utilização do auxílio direto. Esta é somente a ponta do *iceberg*. Explica-se: as perspectivas criminológicas que fundamentam esses argumentos e as políticas criminais transnacionais que perpassam o mundo através dos acordos bilaterais bebem nas mesmas fontes de justificação, enxergam o fenômeno da criminalidade a partir de uma lógica atuarial⁶, com intuito de criar o gerencialismo do risco em uma sociedade sob o marco da autorregulação regulada⁷, na qual a terceirização da vigilância é uma característica marcante e até comemorada.

É na ausência de limites pré-definidos por uma política pública de cooperação jurídica em matéria penal que se insere o problema de pesquisa desta obra: *autoridades nacionais podem cooperar, por meio do auxílio direto, em hipóteses que geram inversão da posição processual de pessoas jurídicas?* Este questionamento e as hipóteses de pesquisa a ele adjacentes surgiram da análise de um caso concreto: o acordo de não persecução criminal firmado pela Petróleo Brasil S.A., popularmente Petrobras, com o Departamento de Justiça Estados Unidos sobre fatos ocorridos no Brasil, investigados no contexto da operação Lava Jato de Curitiba. Por esta razão, o estudo de caso será um dos métodos de pesquisa utilizado, no terceiro capítulo.

A vinculação da pergunta ao tema da pesquisa é que o *enforcement* da criminalidade transnacional se dá através de relações cooperacionais entre Estados – horizontal e interetática⁸.

⁵ De acordo com Eduardo Corrêa (2017, p. 374), “por regimes de proibição transnacionais deve-se compreender o conjunto de normas, regras e procedimentos estabelecidos para regular a criminalização, a investigação, o processo ou a execução penais de forma harmonizada nos sistemas de justiça criminal de diversos Estados”.

⁶ Utilizar-se-á a expressão trazida pela obra de Maurício Dieter, que é *Política Criminal Atuarial: A Criminologia do Fim da História* (2012).

⁷ Bruno Boquimpani (2012, p. 159) define autorregulação regulada como “centros de juridicidade de origem privada que se emparelham ou concorrem com o direito estatal, não apenas para a perseguição de objetivos privados, mas muitas vezes também para a consecução de fins de interesse coletivo”.

⁸ Conceituação trabalhada por Ana Gonzatti Silva (2018, p. 4-5), referindo-se à Jean Salmon.

Esclarece-se, de pronto, que não se pretende versar sobre as características da cooperação em matéria civil, uma vez que a instrumentalidade processual do processo civil e penal tem raízes axiológicas diversas – ou poder-se-ia dizer regidos por princípios orientadores distintos –, o que invalida a costumeira pretensão de existência de uma teoria geral do processo, o que há muito vem sendo explicado por Jacinto Coutinho e Aury Lopes Junior⁹.

Segundo Polimeni, a cooperação jurídica internacional deve ser lida como “estatuto global regular (normal) de auxílio interetático e garantias”. O processo penal rege-se pela necessidade (LOPES JR, 2020. p. 35), construído a partir de uma jurisdição penal que é um dever/poder. Na dimensão do dever, os Estados devem buscar a regulação dos atos cooperacionais de forma típica a fim de autorizar que os agentes públicos promovam a persecução e que os investigados tenham previsibilidade na forma – expressão de garantia. Estas premissas nos levam a comungar do conceito apresentado por Cervini e Tavares:¹⁰:

Justamente diante disso, e de acordo com a reformulação conceitual do pensamento destes publicistas [...] a cooperação judicial penal internacional pode ser esquematizada funcionalmente como conjunto de atividades processuais (cuja projeção não se esgota nas simples formas), regulares (normais), concretas e de diverso nível, cumpridas por órgãos jurisdicionais (competentes) em matéria penal, pertencentes a distintos Estados soberanos, que convergem (funcional e necessariamente) em nível internacional, na realização de um mesmo fim, que não é senão o desenvolvimento (preparação e consecução) de um processo (principal) da mesma natureza (penal), dentro de um estrito marco de garantias conforme o diverso grau e projeção intrínseco do auxílio requerido (2001. p. 51).

Este campo do conhecimento que gera intersecção entre a regulação das formas de tratamento entre Estados – Direito Internacional Público –, às quais se adiciona, necessariamente, o grau de proteção e garantias, estudado pelas ciências criminais. Como se verá adiante, Zaffaroni trabalha estes campos de saber como congêneres desde o início dos anos 80 em seu manual de direito penal e, aqui, assim o faremos também¹¹.

⁹ Jacinto Coutinho dedicou uma obra própria sobre o tema (COUTINHO, 2000). Da mesma forma, Aury Lopes cunhou, em ambiente jornalístico, pergunta que ilustra simbolicamente essa perspectiva (LOPES JR.,; ROSA, 2017). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-28/limite-penal-quando-cinderela-processo-penal-ganha-novas-roupas>. Acesso em 10 fev. 2021).

¹⁰ Trabalharemos o tema no terceiro capítulo.

¹¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de derecho penal, parte general*. 4. ed. Buenos Aires: Ediar, 1985. p. 13. A primeira edição do livro é de 1982.

Recorte específico do tema

É pressuposto do discurso científico a impossibilidade de se falar sobre tudo ou o todo. Naturalmente, as pesquisas produzem seus recortes¹², que devem ser orientados para a resposta ao problema da pesquisa, em outras palavras, todo discurso científico reduz a complexidade dos fenômenos estudados, e quanto menor for esta redução, melhor o resultado. Neste caso, a delimitação surge de um caso concreto, a punição da Petrobras nos Estados Unidos.

Isso porque veio a ser de conhecimento público que a Petrobras, sociedade de economia mista, firmou acordo de natureza criminal com Departamento de Justiça e de natureza administrativa junto à Comissão de Valores Mobiliário dos Estados Unidos, cuja cifras foram no montante de 3,6 bilhões de reais a título de multa¹³. Entretanto, aparentemente, havia um lado positivo: 80% deste valor não saíam do território nacional e seriam destinados à criação da Fundação Lava Jato, isto é, o acordo previa o repasse deste dinheiro a um *endowment privado* permanente, a ser criado pelo Ministério Público Federal do Paraná (Anexo II). Mais tarde, a Petrobras firmou acordo com o MPF para efetivar a destinação deste dinheiro para o referido fundo, o qual foi homologado pela 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Paraná (Anexo III).

O montante do dinheiro envolvido nos acordos causou alvoroço na comunidade jurídica brasileira, tendo sido alvo de críticas de diversos juristas. Pouco tempo depois, em 15 de março de 2019, a homologação do acordo foi suspensa liminarmente em ADPF no Supremo Tribunal Federal (Anexo IV) e a ação foi encerrada mediante acordo com os demais poderes públicos para destinação do dinheiro bloqueado. Ao STF, os defensores do acordo explicaram que a punição nos Estados Unidos se deu em razão da atuação da Petrobras na bolsa de valores de Nova Iorque e que, por este motivo, havia competência estadunidense para aplicação da FCPA (*foreign corrupt practices act*), legislação anticorrupção vigente desde 1977¹⁴:

A negociação de ações da Petrobras na bolsa norte-americana sujeitou a empresa à regulação daquele país no tocante a controles internos, registros contábeis e demonstrações financeiras. Em razão da existência de falhas reconhecidas pela própria estatal nesses controles, registros e demonstrações

¹² O recorte é uma categoria epistemológica indispensável às questões teóricas e linguística, segundo Orlandi (1984. p. 11-25), “é preciso determinar, através dos recortes, como as relações textuais são representadas, e essa representação não será, certamente, uma extensão da sintaxe da frase”.

¹³ Petrobras diz que o acordo para encerrar ação coletiva nos EUA foi aprovado. *Folha de S. Paulo*, 2018. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/06/petrobras-diz-que-acordo-para-encerrar-acao-coletiva-nos-eua-foi-aprovado.shtml>>. Acesso em 25 jun. 2018.

¹⁴ Página 2, Anexo X.

relacionadas ao grande esquema de corrupção, ocorridos durante o período de 2003 a 2012, quando os crimes ocorreram, a Petrobras ficou sujeita à possibilidade de incidência de punição significativa nos Estados Unidos.

Num primeiro momento, a justificativa apontou a existência de legislação aplicável naquele país a uma empresa que, em tese, havia cometido ilícito sob jurisdição estrangeira, mas deixa uma pergunta fundamental sem resposta: se houve contribuição das autoridades nacionais para que a punição fosse possível e, em caso de resposta positiva, em que termos teria ocorrido. Estes questionamentos são necessários porque, da análise direta do acordo de não persecução criminal (*non prosecution agreement*), percebe-se que os fatos referidos no acordo também foram objeto de investigações e diversas ações penais em curso no Brasil.

O STF cassou a sentença homologatória da 13ª Vara Federal de Curitiba, que permitiu a constituição da Fundação Lava Jato. Esta decisão apontou que os acordos celebrados pela Petrobras com as autoridades estadunidenses derivaram diretamente de cooperação jurídica internacional firmada em processos sob jurisdição daquele juízo (pg. 2, Anexo III):

O presente acordo vincula-se diretamente à cooperação jurídica internacional entre Brasil e os Estados Unidos, podendo-se destacar os processos 5053343-32.2014.04.7000, 5003455-60.2015.4.04.7000, 5005238-87.2015.4.04.7000, 5009225-34.2015.4.04.7000, 5020678-26.2015.4.04.7000, 5039152-45.2015.4.04.7000, 5039688-56.2015.4.04.7000, 5057296-67.2015.4.04.7000, 5031752-43.2016.4.04.7000, 5036358-17.2016.4.04.7000, 5004569-63.2017.4.04.7000, 5019137-84.2017.4.04.7000, 5033702-53.2017.4.04.7000. Relata o MPF que em decorrência dos fatos descobertos no âmbito da assim denominada Operação Lava Jato, a Petrobrás celebrou acordos com as autoridades norte-americanas, o Departamento de Justiça (DOJ) e a Securities and Exchange Commission (SEC).

Verificando-se através do número único dos processos, que são regulados pelo Conselho Nacional de Justiça¹⁵, e da inexistência de carta rogatória no STJ sobre o tema, é plausível concluir pelas características do caso que se trata da utilização de auxílios diretos. Consequentemente, os elementos de informação que embasaram o acordo de não persecução criminal nos Estados Unidos devem ter sido fornecidos por meio de cooperação internacional com o Brasil, especificamente com as autoridades de persecução responsáveis pela condução da operação Lava Jato em Curitiba. Assim, pretendeu-se, desde a elaboração deste projeto, o

¹⁵ A numeração única dos processos foi regulada pelo Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução n. 65 de 16 de dezembro de 2018. Nos moldes da resolução, a conclusão de que todos os processos citados estavam sob jurisdição da Justiça Federal do Paraná é retirado do art. 1º, §2º, IV, conjuntamente ao §5º.

estudo destes casos para saber quais tipos de informação foram repassadas, como e quais suas justificativas legais. Diz-se isso porque a existência de uma lei penal em abstrato no exterior não justifica a origem dos elementos de informação utilizados no *non-prosecution agreement*.

Apesar da informação inicial de que houve cooperação jurídica internacional nos processos em curso naquela vara, a decisão não demonstra a relação de cada processo apontado com os elementos de informação que compõem o acordo de não persecução penal celebrado nos Estados Unidos. Assim, a correlação entre os apontados processos terá de ser testada no estudo de caso proposto, uma vez que a premissa integra o problema de pesquisa, isto é, a hipótese da própria pergunta de pesquisa pressupõe a existência de cooperação jurídica oficial entre os Estados e o Brasil, caso não tenha havido trâmite oficial dos elementos de informação. Outra pergunta de pesquisa se coloca em menor extensão: *as autoridades de persecução podem cooperar com entes estrangeiros sem a utilização de instrumentos tipificados pela legislação?*

Por fim, o encadeamento da pesquisa se dá da seguinte forma, o primeiro capítulo contém uma análise das formas jurídicas e dos paradigmas de interpretação jurídica no pós-modernidade, especificamente racionalidades aplicadas às ciências criminais, com especial enfoque para a política criminal – análise zetética. O segundo capítulo caracteriza-se como uma pesquisa dogmática dos institutos jurídicos, demonstrando, também, os métodos de interpretação dessas normas em relação às fontes nacionais, internacionais e transnacionais de direito penal e processual penal. O terceiro capítulo é um *estudo de caso* e tem como objetivo aprofundar exhaustivamente o conhecimento o caso delimitado acima. Os métodos de pesquisa utilizados para cada capítulo são expostos, detalhadamente, antes o início de cada um deles.

Capítulo 1 – Interesses político-criminais e econômicos na assistência direta.

Muitos dos problemas cotidianos do processo penal também são vistos nas produções sobre cooperação jurídica internacional. O primeiro deles é que os doutrinadores das áreas de direito privado e processual civil falam de cooperação como se sua função para instrução de processos cíveis e penais fossem idênticas; outro problema é que grande parte dos *experts* no tema são membros do Poder Judiciário e do Ministério Público e acreditam trazer para o Brasil o melhor da produção internacional¹⁶, o que será infirmado no segundo capítulo. Em uma perspectiva sociológica, o *estamento burocrático*¹⁷, descrito por Raymundo Faoro, acredita estar importando as soluções jurídicas mais atuais do mundo, retirando-lhe todo o caráter crítico, o que é bem justificado por nossa *síndrome de vira-lata*¹⁸.

Mas o que fazer quando os referenciais internacionais, as agências intergovenamentais, grupos econômicos transnacionais e a sociedade civil organizada são congruentes com um interesse de política criminal que há anos vem se mostrando equivocado. Temos neste contexto um problema de aprendizado, ou em termos mais apurados cientificamente, a epistemologia científica do direito está raptada por uma lógica desconectada de fundamentos jurídicos válidos. Aqui, nossa cultura inquisitorial cruza com o discurso aceito majoritariamente de que o combate à lavagem de dinheiro e às organizações criminais são o princípio fundante dos Estados e é necessária a criação de um aparato de burocrático apto a realizá-lo.

Em vão, esta pesquisa se iniciou com o objetivo de encontrar fundamentos jurídicos para conflitos aparentes, tal como delimitado no problema; seria possível a inversão da posição processual, em sentido oposto, nos deparamos com argumentos do gênero “é cooperar ou falhar” (MORO, 2010. p. 16) – cuja escolha estética do interlocutor já reflete o nível de suas decisões éticas. Como regra, sobre a imposição de limites ao poder punitivo nos atos cooperacionais, encontramos que esses deveriam ser superados ou inexistirem, diante da premente necessidade de combater à lavagem de dinheiro e às organizações criminosas; para

¹⁶ O estudo para a elaboração deste trabalho visitou a bibliografia posta a respeito das cooperações via *auxílio direto* na medida em que a regulação por lei da matéria é praticamente inexistente em processo penal. Entretanto, o tema, relativamente recente, continua a ser disseminado em compêndios de artigos a respeito de cooperação em geral e, de certa forma, a literatura específica no Brasil vem sendo produzida por operadores do direito que, majoritariamente a partir da administração pública, apresentam consensos de como utilizar cada veículo de cooperação. Em razão disso, a qualificação destes compêndios, em regra, não passa por avaliação de critérios acadêmicos mínimos, a exemplo do quase unânime *double blind review*.

¹⁷ FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*. 7. ed. Porto Alegre: Globo, 1979.

¹⁸ Expressão eternizada pelo escritor e dramaturgo Nelson Rodrigues.

muitos, seria esse o princípio orientador da cooperação jurídica internacional – uma nova razão axiológica a orientar o Estado.

Não estamos de acordo porque a epistemologia que nos orienta é um processo penal como lugar de defesa, de cunho garantista, notadamente limitada pela atividade cognitiva humana, que reconhece que ao processo penal lhe cabe uma parcela de reconstrução histórico que sempre estará aquém da verdade real; e um direito penal que quanto menor for, mais perto estará de suas funções declaradas, preocupado com a proteção de bens jurídicos dignos de tutela. Diante disso, a pergunta que orienta este primeiro capítulo é: quando combater à lavagem de dinheiro virou axioma fundante da pós-modernidade? Foi para a resposta desta pergunta que se produziu o quadrilátero argumentativo, o qual percorrerá o trajeto descrito a seguir.

Se os novos formatos de organização do Estado influenciam a configuração do aparato punitivo, de que forma o Estado-mercado moldou o processo penal? Definimos esta pergunta como “a base”. Ainda que narrativas sobre o desmonte do estado de bem-estar social e sua influência no sistema de justiça penal não sejam novas¹⁹, aqui, o objetivo é demonstrar que a financeirização da economia mundial iniciou um processo de subjetivação por racionalidade neoliberal, que a transcendeu o princípio gerencial das relações sociais entre os indivíduos e entre indivíduos e o Estado. Naturalmente, o discurso da punição é influenciado em sua origem para a proteção do mercado, sendo moldado às necessidades do atual modelo econômico, mesmo que signifique a corrosão de axiomas sem os quais a modernidade perde sua identidade.

Da mesma forma, interessa investigar a genealogia do argumento de combate à lavagem de dinheiro, inclusive como se inseriu geopoliticamente como política econômica, isto é, a definição do “alvo” destas políticas. Neste particular, versamos sobre os contextos sociais que levaram ao entendimento de que a dificuldade de provar os crimes principais era sistêmica, sendo o controle das movimentações financeiras, ancorado em uma administrativização do direito penal, o único caminho viável para lidar com a criminalidade organizada.

O risco na persecução penal representa um giro epistemológico na pós-modernidade? Definimos esta pergunta como “a ferramenta”. A administrativização do direito penal e da criminologia são consequências de uma instrumentalidade de gerenciamento do risco que transfere ao particular a responsabilidade por demonstrar a aderência às normas de regulação.

¹⁹ Poderíamos falar das obras de Alessandro Baratta e Jacinto de Nelson Coutinho como exemplos dessa perspectiva.

O Estado passa atuar como avalista da regulação praticada pelos particulares, atuando de forma preventiva com apoio de organismos e organizações não estatais, revelando-se a nova face de uma sociedade do controle em substituição à sociedade disciplinar.

Finalmente, debate-se de que forma essas novas racionalidades formam consensos transnacionalmente. Definimos esta pergunta como “o alcance”, isto porque, em decorrência da financeirização da economia mundial, os mercados financeiros e as grandes corporações passaram a projetar no direito penal transnacional seus critérios de funcionamento e finalidades, especialmente para criar um ambiente que seja íntegro e avesso ao risco. Nesta empreitada, o crime de lavagem de dinheiro ganhou autonomia em relação ao tráfico de drogas, sendo atualmente projetado para o combate ao terrorismo, corrupção transnacional e a criminalidade financeira em sentido amplo, por meio de uma rede administrativizada de controle, a exemplo das agências de inteligência financeira, que são internacionalmente apoiadas por organismos internacionais privados na produção de *soft law* antilavagem.

A utilização das terminologias “base”, “alvo”, “alcance” e “ferramenta” demonstra propositalmente uma contradição em seus próprios termos, isto porque o direito penal não pode estabelecer suas finalidades ancorado em fundamentos consequencialistas, desorientado de seus fundamentos epistemológicos de onde se retira sua validade e legitimidade, tal como pretende o *mainstream* do discurso punitivista. Em razão disso, este primeiro capítulo é teórico e discute a formação de consensos para a teoria do Estado, geopolítica, discursos e práticas econômicas e reflexões da criminologia crítica projetadas no direito penal e que perpassem a cooperação jurídica internacional em matéria penal, especificamente a assistência direta.

Sobre os métodos utilizados, a pesquisa é *teórica* (FINCATO, 2018. p. 49-52) e diacrônica, baseando-se em diferentes recortes filosóficos, sociológicos e econômicos, isolados e/ou conjuntamente; bibliográfica, porque os referencias utilizados estão publicados em livros, artigos científicos e demais fontes formais de busca; e explicativa, por ter como objetivo delimitar o pano de fundo para a compreensão do desenvolvimento da assistência direta.

1.1 A Base: Estado-mercado.

Os efeitos jurídicos da assistência direta são claramente visíveis no cotidiano da persecução criminal, sendo que o principal argumento de sua defesa está na celeridade em

comparação às formalidades das cartas rogatórias. Esta aproximação não é por acaso, ao contrário, a proliferação dos acordos multilaterais com intuito de aproximar os ordenamentos – harmonização – e a forma de relacionamento dos Estados – cooperação – partiram da lógica pré-colocada de que o objetivo preponderante na persecução penal do Estado está no combate a determinados tipos de criminalidade. Assim, a assistência direta é ao mesmo tempo causa e efeito do apontado discurso, mas evidentemente tem papel de relevância em uma sociedade marcada pelo fenômeno da globalização.

A *revolução informacional*²⁰ e a *globalização*²¹ são bases objetivas que influenciaram e servem como pressupostos de legitimidade de escolhas de política criminal no atual formato de organização estatal. Isto é, aquilo que usualmente se denomina como paradigmas da Teoria do Estado expressa de que forma a racionalidade de cada quadra histórica influencia as relações do direito. O historiador do direito Philip Bobbit (2003, p. 328-329) classifica o atual momento de formato organizacional como Estado-Mercado, que “é responsável por maximizar as opções disponíveis aos indivíduos” e complementa que “no Estado-mercado, o mercado torna-se a arena econômica, substituindo a fábrica. No Estado-mercado, homens e mulheres são consumidores, não produtores”. Sendo o direito uma ciência social que se funda em valores jurídicos e estabelece finalidades, a alteração do formato de organização do Estado influencia na resposta a ser dada pelo direito, assim como as ciências criminais.²²

De acordo com o internacionalista Thales Castro (2012, p. 450), a reinvenção das funções dos Estados condiciona seus novos formatos de organização desde o final da idade média, ocorrendo uma transformação linear dos vários formatos de Estado a partir do final da idade média e do Renascimento italiano até o Estado pós-vestfaliano do século XXI”, que

²⁰ “Meu ponto de partida, e não estou sozinho nesta conjectura, é que no final do século XX estamos vivendo um desses raros intervalos na história. Um intervalo cuja característica é a transformação de nossa “cultura material” pelos mecanismos de um novo paradigma tecnológico que se organiza em torno da tecnologia da informação uma referência sobre isso”. CASTELLS, 1999. p. 49

²¹ “A globalização pode ser assim definida como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa. Este é um processo dialético porque tais acontecimentos locais podem deslocar numa direção anversa às relações muito distanciadas que os modelam. A transformação local é tanto uma parte da globalização quanto a extensão lateral das conexões sociais através do tempo e do espaço”. GIDDENS, 1991. p. 70

²² Los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino que lo termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución”. Perspectivas que somamos ao conceito de *denominação jurídica* de Weber, especialmente na forma de realizar a organização jurídica institucional do Estado (GOLDSCHMIDT, 1936, p. 109).

podem ser didaticamente diferenciados em “Estado principesco (1515-1555), Estado régio (1618-1648), Estado territorial (1667-1713), Nação-Estado (1792-1815), Estado-Nação (1914-1990) e o Estado-Mercado (final do século XX e XXI)”.

De forma geral, o curto período da Nação-Estado foi o momento de criação de uma identidade entre o povo para constituição de uma imagem com mínimos referências de nação única. Muito mais influente no pensamento do direito, as soluções do Estado-Nação estão no contexto em que o Estado passa a ter obrigações com o aumento da qualidade de vida dos indivíduos, geralmente projetadas em soluções negativas²³, possibilitando a existência, por exemplo, do livre-mercado e, posteriormente, com assunção de responsabilidades positivas.

A modernidade (HEGEL, 1991, p. 27), ou tempo contemporâneo, é um marco da historiografia que delimita a legitimidade do poder a partir das ideias liberais iluministas, sendo, portanto, mais amplo que de seus formatos de organização, ou melhor, os referências axiomáticos da modernidade condicionam – ou deveriam – esses formatos de organização. Assim, Nação-Estado, Estado-Nação e Estado-Mercado são formatos organizacionais que se fundamentam no núcleo de ideais iluministas, sendo sua separação didática e oportuna para o estudo das racionalidades difundidas e praticadas em cada um deles. Fazemos essa divisão porque o conceito de modernidade pode se tornar impreciso, uma vez que a sociedade industrial analisada pelos sociólogos clássicos²⁴, em que a divisão de trabalho e o poder disciplinar²⁵ eram elementos centrais, não são suficientes para explicar os fenômenos atuais, tanto é assim que não nos falta conceitos para descrever o momento que se vive: pós-modernidade, alta modernidade, modernidade líquida, modernidade reflexiva, sociedade de risco e muitos outros²⁶.

Partindo das categorias de dominação weberianas, afirmamos que as mudanças de paradigma objetivo e as novas formas de racionalidade alteram a organização da burocracia

²³ Usualmente denominados a primeira geração de direitos fundamentais, aqueles em que se requer uma omissão do Estado. Este primeiro conteúdo é preenchido pelo direito penal e direito tributário, por exemplo.

²⁴ Marx analisou a distribuição do trabalho e de riquezas, captou o caráter *estrutural* da economia e sua influência na *superestrutura*, além disso, prescreveu a *divisão do trabalho* como elemento central da economia social, como condicionante do crescimento e do desenvolvimento. Durkheim foi hábil em demonstrar que a solidariedade mecânica e uma organização orgânica da *divisão de trabalho*. Weber desenvolveu uma análise cultural da economia e uma análise jurídica-institucional do Estado.

²⁵ “métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade” (GUAZZELLI, 2013, p. 175-189).

²⁶ Diversos sociólogos contemporâneos deram nomenclaturas diferentes ao período da modernidade após a revolução informacional e a aceleração das relações sociais. A quantidade de termos e conceitos para descrever o período nos indica a dificuldade de trabalhar uma ciência do direito que reconheça a pressa e a ansiedade dos interlocutores. As nomenclaturas citadas são retiradas de diversos referentes teóricos.

jurídico-institucional²⁷, que é o critério de legitimidade do exercício de poder na contemporaneidade. A *revolução das novas tecnologias da informação*²⁸ é um desses exemplos objetivos que alteram substancialmente as relações sociais entre os indivíduos e entre indivíduos e o Estado. Assim, a tentativa de explicar que a criminalidade transnacional como decorrência lógica da globalização é por demais simplista e mascara uma política criminal com ênfase no combate à lavagem de dinheiro.

A organização das categorias da burocracia institucional muda objetivamente, mas também por novas formas de racionalidade, por isso a importância de delimitar os formatos de organização e, pedagogicamente, compreender os paradigmas e formas jurídicas construídas para o Estado, especialmente a cooperação jurídica para esse trabalho. Em razão disso, este primeiro tópico versa sobre a subjetivação no contexto do Estado-mercado com intuito de contextualizar e entender a influência do processo de racionalização nas soluções e formas jurídicas contemporâneas. Mais adiante, será feita uma análise de como os conceitos de economia-social estão predando os referenciais axiológicos das demais ciências sociais.

Cada formato organizacional do Estado privilegia uma racionalidade econômica, moral e política própria, de modo que o estudo de suas particularidades interessa para identificação das subjetividades que constroem a legitimidade do poder punitivo. No cenário atual, a ideia de combate ao crime organizado por meio da lavagem de dinheiro e a projeção das soluções públicas no direito penal como panaceia para todos os problemas sociais em uma sociedade de risco (BECK, 2011) estão no centro da problemática, ao mesmo tempo, a relevância das lógicas aplicáveis ao mercado financeiro na vida pessoal e na construção de soluções para o Estado, o *Corporate State*, serão aqui analisados por serem caracterizantes desse paradigma.

1.1.1 A economia como a preocupação central da política.

O objetivo deste tópico é demonstrar que a economia como ciência orientadora das decisões políticas não é um dogma histórico invariável (SILVA; MORAIS, 2017. p. 25) e que,

²⁷ Esse novo tipo de Estado (moderno), com uma administração impessoal e racional e no qual a burocracia (funcionalismo militar e civil) é capaz de realizar tarefas amplas e complexas, tendo em vista a manutenção da ordem pública, concentraria os recursos políticos necessários para exercer o monopólio legítimo da coação física (BUGIATO, 2017, p. 40-42).

²⁸ Conceito explicado na nota de rodapé 20.

desde sua ascensão a este lugar, orienta as racionalidades aplicadas ao Estado e a organização do aparato punitivo.

Extensivamente, podemos dizer que todas as rupturas institucionais que geram novas formas de organizar o poder político são acompanhadas de novas referências axiológicas essenciais à sua compreensão. No Estado moderno, essas referências incluem como função social a análise econômica dos governos, isto porque passou-se a compreender que a vida biológica dos cidadãos é um problema social, conseqüentemente, a política no Estado moderno está centralizada em uma ciência econômica que promova a vida²⁹. Isto é, a promoção da vida dos cidadãos exponenciou a centralidade da economia como orientadora da política.

A preocupação dos Estados com desenvolvimento econômico, bem estar da população, serviços públicos básicos – problemas sociais notórios – é recente e constitui um referencial axiológico moderno. Apesar de ser corriqueira a tentativa de naturalizá-la trançando uma linearidade entre o pensamento grego clássico e a modernidade, o que é completamente impreciso, até mesmo da perspectiva da tradução linguística³⁰. Esta constatação influencia a forma como se deve olhar para as formas de controle e regulação da punição no contexto de existência do monopólio da força pelo Estado.

A necessária revisitação do conceito do social é feita a partir de Hanna Arendt, que afirma que a palavra social é de origem romana e não possui equivalência para o pensamento grego clássico, isto porque, nesta tradição filosófica, os cidadãos pertenciam a duas ordens de existência: a vida na *oikia* e a vida na *polis*.

A *oikia* era constituída pela casa e pela família, uma acepção doméstica onde se lutava com a sobrevivência enquanto animal (saúde, alimentação), seria a vida biológica, natural. Na descrição da citada autora: “a companhia natural, meramente social, da espécie humana era vista como limitação imposta pelas necessidades da vida biológica, necessidades estas que são

²⁹ De acordo com Adriana Silva e Ricardo Morais (2017, p. 25), “a economia como preocupação política máxima é, muitas vezes, assumida como um dogma histórico invariável, ou seja, como algo que sempre existiu e sempre deverá existir. Em outras palavras, toma-se esta realidade moderna contingente da formulação da Economia política como um pressuposto metafísico absoluto. Todavia, o que se pretende evidenciar é que a economia nem sempre foi um problema político, mas se consolida na esfera pública num momento determinado e, só a partir daí, se generaliza no campo social”.

³⁰ Especialmente a tradução do *homem como ser social* de Aristóteles, que, na visão majoritária, seria a tradução de *zoon politikon*, “que já encontramos em Sêneca e que, até Tomás de Aquino, foi aceita como tradução consagrada: *homo est naturaliter politicus, id est, socialis* (o homem é, por natureza, político, isto é, social) (ARENDR, 2007, p. 32).

as mesmas para o animal humano e para outras formas de vida animal”. A outra dimensão da existência era a vida na *polis*, vivida politicamente, espaço em que se privilegiava a ação e discurso (*praxis* e *lexis*), “o ser político, o viver numa polis, significava que tudo era decidido mediante palavras e persuasão, e não através da força ou violência [...] forçar alguém mediante violência, ordenar ao invés de persuadir, eram métodos pré-políticos” (ARENDRT, 2007. p. 33-34).

Em suma, no pensamento grego clássico, a vida na *polis* só era possível se a dimensão da vida doméstica, *oikos*, estivesse resolvida, vida nua (GUAZZELLI, 2013. p. 187). Assim, é no tempo contemporâneo que as necessidades da vida privada – economia doméstica – se tornam uma questão de política pública e, mais do que isso, passa-se a reduzir a política ao campo econômico (SILVA; MORAIS, 2017). Essencialmente, a gestão política do Estado passou a ter de respeitar “processos econômicos pensados pela economia política, sob pena de ser considerado inapto, pois um governo só é considerado bom se respeitar as leis econômicas de mercado” (SILVA; MORAIS, 2017, p. 24).

A readequação do conceito de social permite a interpretação de que a superação do Poder Soberano, marco do início da modernidade, colocou a vida biológica como um aspecto da vida política. Para Foucault, este novo conceito de política se perfaz através do *poder governamental*, que é construído pelo “conjunto de procedimentos, análises e reflexões, os cálculos e as táticas que [...] tem por alvo a população, por principal forma de saber a economia política” (FOUCAULT, 2008. p. 142-143). Da mesma forma, é constitutiva da governamentalidade “a tendência, a linha de força que, em todo o Ocidente, não parou de conduzir, e desde há muito, para a preeminência desse tipo de poder que podemos chamar de ‘governo’” (FOUCAULT, 2008. p. 144-145).

Para o autor, governamentalidade é ainda “resultado do processo pelo qual o Estado de justiça da Idade Média, que nos séculos XV e XVI se tornou o Estado administrativo, viu-se pouco a pouco governamentalizado” (FOUCAULT, 1998. p. 291). Assim, a governamentalidade consiste nas práticas disciplinares da vida biológica do indivíduo a partir

do Estado e possui como característica atingir a todos os indivíduos e cada um individualmente – *omnes et singulatim*³¹.

Esse novo objeto do social cria uma dicotomia: o homem moderno é um animal, em cuja política, sua vida de ser vivo está em questão” (FOUCAULT, 2008. p. 134). A biopolítica promove a vida a partir das discussões valorativas da ciência econômica e, em razão disso, a formulação dos problemas sociais, suas formas de resolução e a forma de organizar o Estado bebem das soluções das doutrinas econômicas majoritárias – sofrem uma subjetivação pela racionalidade econômica na terminologia de Pierre Dardot e Christian Laval. Diante disso, o estudo da limitação do poder punitivo passa por entender essas construções e como elas influenciam o direito, que são mais abrangentes que o simples estudo da organização jurídica-institucional *stricto sensu*.

Existe, portanto, um abismo entre o conceito de política antigo e moderno. De acordo com Arendt, “no mundo moderno, as esferas social e política diferem muito menos entre si. O fato de que a política é apenas uma função da sociedade [...] não foi descoberto por Karl Marx”. Aliás, a autora complementa do sentido diametralmente oposto, dizendo que, “[essa] foi uma das premissas axiomáticas que Marx recebeu, sem discutir, dos economistas políticos da era moderna” (ARENDRT, 2007. p. 42). A utilização do materialismo histórico para a análise de qualquer tempo histórico vulnerou essa diferenciação, impedindo a percepção de que é a política na modernidade que está atrelada às discussões econômicas.

Constatamos, portanto, que a economia como *a* preocupação central da política é produto da modernidade, refutando-se, inteiramente, que essa centralidade seja um dogma histórico invariável; não existe o sempre foi assim em sociologia, apesar do conhecimento intuitivo ser no sentido contrário dessa afirmação. Neste contexto, os saberes e as técnicas econômicas ganharam projeção e importância na política suficientes para predar outras categorias axiológicas também fundantes da modernidade, especificamente os limites ao poder punitivo, apresentando-se, muitas das vezes, como uma ciência exata com a resposta para o desenvolvimento econômico e, conseqüentemente, da sociedade.

³¹ “Con el neoliberalismo, sin embargo, trataba de omnes et singulatim ecclesial, sino del régimen de diferenciación y personalización del cuidado de sí moral que ultimó las exigencias de particularización de la conciencia reformada y que sólo se avenía a ser omnes tras su crítico y libre consentimiento mediante la participación en la formación universal de la ley estatal, instituida como si él la hubiera formado” (VILLACANAÑAS, 2020. p. 1010).

1.1.2 O neoliberalismo não é a mera continuação do liberalismo clássico.

Se as soluções de economia social passam a subjetivar a racionalidade e, conseqüentemente, condicionar as soluções para os problemas estatais, os conceitos que fundam as correntes econômicas devem ser estudados para saber como eles influenciam as demais ciências sociais. As conseqüências do neoliberalismo, baseado na concorrência e eficiência governamental, são descritas há bastante tempo, mas é necessário romper com a lógica que esta corrente doutrinária é uma seqüência do liberalismo clássico, isto porque a forma como ela supera e o que é superado nos ajudará a entender o porquê da construção do poder punitivo para a proteção do mercado através do controle financeiro.

Como dito, a modernidade inaugurou a economia como problema social e o conteúdo teórico que preencheu essa nova forma de organização do Estado foi o liberalismo clássico, fundado sobre a crença de que a conduta individual de cada um, através do cálculo de utilidade de Bentham, dentro de um marco do liberalismo ideológico¹⁰ – *laissez faire* –, levaria ao bem comum coletivo, elementos caracterizadores do utilitarismo. Para o âmbito da filosofia política, Smith teorizou a necessidade de impor limites à atuação das políticas públicas permitindo a existência do livre mercado. Além de uma doutrina econômica, o liberalismo clássico é uma teoria política marcada pelo intuito de garantir as liberdades individuais negativas dos cidadãos, cuja dimensão do direito foi preenchida em grande parte por Locke.

É sobre essa sociedade – industrial e de acumulação primitiva – que Marx faz suas análises, diga-se de passagem, como um observador privilegiado, o autor alemão foi o primeiro a utilizar as premissas clássicas de que a economia condicionaria as demais relações sociais para afirmar que o capitalismo geraria crises internas insuperáveis – estrutura econômica. Com o desenvolvimento de uma dialética própria e do conceito de materialismo histórico, Marx apontou que as crises internas do liberalismo conduziram a superação desse modelo econômico, independentemente dos valores ideológicos da afirmação, o fato é que isso não ocorreu. Ao contrário, o que se viu foi uma disputa de novos liberalismos – keynesianismo, ordoliberalismo, neoliberalismo – para substituir a organização econômica do Estado, especialmente após o *crash* da Bolsa de Nova Iorque em 1929.

A principal conseqüência desse fato histórico é a ascensão do princípio concorrencial, elemento constitutivo do neoliberalismo, a princípio gerencial do Estado. O dado mais relevante

dessa ascensão para o direito é demonstrar que “primeiro liberalismo, aquele que toma corpo no século XVIII, caracteriza-se pela elaboração da questão dos limites do governo” (DARDOT; LAVAL, 2016. p. 33), isto é, o livre mercado era caracterizado pela lógica de que o Estado não atrapalhasse o mercado, apesar dos discursos atuais ainda protegerem o apontado conceito, o fazem através de novas técnicas, o “neoliberalismo não se pergunta mais sobre o tipo de limites dar ao governo política [...], mas, sim, como fazer do mercado tanto princípio do governo dos homens como do governo de si” (DARDOT; LAVAL, 2016. p. 24). Em outras palavras, construir um Estado *para* o mercado.

O século XIX marcou a ascensão dessas novas correntes liberais³², que passaram a questionar os dogmas do liberalismo clássico citados anteriormente. O debate entre Stuart Mill e Hebert Spencer é exemplificativo do período. Os autores debatiam, entre os anos 1860 e 1880, a necessidade de refundação do liberalismo econômico, especialmente em momento que as análises marxistas a respeito da condição objetiva de existência dos trabalhadores ganhavam diversos adeptos. Por um lado, Mill defendia a necessidade estratégica de que o Estado estivesse preocupado com a utilidade relativa dos interesses econômicos individuais, isto é, que estrategicamente não poderia permitir qualquer grau de miséria com a justificativa de que não se poderia impor limites ou condições ao mercado.

Naquele momento, a credibilidade das propostas liberais clássicas, que um dia propuseram um sonho de futuro melhor, estavam no século XIX contrastadas com impopularidade da concentração de renda possibilitada pelos oligopólios nos Estados Unidos. As posições de Mill não eram as únicas a surgirem mundo afora, outras correntes, notadamente,

³² Dardot e Laval (2016, p. 40) explicam as preocupações de Tocqueville e Stuart Mill com a discussão do liberalismo do século XVIII: “a correspondência intelectual entre Alexis de Tocqueville e John Stuart Mill, para citar apenas um exemplo, ilustram essa lúcida preocupação. Entre 1835 e 1840, esses dois homens conversaram sobre as tendências profundas das sociedades modernas e, em particular, a tendência de o governo intervir de forma mais extensa e detalhada na vida social.”

*fabianismo*³³ e *liberalismo social*³⁴, na Inglaterra, e o *solidarismo*³⁵ francês buscavam a reconstrução teórica do capitalismo.

O efeito social era claro, aqueles que deveriam ser orgulhosamente frutos da mitologia do *self made man* eram apelidados com o título de *robber barons*, em alusão aos oligopólios dos bancos, petróleo, aço, infraestrutura de ferrovias, indústria química etc. Neste sentido, Dardot e Laval apontam que “o reinado de uns poucos autocratas à frente de empresas gigantescas [...] desacreditava a ideia de uma coordenação harmoniosa de interesses particulares”. Assim, a promessa do livre mercado não fora capaz de possibilitar ascensão financeira a uma população média extremamente empobrecida. Neste cenário, surge o *antitruste*, espécie de regulação do Estado que entendeu que a grande concentração de oligopólios era uma limitação da possibilidade de concorrência³⁶.

Assim, parecia que as correntes defensoras do liberalismo ortodoxo haviam colhido uma notória derrota, seja pela evolução de instrumentos jurídicos de regulação do mercado através do *Sherman Act de 1890*, seja pela regulação legal do sindicato de trabalhadores, ou até mesmo pela vitória do *new deal* keynesiano aplicado pós *crash* da Bolsa de Nova Iorque.

A aparente derrota se dá porque o elemento central do spencerismo ressurgiria como característica de correntes doutrinárias econômicas no século XX, algo que permeia e determina o funcionamento das economias pós-modernas. Notoriamente, as apontadas soluções dadas à crise do liberalismo clássico no final do século XIX foram em sentido antagônico ao que

³³ Corrente de pensamento não marxista que nasce do grupo *Fabian Society* no final do século XIX na Inglaterra, geralmente com a utilização de argumentos de injustiça social dentro de uma sociedade liberal, para que se pudesse extrair o melhor dos dois eixos de pensamento, algo que Zizek denominaria *liberal de esquerda* atualmente.

³⁴ Diante das mazelas das sociedades industriais, os liberais sociais criam uma divisão dentro do liberalismo, buscando seu lado positivo, o qual deveria imprimir ações positivas em prol dos cidadãos. Segundo Domenico Lasurdo (2006, p, 297) “No que tange à Inglaterra, é o caso particularmente de Thomas Hill Green, que teoriza uma ‘liberdade em sentido positivo’ no próprio decorrer da polêmica contra os liberistas do seu tempo, empenhados em condenar a regulamentação estatal do horário de trabalho nas fábricas ou do trabalho das mulheres e das crianças, em nome da ‘liberdade de contrato’ e de uma liberdade entendida exclusivamente como não-interferência do poder político na esfera privada das relações de produção e de trabalho”.

³⁵ É um movimento parlamentar francês, do final do século XIX, que ficou conhecido por ser radical na defesa da igualdade entre os cidadãos, se opunham aos colegas parlamentares que ansiavam intervenções mais superficiais nos problemas sociais da França. O movimento foi favorecido pela criação de sindicatos na França e ascensão dos movimentos socialistas, especialmente com a criação de sindicatos.

³⁶ “The Sherman Act, by prohibiting monopolization, but not monopoly, indicates a consciousness that the freedom of the individual right to contract is the most efficient means for the prevention of monopoly. Sherman Act Section 1, 15 U.S.C. § 1; Sherman Act Section 2, 15 U.S.C. § 2; and Clayton Act Section 7, 15 U.S.C. § 18, contains: the prohibit agreements in restraint of trade, the monopolization and attempts and conspiracies to monopolize, and the last mergers and acquisitions that may substantially lessen competition. With a few exceptions, that is all the statutory law one needs to know” (LAMAJ, 2017, p. 155).

Spencer defendia para a refundação intelectual dessa corrente, isto é, a concorrência como elemento central do movimento econômico, negando a necessidade de um centro político dedicado à regulação das atividades diferenciadas.

De acordo com spencerismo, o princípio concorrencial, formulado desde a lógica da seleção natural de Darwin – a origem das espécies foi publicada em 1856 –, era aproveitável à racionalidade do *laissez faire*, na medida em que a evolução econômica e a evolução das espécies em geral se estabeleceriam pelos *Princípios da Biologia* (obra de Darwin, de 1859).

Segundo Spencer, a intervenção no mercado levaria à subversão da lógica natural de que os mais capacitados evoluiriam naquele ambiente; a lógica da competição levava a melhor sobre a da reprodução. Embasado por esta argumentação, o autor descolou o eixo do pensamento liberal da divisão de trabalho para o da concorrência como necessidade vital, de modo que a especialização dos agentes econômicos seria o motor da evolução da economia.

Poder-se-ia dizer que o liberalismo clássico está para a física clássica assim como o neoliberalismo está para a biologia darwiniana, o que expressa, pelo menos, o objetivo dos economistas em formularem uma ciência social como se ciência exata fosse. Somado a isso, tem-se a centralidade que a economia exerce na política, sendo muito das vezes o seu principal critério de avaliação³⁷. Na economia, o darwinismo social foi essencial para a naturalização da concorrência como motor de desenvolvimento, essas proposições de filosofia política de Spencer foram extremamente populares nos Estados Unidos e na Inglaterra no século XIX (TORT, 1996).

A oposição ao utilitarismo reformado do spencerismo foi debatida com profundidade por Durkheim, que chegou a declarar Spencer como seu principal adversário nos campos filosófico e político (DARDOT, 2016. p. 43), dado o relevo e o aprofundamento teórico em relação à Bentham, o que, de acordo com Durkheim, seria decorrência do aprofundamento do spencerismo nos estudos de Saint Simon e Comte (DARDOT, 2016. p. 43). O fato é que as bases filosóficas dessa corrente influenciaram as formulações da teoria neoliberal no início do século XX e vieram a ser implementadas no início dos anos 80 nos Estados Unidos e na Inglaterra.

³⁷ Nossa vivência recente na pandemia do coronavírus demonstrou a amplitude dessa força, não raramente, foi utilizado o argumento de que o isolamento, apesar de salvar vidas, prejudicaria demasiadamente a economia.

Por fim, o período entre o *crash* da Bolsa de Nova Iorque e a vitória da ideologia neoliberal é denominado por Mandel de *capitalismo tardio*³⁸, período no qual houve consenso na necessidade de planejamento estatal da economia com objetivo de evitar as crises econômicas e o desenvolvimento do estado de bem-estar social, sob influência da corrente econômica do keynesianismo, que, como dito, é uma das correntes do novo liberalismo. Assim, apesar do elemento de economia social que funda o neoliberalismo estar exposto ao debate público já no século XIX, esta corrente não foi a resposta imediata para a crise de 1929, permanecendo incubado até os anos 80 do século seguinte.

1.1.3 Paradigma da comunicação e limites éticos para superação de crises.

A ascensão do neoliberalismo ocorreria após a forte crise econômica que abalou o mundo nos 70 – desregulamentação do sistema monetário internacional através do rompimento do acordo de Bretton Woods –, choque do petróleo no mundo árabe e suas consequências no preço dos combustíveis foram fatores determinantes para a formação do consenso político de que o estado de bem-estar social era muito caro e já não era capaz de evitar suas crises (KODJA, 2009. p. 49-50). No debate econômico, os neoliberais venciam o keynesianos e uma nova forma de organização econômica passaria a vigor no mundo anglo-saxão. Foi neste contexto que Habermas descreveu a crise do capitalismo tardio e tentou prescrever limites éticos que essa nova organização econômica estaria “subordinada”.

O capitalismo tardio vem justamente após o que Eric Hobsbawm (2010, p. 16-17) denomina como *era da catástrofe*, período compreendido do início ao fim das duas grandes guerras e que, para além dos conflitos armados, foi preenchido pela neocolonização africana, disputas imperialistas, revolução russa de 1917, pelo nazismo e pelo *crash* da bolsa de Nova Iorque, notadamente, foi um momento de instabilidade geopolítica. As consequências das grandes guerras para o pensamento jurídico são muito bem descritas pelo direito constitucional; a emergência da teoria dos princípios fundamentais com intuito criar uma interpretação jurídica que tivesse seus referências axiológicos bem definidos e fosse capaz de impedir a funcionalização do direito penal – *eixo* mais importante para esse trabalho.

³⁸ Mandel escreve sobre o tema em 1972, em obra intitulada *O capitalismo tardio*.

O consenso que se retirou da era da catástrofe foi a necessidade de planejamento. O historiador Tony Judt afirmava que “se a democracia haveria de funcionar, se a democracia haveria de recuperar o seu apelo, precisava ser planejada” (2008. p. 81). Esse planejamento passava por aumentar a responsabilidade de organização econômica pelo Estado, atribuindo-se responsabilidades antes relegadas ao discurso do *laissez-faire*. Assim, o Estado passou a agir positivamente para evitar a ocorrência de crises. Ainda que narrativas sobre o desmonte do estado de bem-estar social e sua influência no sistema de justiça penal não sejam novas³⁹, aqui, o objetivo é demonstrar que a superação dos limites éticos traçados por Habermas na *teoria da evolução social* se deu em razão da financeirização da economia mundial e esse processo iniciou uma subjetivação por racionalidade neoliberal, que transcendeu o princípio concorrencial da economia para vida das pessoas, estando presentes nas mais diversas relações sociais, tornando-o a razão do poder governamental. Naturalmente, o discurso da punição é influenciado em sua origem e vem sendo moldado às necessidades do atual modelo econômico.

A teoria da evolução social de Habermas elenca critérios para evitar que a racionalidade instrumental, inerente ao mundo da técnica, predasse a racionalidade comunicativa – própria das relações humanas e culturais –, contudo, parece ter sido lida por Heik (VILLACAÑAS, 2020, p. 345), a quem as economias europeias⁴⁰ e os Estados Unidos se entregaram no final dos anos 80. Em discurso emblemático de posse, o presidente estadunidense Ronald Reagan enunciou que “na atual crise, o Estado não é a solução para nosso problema; o Estado é o problema”⁴¹, Margareth Thatcher foi além, pronunciou que “a economia é o método; o objetivo é mudar o coração e a alma”⁴².

O conceito de crise foi revisitado por Habermas, compreendendo toda experiência vivida em um sistema cuja probabilidade de superação de problemas é menor que as exigências de autopreservação. A crise não deve ser entendida como um fenômeno da consciência,

³⁹ Poderíamos falar das obras de Alessandro Baratta e Jacinto de Nelson Coutinho como exemplos dessa perspectiva.

⁴⁰ A economia alemã escolheu um caminho diferente, optando pelo ordoliberalismo.

⁴¹ Discurso de posse em 1981, Frases famosas de presidentes durante a cerimônia de posse. Veja, 2009. Disponível em <<https://veja.abril.com.br/mundo/frases-famosas-de-presidentes-durante-a-cerimonia-de-posse>> Acesso em 18 dez. 2020.

⁴² Margaret Thatcher em Sunday Times, 7 maio 1988.

tampouco como a simples mudança de paradigma objetiva; toda a crise altera a relação sujeito/objeto⁴³, conceito próximo ao de *crise orgânica*⁴⁴, de Gramsci.

Segundo Villacañas, o desenvolvimento da teoria da *evolução social* “*resaltó la escisión entre sistemas sociales y mundo de la vida como reserva extrasistémica sobre la que fundar variaciones de legitimidad y de motivación a partir de una ética reflexiva, normativa y discursiva*”. A ação comunicativa constituía elemento central da teoria da evolução social, que se dedicou a analisar o grau do desenvolvimento que uma sociedade pode ter sem perder seus referencias históricos culturais.

Assim, a diferenciação entre a ação comunicativa – praticada no espaço público com interlocutores de boa-fé – e o mundo da vida – o mundo como se conhece e se passa a interagir – é imprescindível para sua compreensão. O autor busca a superação das teorias sociais focadas no indivíduo solitário que analisa o mundo a sua volta como um terceiro distanciado – paradigma da consciência –, para o paradigma da comunicação (HABERMAS, 1984, p. 386). O objetivo dessa mudança de paradigma é que se passe a fazer uma crítica da razão instrumental e, no campo da crítica econômica, diferentemente do marxismo, que prescreve uma interligação entre sistema econômico e ideológico, o filósofo alemão defendeu a independência entre ambos, retirando-se o caráter limitador que a infraestrutura teria nos padrões de normalidade⁴⁵.

Outro elemento do paradigma da comunicação é a o aprendizado reflexivo que este ambiente proporcionaria; a bem da verdade, o teórico não conseguia visualizar a pós-modernidade sem esse novo princípio organizativo, já que ele possibilitava o aumento da responsabilidade dos indivíduos e o maior controle dos aparatos burocráticos do Estado. A finalidade da teoria da ação comunicativa era forjar cidadãos capazes de evitar um sujeito

⁴³ “Al no aceptar la crisis como un mero fenómeno de conciencia, ni como la alteración de una mera objetividad observable, Habermas intentó desplegar una teoría de la experiencia de la crisis que fuera diferente de la mera ideología de la crisis. Como toda experiencia, ésta debía afectar a la relación sujeto/ objeto” (VILLACAÑAS, 2020, p. 135).

⁴⁴ Para Gramsci (2001, p. 436), a crise econômica é mais um dos efeitos da crise orgânica, que é o resultado de um processo complexo, que na sociedade moderna é mais amplo e de difícil de identificação do que nas sociedades medievais, isto é, a identificação do começo ou do fim é praticamente impossível. “Esse processo de desintegração do Estado moderno, portanto, é muito mais catastrófico do que o processo histórico medieval, que era desintegrativo e integrativo ao mesmo tempo, dado o grupo específico que era o motor do processo histórico e [...] o tipo de Estado que existia depois do século XI na Europa, que não conhecia a centralização moderna e poderia ser chamado mais de “federação das classes dominantes”, do que de Estado de uma só classe dominante”.

⁴⁵ “Habermas defendía una autonomía de esferas, de tal modo que ‘la variación de los patrones de normalidad está limitada [no por la infraestructura productiva, sino] por una lógica del desarrollo de las estructuras de la imagen del mundo, que no se encuentra a disposición de los imperativos de incremento de poder’” (VILLACAÑAS, 2020, p. 177).

anômico no que diz respeito aos sistemas de governo. Isso porque, ao contrário de outros filósofos do período, Habermas pretendeu traçar uma linearidade evolutiva a partir de critérios irreversíveis, utilizando-se da diferenciação entre aprendizado reflexivo e não reflexivo.

Partindo dessas formulações, o autor descreveu a possibilidade de que a sociedade reflexivamente pudesse controlar a burocracia estatal, notadamente, a partir da limitação do crescimento econômico não sustentável em sentido amplo. A superação do capitalismo tardio e regulação econômica futura teriam de respeitar alguns critérios irreversíveis: (i) limite ecológico, (ii) limite antropológico e (iii) limite na geopolítica internacional – controle da hostilidade. Em um segundo momento, o aprendizado reflexivo levaria ainda a uma alteração do psiquismo individual a partir de renovações simbólicas e de identidade individual, os quais também seriam capazes de caminhar para a autolimitação⁴⁶.

Os exemplos históricos de falta de regulação do trabalho na Europa, a preocupação crescente com a preservação ambiental e a responsabilidade nas relações internacionais parecem ter sido prognósticos apurados de limites que uma racionalidade comunicativa dos cidadãos imporia ao desenvolvimento econômico. Mas os exemplos práticos e as experiências macroeconômicas mostram que a aposta neoliberal no automatismo dos indivíduos e uma forma de mascarar esses problemas foi possível. Longe da Europa, as grandes economias escolheram o caminho da financeirização, entregando aos países asiáticos, especialmente a China, a indústria pesada, o que possibilitou que a demanda de produtos produzidos mundo afora contasse com altos níveis de exploração do trabalho e de poluição ambiental.

É importante visualizar que os limites ecológico, antropológico e geopolítico começam a se alterar com o *new pact* entre o governo de Nixon e Mao Tse-Tung, reconfigurando os três

⁴⁶“La crisis como experiencia vivida podía ser evitada bajo dos condiciones: primera, si se lograba la preservación del mundo de la vida y sus sistemas de integración; además, y segunda, si se alcanzaban los límites productivos en atención a la Tierra, al psiquismo adecuado a un equilibrio antropológico, y a las relaciones internacionales, junto con sus consecuencias, de tal modo que los problemas derivados de esa limitación pudieran ser compensados por renovaciones simbólicas de la identidad individual. Éstas deberían producir motivaciones capaces de hacer que el singular humano pudiera caminar en el mismo sentido de autolimitación que propondrían los sistemas de autogobierno. Esto significaba que la madurez psíquica de la población, dotada de estructuras reflexivas democráticas, acompañaría el cambio del sistema productivo en el sentido de reconocerse limitado en su dominio de la naturaleza. Eso iba a implicar un cambio de relación con el propio psiquismo, ahora entregado al aprendizaje reflexivo. Parecía claro que sólo un sujeto capaz de limitar su entropía psíquica podría limitar la entropía ecológica. Pero, sobre todo, se requería de un sujeto capaz de dotarse de motivaciones prácticas de un modo que ya no pudieran venir dadas o supuestas por los procesos de integración prerreflexivos del mundo de la vida tradicional. Habermas parecía pensar que el mundo de la vida ya sólo se renovaría conscientemente y reflexivamente en las sociedades postradicionales” (VILLACANA, 2020, p. 285).

elementos em direção ao que se vê atualmente. O que a teoria da evolução social não pôde prever foi a financeirização da economia mundial que se seguiria naquele período. Segundo Thomas Piketty (2013 p. 255), “desde os anos 1970-1980, assiste-se a um potente movimento de financeirização da economia e da estrutura dos patrimônios. Isto é, o volume de ativos e passivos financeiros [...] se expandiu ainda mais intensamente do que o valor líquido dos patrimônios”. É neste sentido que Villacañas afirma que Heik parece ter lido Habermas⁴⁷, já que os limites que a teoria da ação comunicativa imporia reflexivamente foram superados macroeconomicamente. No campo das relações internacionais, tão logo findada a guerra fria, a pauta moral e política dos Estados Unidos guiou a pauta global.

Em razão da financeirização da economia mundial, os mercados financeiros e as grandes corporações passaram a projetar no direito penal transnacional seus critérios de funcionamento e finalidades, especialmente para criar um ambiente que seja íntegro e avesso ao risco. Nesta empreitada, o crime de lavagem de dinheiro ganhou autonomia em relação ao tráfico de drogas, sendo atualmente projetado para o combate ao terrorismo, corrupção transnacional e a criminalidade financeira em sentido amplo, por meio de uma rede administrativizada de controle, a exemplo das agências de inteligência financeira, que são internacionalmente apoiadas por organismos internacionais privados na produção de *soft law* antilavagem.

Marcus Faro (2019, p. 107) argumenta que racionalização econômica do direito foi alcançada nas últimas décadas através da construção de “*capacities of intelligence placed under the control of certain strategic social clusters: global finance, international financial institutions, global corporations, and governments associated to them through formal national and international jurisdictions*”. As soluções para o direito estão sendo dadas em direção à maximização dos objetivos do Estado-mercado. O direito penal econômico se imiscuiu de administrativizar a persecução penal e terceirizar o *enforcement* de seus critérios aos particulares, com intuito de criar mercados íntegros a partir da análise de riscos, a exemplo do *compliance*, que pode ser oposto a axiomas básicos das ciências criminais.

⁴⁷“En realidad, resultó como si los diseñadores del neoliberalismo hubieran leído a Habermas. Él, enfrascado en contestar el rutilante sistema especulativo de Luhmann, no se dio cuenta. Alemania ponía la teoría sociológica que observaba la realidad, pero la práctica innovadora se abría paso en América. El esfuerzo de Habermas de conectar con la otra América, la de Dewey, la del pragmatismo, la de la democracia, no prosperó. La inteligencia de las elites de América ya estaba entregada al austriaco Hayek. Europa así comenzaba una experiencia que resultaba opaca al último gigante de su filosofía clásica” (VILLACAÑAS, 2020, p. 343).

Neste contexto surge e ganha importância a assistência direta, braço processual desse direito penal econômico transnacionalizado, construído sobre os princípios da antilavagem. Isto quer dizer um processo penal apto a persecução de rastros financeiros em diversos países simultaneamente em velocidade compatível ao atual paradigma tecnológico. A questão fundamental, portanto, é entender como essas soluções convergem axiologicamente com um direito penal de bases liberais e garantista processualmente.

Neste ponto, tivemos a mudança de um Estado cuja função era não interferir – liberalismo clássico – para um Estado moldado para o livre mercado – neoliberal. O produto financeiro ganha maior relevância na economia – financeirização – e os países anglo-saxões escolheram a sociedade de consumidores em relação a sociedade de produtores. O contexto macroeconômico, favorecido pelo fim da Guerra Fria, impõe novas funções ao direito penal, àquela de proteger e criar um ambiente de negócios íntegro e avesso ao risco, projetando no discurso do combate à lavagem de dinheiro essas funções, que a depender do momento histórico, materializaram-se nas formas de criminalidade descritas acima. É, portanto, neste contexto sociológico que se encaixa a presença do combate à lavagem de dinheiro.

1.2 O alvo: combate às organizações criminosas.

1.2.1 Linguagem belicosa e genealogia do argumento.

A linguagem caracterizante da política criminal de combate às organizações criminosas e à lavagem de dinheiro, amplamente transnacionalizada, é comprovadamente belicosa e se expressa, no cotidiano, em expressões típicas como guerras às drogas, guerra ao terrorismo, asfixia de instituições financeiras – a última, inclusive, consta como objetivo do Conselho de Segurança da ONU ao tratar de grupos terroristas (BUGIATO, 2017) – são também bastante comuns no dia a dia da imprensa. No cerne desta lexicografia está a tentativa de demonstrar publicamente a necessidade de repudiar ao máximo e não poupar esforços na apontada guerra com o apoio da *opinião publicada*⁴⁸. Em outras palavras, criar uma imagem dos inimigos públicos, os quais, evidentemente, seriam menos merecedores das garantias de uma democracia

⁴⁸ “O termo “opinião publicada” costuma ser usado a partir de uma percepção monolítica que a entende como um conjunto de pensamentos sobre os mais diversificados temas compartilhados pela maior parte da sociedade. Outras vezes, é identificado como a opinião expressa por veículos de comunicação de grande circulação, confundindo-se com que se por hábito chamar de ‘opinião publicada’” (BUDÓ, 2015, p. 192).

liberal.

É interessante notar a naturalidade com que se trata dessas categorias como se os constructos aplicáveis e a positivação do crime de lavagem de dinheiro e de organização criminosa fossem longínquos e decorrentes até de concepções jusnaturalistas, enquanto fonte de direito. Mas, na verdade, a própria ideia do combate ao crime organizado é recente na história e nasce quase que umbilicalmente ligada ao crime de lavagem de dinheiro, tendo dado os primeiros passos na Itália e nos Estados Unidos a partir da segunda metade do século XX. No cenário brasileiro, a tipificação do crime de lavagem de dinheiro foi promulgada pela legislação no ano de 1998, dando-se cumprimento aos compromissos internacionais de política criminal transnacional assumidos na Convenção de Viena em 1988⁴⁹.

É relevante, portanto, entender os contextos sociais em que se deram as primeiras formulações desse crime, especialmente a genealogia argumentativa das postulações. Essa compreensão passa necessariamente pelos objetivos das políticas criminais dos apontados países no início do século passado (combate ao tráfico de drogas nos Estados Unidos e à máfia na Itália) – o fato em comum é que os Estados passaram a ter que lidar com grupos criminosos detentores do monopólio de diversas atividades ilícitas rentáveis.

Fabián Caparrós aponta que a primeira tipificação do crime de lavagem de dinheiro ocorreu na Itália, por Decreto-lei n. 59, de 21/03/1978, criando o artigo 648 do Código Penal Italiano⁵⁰. A inovação legislativa aconteceu no contexto de uma comoção social que o país atravessava em razão de atos violência cometidos grupos políticos, mais especificamente porque em 16/03/1978, Adolfo Moro, tradicional político que já havia ocupado o cargo de *Premier* na Itália por várias vezes, foi sequestrado pelas Brigadas Vermelhas.

O momento político era notadamente conturbado, esse grupo de indicação política marxista patrocinou diversos atos com o intuito de desarticular o poder político estatal, período da história italiana apontada como os anos de chumbo – *anni di piombo*. Em razão disso, o sequestro gerou repercussão internacional e a resposta pública à comoção foi a criação da ideia

⁴⁹ Vide abaixo tópico 2.1.1.

⁵⁰ “*Fuori dei casi di concorso nel reato [110]⁽¹⁾, chi, al fine di procurare a sé o ad altri un profitto⁽²⁾, acquista, riceve od occulta denaro o cose provenienti da un qualsiasi delitto, o comunque si intromette nel farle acquistare, ricevere od occultare⁽³⁾, è punito con la reclusione da due ad otto anni e con la multa da euro 516 a euro 10.329 [709, 712]. La pena è aumentata quando il fatto riguarda denaro o cose provenienti da delitti di rapina aggravata ai sensi dell'articolo 628, terzo comma, di estorsione aggravata ai sensi dell'articolo 629, secondo comma, ovvero di furto aggravato ai sensi dell'articolo 625, primo comma, n. 7-bis*”.

central do que hoje se compreende como lavagem de dinheiro.

Nas palavras de Carla Carli o crime de lavagem de dinheiro manteve a espinha dorsal daquela primeira formulação e “[...] manteve a ideia [...] de modificação da situação do dinheiro ou dos valores criminosamente obtidos, que traz ínsita a finalidade de encobri-lo” (2006, p. 74).

Nos Estados Unidos, o cenário era mais complexo. Após a quebra da bolsa de Nova Iorque em 1929, o país passou por uma série de inovações de natureza econômica e legislativa e, no que concerne à política criminal, foi proibido o consumo de bebidas alcoólicas. Assim, além do cenário de falências e de crise de oferta do crédito bancário, o país se viu diante do aumento e um salto de qualidade nos grupos de criminalidade organizada (TIGRE MAIA, 2006, p. 74), isto porque a lei seca, ao proibir o comércio legal de bebidas, criou todo um comércio de produtos ilegais que passou a movimentar milhões de dólares. A criação de novos tipos penais incrementou os números de processos penais de forma tão vertiginosa que é apontada por alguns autores como uma das principais causas para a consolidação do *plea bargain* em larga escala, que atualmente é visto por muitos como a base do sistema de justiça criminal ianque (ANITUA, 2015, p. 43-65).

O capital gerado pelo comércio de produtos ilegais fortificou as grandes máfias, que tinham um produto de alta popularidade a explorar. Tigre Maia afirma ainda que as grandes somas de dinheiro movimentadas eram utilizadas para corromper agentes públicos de segurança e políticos de alto escalão. Ainda segundo o autor, os grupos criminosos se organizaram em razão da própria atividade que exerciam, uma vez que a produção de cerveja, whisky e vinho demandava grandes instalações, transporte especializado, distribuição em casas noturnas, contratação de seguros para os produtos e maquinário e, por fim, trânsito no sistema bancário para movimentação segura do dinheiro. A imagem pública que se tem de Al Capone é, propositalmente, a figura emblemática deste período para o mundo. A ideia popular de que as máfias estariam etnicamente ligadas a grupos de origem italiana, com a romantização de juramentos de sangue e da famosa *omertà* de seus membros, foi obra de Hollywood (NAYLOR, 2006, p. 75).

A razão para isso é apontada por Carla Carli: “o governo precisava do apoio da opinião pública para a repressão ao crime”. Isto porque, na visão política da época, “o sentimento era de que o povo americano iria ‘comprar’ a história das relações de família e dos juramentos de sangue muito mais facilmente do que poderiam entender as complexas relações do Sindicato”

(2006, p. 76). O sindicato citado é o Sindicato Nacional do Crime (*U.S. National Crime Syndicate – NCS*), que era um grupo multiétnico, ao contrário da ideia popular vendida para ganhar apoio político. A razão de existir da organização era a de proteger os líderes contra a competição e angariar *linhas de créditos* a fim de obter proteção política e possibilitar a tributação dos chefes do crime locais; o cabeça do sindicato era Meyer Lansky, que foi identificado nas primeiras comissões do Senado americano sobre o combate à criminalidade organizada em 1959.

A relevância deste personagem está na forma como conduziu os negócios depois da descriminalização do consumo e produção de álcool em 1933 nos Estados Unidos. Meyer foi o grande responsável pela expansão da utilização do sistema financeiro internacional através de *offshores banks* para movimentar os lucros da atividade de jogo ilegal, que compôs o principal ativo de negócios ilegais após o fim da lei seca (JORDAN, 1999, p. 89-119), que viria a ser composto pelo tráfico de drogas nas décadas seguintes. As casas de jogo e a movimentação grande quantidade de capital por meio de *wire transfers* (CARLI, 2006, p. 76) que estavam presentes em todo o país foram fatos determinantes para que o crime organizado tenha sido reconhecido como um problema nacional.

A estrutura de lavagem de capitais em lavanderias de roupas e carros passou a ser insuficiente para movimentar o dinheiro dos jogos ilegais e do tráfico de entorpecentes. Esta forma de operação que utilizava dinheiro em espécie e o reinseria na economia formal pelos lucros destas empresas se demonstrou frágil a partir da política financeira de controle de depósitos em espécie⁵¹. Com o fortalecimento da regulação bancária, o Sindicato do Crime começou a realizar o movimento de dinheiro em espécie para fora dos Estados Unidos, para países em que a origem do dinheiro depositado ficasse protegido de investigações de autoridades estadunidenses.

Carli (2006, p. 78) aponta que os movimentos financeiros de Meyer Lansky aperfeiçoaram a prática de *loan bank*. A prática consistia em duas fases, a primeira era o envio do dinheiro em espécie para fora dos Estados Unidos por *courier cash*, o dinheiro também poderia ser enviado na forma de *traveler's checks, cashier's checks* (pagáveis ao portador), títulos de propriedade nominada e títulos ao portador ou passagens aéreas em branco”. No

⁵¹ O *Bank Secrecy Act*, de 1970, a qual estabeleceu critérios de registros de informações bancárias, tais como comunicações financeiras superiores a US\$ 10.000,00.

segundo momento, “os fundos eram depositados em contas bancárias secretas”, e ainda de acordo com a autora, o *Exchange and Investment Bank em Genebra* era um dos preferidos por Lansky. Após estes passos, a reinserção na economia dos Estados Unidos era realizada por meio de transações com os bancos suíços que protegiam legalmente o sigilo da origem ilegal do dinheiro.

A utilização de destinos no Caribe também foi marcante nas práticas do Sindicato do Crime. Cuba, até 1950, com assunção ao poder de Fulgêncio Batista, foi destino do dinheiro advindo dos Estados Unidos, a partir de então, Bahamas se tornou o principal destino deste dinheiro, já que Cuba passava a ter um líder alinhado com os interesses estadunidenses⁵².

No cenário de bastante preocupação com aumento também do tráfico de drogas sintéticas, o Congresso dos Estados Unidos aprovou o *Anti-Drug Abuse Act*, cujas medidas incluíam o *Money Laundering Control Act*, responsável pela criminalização da lavagem de dinheiro, o objetivo desta nova política era atingir o braço financeiro das organizações criminosas. Neste sentido, Carla de Carli reconhece a engenhosidade e o caráter revolucionário da medida que, ao seu ver, “foi considerada revolucionária em seus conceitos legais e práticos, pela forma através da qual pretendia detectar, deter e punir aqueles que lavassem dinheiro para finalidades criminosas, ao privá-los de sua riqueza” (CARLI, 2006, p. 80).

Ademais, o discurso político estadunidense não escondia a intenção de atingir o lucro destas organizações. Esta preocupação fica muito clara no debate no parlamento, no qual a manifestação do deputado Gilman é exemplificativa:

Sr. Orador, considerando que o tráfico de narcóticos e o abuso de drogas alcançou proporções epidêmicas em nosso país e no exterior, considerando que os traficantes de drogas estão conduzindo um comércio livre de impostos estimado em 120 bilhões de dólares somente nos Estados Unidos, que esse tráfico e abuso infectou cada cidade, centro, e escola de nossa Nação e que estamos sendo inundados por crescentes quantidades de heroína, cocaína e agora o novo e altamente viciante crack, PCP, e outras drogas mortais; o bilhão e meio de dólares, proposto pela H.R. 5484 é, ao mesmo tempo, modesto e razoável. Se podemos nos permitir gastar um bilhão e meio para construir um submarino Trident, certamente nossa Nação pode apoiar o H.R. 5484, que se dirige contra uma ameaça à segurança nacional, ao ajudar a combater o tráfico e o abuso de drogas, ajudando a defender os cidadãos de nossa Nação desta

⁵² O alinhamento político e econômico entre os dois países transcendeu a política criminal de combate ao tráfico de drogas e de planejamento financeiro na ilha, o que veio a ser rompido com a revolução cubana.

ameaça mortal das drogas. Por isso, Sr. Orador, eu rogo aos meus colegas que apoiem as medidas do Omnibus Drug Act⁵³).

A lógica discursiva do combate à lavagem de dinheiro se mantém praticamente ileso e no centro da persecução penal nos Estados Unidos. Isto pode ser verificado a partir de legislações que inserem obrigações para diversas atividades econômicas com intuito de reconhecer a origem dos capitais que circulam no mercado financeiro. Uma breve linha do tempo sobre as inovações legislativas no que tange ao incremento da atividade financeira confirma o argumento. Ademais, o mesmo movimento é visível em convenções e tratados internacionais e, uma novidade do mundo na sociedade de rede, é a utilização de organismos internacionais privados como os vigias dessas políticas criminais.

Um desses organismos – *players* – é o GAFI, que a influência pode levar um país não cooperante a sofrer sanções econômicas⁵⁴, isto é, uma força normativa impressionante, paradoxalmente, contrastada com um déficit de legitimidade aparente⁵⁵.

O crescimento da importância da lavagem de dinheiro no direito penal econômico e o desenvolvimento de seu método de controle administrativizado – *compliance* – são notórios na sequência de leis que regularam os atos de lavagem nos Estados Unidos. É interessante notar que a primeira lei, apontada na linha do tempo abaixo, é sobre a inserção do comércio de carros e imobiliárias no conceito de instituição financeira em 1988, isto é, ser passível da regulação

⁵³ ESTADOS UNIDOS. Arquivos do Congresso – Câmara dos Representantes. *Proceedings and Debates of the 99th Congress, Second Session*. Tuesday, September 9, 1986, in Support of H.R. 5484 – THE OMNIBUS DRUG MEASURE.

⁵⁴ Pode-se encontrar a natureza dessas sanções financeiras nos materiais divulgados pela força-tarefa, especificamente sobre o terrorismo, nas recomendações do organismo em 2012. A “Recomendação 6 (sanções financeiras específicas relacionadas com o terrorismo e o financiamento do terrorismo) (OCDE. *Padrões Internacionais de Combate ao branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação* – As Recomendações do GAFI. Portugal: OCDE/GAFI, 2012. p. 8. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-Port.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2021).

⁵⁵ Eduardo Corrêa (2017, p. 202) leciona que “se a questão da legitimação da intervenção estatal, concebida como a justificação racional para sua imposição, é muito cara ao direito penal – daí a importante discussão, que nele se desenvolve, relativamente aos fins da pena –, quando ao elemento penal da intervenção soma-se o elemento não nacional de sua origem, a exigência de legitimidade da ação normativa ou fática da autoridade potencializa-se. Esta dupla demanda por legitimidade (natureza penal e origem internacional) ganha, ainda, maior relevância quando se considera que dentre as principais razões pelas quais os Estados aderem a normas internacionais está o desejo de legitimar-se externa e internamente. De fato, as abordagens a propósito das razões pelas quais os Estados aderem e cumprem o direito internacional tendem a não atribuir ao risco de responsabilização internacional – que raramente ocorre – maior relevância do que a outros fatores como reputação interna e externa, além do planejamento de interesses no quadro de estratégias da geopolítica global. Fatores que, estranhos àqueles que devem subsidiar escolhas de ordem político-criminal, enfatizam a necessidade de controle democrático, valorativo e racional das opções político-jurídicas que, deliberadas internacionalmente, irão conformar o modo de atuação do poder penal estatal em face de indivíduos”.

aplicada aos bancos, instituições financeiras e empresas de crédito em geral. Pouco mais de 12 anos após esse primeiro movimento, a regulação dos atos de lavagem já tinha como objetivo o combate ao terrorismo após os fatídicos atentados do 11 de setembro:

- ▮ 1988, *Money Laundering Prosecution Improvement Act*: inclusão do comércio de veículos e imobiliárias no conceito de instituição financeira; exigência de comunicação de compradores cuja negociação fosse superior a U\$ 3.000 (três mil dólares).
- ▮ 1990, *Bank Fraud Prosecution and Taxpayer Recovery Act* (Crime Control Act): modernização política do FDIC⁵⁶: proibiu que condenados ou processados por lavagem de dinheiro trabalhassem no mercado bancário, salvo autorização expressa do órgão.
- ▮ 1992, *Annunzio-Wylie Money Laundering Suppression Act*: adicionou seções ao FDIC Act; regulou a revogação de autorizações para o mercado de seguros por instituições envolvidas na prática de crimes de lavagem de dinheiro.
- ▮ 1994, *Money Laundering Suppression Act*: exigência às agências bancárias implantassem procedimentos antilavagem de dinheiro e agilizou o processo de expedição dos CTRs (*currency transaction reports*).
- ▮ 1998, *Money Laundering and Financial Crimes Strategy Act*: instrui que as agências bancárias desenvolvam treinamento contra a lavagem de dinheiro para seus funcionários. Exige que o Tesouro e outras agências desenvolvam uma Estratégia Nacional contra Lavagem de Dinheiro e criam forças-tarefa para atuação em áreas de alto índice de lavagem de dinheiro e crimes financeiros a ela relacionados, as HIFCA *Task Forces* (*High Intensity Money Laundering and Related Financial Crime Area Task Forces*).
- ▮ 2000, *Civil Asset Forfeiture Reform Act* (CAFRA): regula os procedimentos de apreensão e perdimento civil de bens e propriedades particulares.
- ▮ 2001, *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools to Restrict, Intercept and Obstruct Terrorism Act* (USA Patriot Act): exigência do

⁵⁶ *Federal Deposit Insurance Corporation*. Em tradução livre, instituição responsável pelo controle de todos os depósitos feitos em bancos estaduais, que ficam fora do âmbito do Federal Reserve (o chamado “banco central americano”).

compartilhamento de informações com instituições do governo e entre instituições financeiras; verificação de identidade de consumidores; além da implantação de novos programas antilavagem de dinheiro na indústria de crimes financeiros a elas relacionadas.

Esta sequência de leis demonstra como a política criminal antilavagem dos Estados Unidos sobre o combate às organizações criminosas nasce vinculada ao controle financeiro de ativos pelo sistema bancário. Esse controle surge, inicialmente, vinculado ao tráfico de drogas e a grupos de criminalidade organizada. Posteriormente, a lavagem de dinheiro ganha autonomia em relação a este objetivo e sua estratégia de combate passa a condicionar a persecução penal do terrorismo e, mais recentemente, do direito penal econômico.

No início dos anos 90, esta política criminal passa a ser exportada e constituir o elemento central de tratados internacionais com intuito de torná-las questões globais. Os compromissos de criminalização vieram acompanhados da necessidade de criar órgãos de controle e regras de movimentações financeiras suspeitas. O que vem se descrevendo é a constituição de regime global de proibição da lavagem de dinheiro, que guarda profundo paralelismo com a política criminal estadunidense, decorrência da distribuição de forças da geopolítica global. Grosso modo, a assistência direta é a institucionalização do processo penal dessa política criminal.

O principal órgão deliberativo da ONU editou resolução específica que determinou que os países combatentes do terrorismo implementassem um sistema de compliance bancário, bem como a criação de agências de inteligência financeira para análise das movimentações financeiras dos bancos⁵⁷. O outro lado da moeda é que as agências de inteligência financeira deveriam cooperar na identificação e reporte de movimentações suspeitas diretamente entre elas. Dessa forma, o Conselho de Segurança instituiu uma rede normativa de controle bancário completa – controle e cooperação. Naturalmente, os regimes globais de proibição se justificam como soluções a eventos históricos, o que condiciona as políticas criminais empregadas para a resolução do apontado problema social de uma determinada época⁵⁸.

⁵⁷ Resolução 1373 do Conselho de Segurança.

⁵⁸ O historiador do direito, Philip Bobbitt, trabalha a ideia de que cada quadra histórica produziu valores organizacionais que geraram um direito penal para proteção dessa estrutura. A pirataria é um desses exemplos que era necessário que se abominasse politicamente porque estava diretamente ligada à forma de produção de riquezas da grande potência econômica da época. O autor transporta este fenômeno para a atualidade e o denomina de

Sobre assistência direta, as resoluções do GAFI, já explicado como *player* privado relevante, propõem a inexistência de barreiras à prestação da cooperação penal, a exclusão dos delitos fiscais do rol de exceções à prestação de cooperação, a não recusa de cooperação em razão de sigilo conferido pelas legislações internas às instituições financeiras e a confidencialidade dos pedidos de auxílio direto para a proteção das investigações⁵⁹. Esta é a política criminal sobre processo penal que as agências intergovernamentais recomendam firmemente que os Estados cumpram como práticas antilavagem. Assim, o desenvolvimento desse instituto deve ser enxergado como elemento processual que viabiliza os interesses de uma política criminal do regime de proibição da lavagem de capitais.

Por fim, ressalta-se que a insistência nesse ponto é para que se entenda que a dificuldade de fazer a convergência axiológica desse instrumento de cooperação com um processo penal democrático é decorrência do projeto que o criou e, não simplesmente, o desconhecimento de um instituto jurídico recente. Um outro lado dessa política criminal é a administrativização do processo penal que se verifica nas últimas décadas, como trabalharemos adiante.

1.2.2 Administrativização do direito penal.

Como articulado, o combate ao tráfico de drogas a partir dos anos 70 nos Estados Unidos foi sucedido pela preocupação com o terrorismo. Estes objetivos de política criminal são explicados pelo mesmo referente teórico – a política criminal atuarial – isso porque, na prática, o *modus* de combate é o mesmo: atacar as movimentações bancárias suspeitas a partir da regulação dos bancos pela Administração Pública. Neste contexto, o crime de lavagem de dinheiro e, por via de consequência, o de organização criminosa se tornaram os baluartes dessa política criminal. Outro efeito indireto que beneficiou essa visão de mundo é que, segundo Ricardo Gloeckner, “o uso massivo da lavagem de dinheiro consistiu [...] [em] uma estratégia

Estado-mercado, que é a organização de estatal que não pode resolver seus problemas financeiros isoladamente, tendo em vista o avanço do mercado de capitais globalmente. Na nossa visão, esta perspectiva é congruente com a conceituação de *regimes globais de proibição*, tendo em vista que se ancoram na violação de valores comuns compartilhados entre Estados, diferentemente do direito penal internacional.

⁵⁹ *Padrões Internacionais de Combate ao branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação* – As Recomendações do GAFI. Portugal: OCDE/GAFI, 2012. p. 27-28. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-Port.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2021).

que garanta a acusação contra imputações falhas pelo crime de tráfico de drogas e pelo delito de participação em organização criminosa” (GLOECKNER; SCAPINI, 2021, p. 92).

O argumento é comprovado desde outras perspectivas, a exemplo do que aponta Eduardo Corrêa (2017, p. 146):

O financiamento ao terrorismo é tratado internacionalmente de maneira conectada com a disseminação dos padrões antilavagem, de modo que fundamentalmente as arenas de deliberação relacionadas a ambos os temas se entrecruzam (*redes sobrepostas*). É evidência disso a manutenção pelo UNODC do *Global Programme against Money-Laundering, Proceeds of Crime and the Financing of Terrorism (GPML)*, em que são desenvolvidos, sob a morfologia de rede, mecanismos como a “Rede Internacional de Informação sobre Lavagem de Dinheiro” (*International Money Laundering Information Network - IMOLIN*), composta por 21 organizações internacionais ou regionais. Por intermédio de tal rede, promovem-se os padrões normativos internacionais relacionados à lavagem de dinheiro, fornecendo “leis modelo” para utilização pelos Estados e mantendo base de dados na internet com instrumentos internacionais e outras normas relacionadas à lavagem de dinheiro ao redor do mundo.

O encontro deste subterfúgio pelas autoridades estadunidenses logo deslocou o eixo da persecução penal e, por conseguinte, notou-se com mais facilidade o fenômeno da *administrativização do direito penal*⁶⁰. Ricardo Gloeckner (2008, p. 153) aponta que “ao lado dos crimes de perigo abstrato e da proteção de bens jurídicos universais, coletivos ou difusos, verifica-se o notório incremento de delitos que desempenham uma função de acessoriedade administrativa”. Exatamente o que pode ser percebido a partir de diversas legislações de controle bancário nos Estados Unidos, a exemplo do *Bank Secrecy Act*, de 1970, a qual estabeleceu critérios de registros de informações bancárias, tais como comunicações financeiras superiores a US\$ 10.000,00. Concordamos, portanto, que “o direito penal se imiscui numa função promocional dos bens jurídicos (ao contrário de sua anterior tarefa ilustrada de defesa dos bens jurídicos indispensáveis à vida social)”⁶¹.

Da perspectiva do direito penal material, a fluidez do crime de lavagem se tornou uma característica notória, caracterizada por um processo de desmaterialização do bem jurídico. Isso porque, diante das dificuldades processuais de se provar a ocorrência do crime de tráfico, a

⁶⁰ Fenômeno ao qual Silva Sánchez denominou de *direito penal de duas velocidades*.

⁶¹ Marco Antônio de Abreu. Prerrogativa de resistência: a advocacia que não teme a sua missão. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 27, n. 159, p. 69-108, 2019. p. 92. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=153225. Acesso em: 15 jan. 2021.

lavagem de dinheiro foi projetada para possibilitar a criminalização de movimentações financeiras cuja origem do dinheiro fosse suspeita⁶².

Assim, a partir do momento que a criminalização subterfugiária passa a ser uma política criminal mais presente nos Estados Unidos, são inseridos modelos de *compliance* para as instituições financeiras (GLOECKNER, 2019). O modelo de criminalidade econômica empresarial vinculada ao que se de nomina *compliance* é um dos sintomas da administrativização do direito penal, isto é, a persecução criminal passa a ser balizada não repressivamente a uma conduta tipificada, e sim pelo descumprimento de normas administrativas que se medem a eficácia do comando a partir de riscos⁶³.

1.2.3 O criminal compliance no contexto da lavagem de dinheiro.

O *compliance* é um conjunto de instrumentos manejados por instituições públicas ou privadas com intuito de gerar aderência a normas reguladoras do sistema financeiro ou comercial. Constitui, portanto, uma disciplina, inserida na *corporate governance*. No direito econômico, Frazão (2017, p. 23-57) aduz que o “*compliance* diz respeito ao conjunto de ações a serem adotadas no ambiente corporativo para que se reforce a anuência da empresa à legislação vigente, de modo a prevenir a ocorrência de infrações”. O contexto econômico da financeirização da economia impõe o nivelamento do ambiente de negócios a nível mundial e, conseqüentemente, uma regulação do direito econômico para criá-lo.

O *compliance* é uma disciplina que se insere no contexto da governança corporativa e na análise de riscos, retroalimentando-as. Evidentemente, a globalização e a revolução informacional aumentaram a quantidade e a velocidade das transações transnacionais, que incluem, colateralmente, a dimensão do aumento de práticas criminosas neste ambiente. Assim, o controle do risco no ambiente de negócios engloba o direito penal com a utilização das mesmas ferramentas regulatórias, que é realizado em diversas camadas normativas. Neste sentido, Gloeckner e Silva afirmam que a “evolução da compliance legal [...] na vida

⁶² A genealogia deste raciocínio é, *mutatis mutandis*, a utilizada no caso do contrabandista Al Capone, isso porque diante da impossibilidade de comprovar o cometimento de crimes vinculados à máfia, o crime de sonegação fiscal – espécie de crime residual – ensejou sua prisão.

⁶³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SCAPINI, Marco Antônio de Abreu. Prerrogativa de resistência: a advocacia que não teme a sua missão. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 27, n. 159, p. 69-108, 2019. p. 90. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=153225. Acesso em: 15 jan. 2021.

organizacional resulta de um aglomerado de diversas esferas: jurídica, legislativa, econômica, social e tecnológica” (GLOECKNER; SILVA, 2014, p. 114).

Naturalmente, o *criminal compliance* envolve condutas ilícitas “acobertadas ou diretamente relacionadas às práticas econômicas e financeiras de certo agente (GLOECKNER; SILVA, 2014, p. 151), compreendendo a persecução penal das instituições financeiras e das pessoas físicas, que muitas das vezes, estão regulados concomitantemente pelo direito administrativo e pelo direito penal. Neste ponto, os autores demonstram preocupação com essa sobreposição de normas e possibilidade corrosão do axioma *nemo tenetur se degetere* no *trade off* com dever administrativo de prestar informações⁶⁴.

Mais do que isso, da perspectiva da criminologia, o *compliance* complementa uma rede de autorregulação difusa e ancorada na sociedade civil, na qual o Estado aplica as métricas de controle que os particulares devem exercer, passando, assim, cada indivíduo ser responsável pela aderência à regulação do próximo e, não menos importante, de si mesmo. Em momento oportuno, este contexto será descrito como a *Sociedade do Controle*⁶⁵, mas ainda no contexto do *compliance*, Gloeckner e Silva (2014, p. 165) estão corretos em apontar que

[...]os denominados deveres compliance são nada mais do que estruturas capilarizadas de controle, debruçando-se na intersecção entre o administrativo e o jurídico. Através da atuação sobre a realidade, há uma espécie de ajustamento de suas funcionalidades e elementos.

Diante disso, a parte da administrativização do direito penal que cabe à lavagem de dinheiro é, seguramente, o *compliance criminal*, especialmente no seu braço bancário e financeiro. A bem da verdade, a espécie engoliu o gênero, isso porque o controle administrativo do sistema bancário foi o precursor da ideia de criminalização da movimentação dos rastros financeiros e, não poderia ser diferente, já que as legislações de prevenção a esse crime trazem um rol de condutas preventivas e de análise risco para os destinatários da norma, a exemplo da

⁶⁴ Em outra passagem exemplificativa, os autores trazem que essa corrosão pode fazer parte de uma *criminologia administrativa* fundada na Sociedade do Controle, “mediante a análise do princípio fundamental da proibição de autoincriminação, que os deveres *compliance* se apresentam como dispositivos que subordinam a lógica jurídica a uma lógica atuarial. A ideia motriz de prevenção e de gestão de riscos, encravada no discurso da criminologia administrativa, é justamente o leitmotiv destes deveres *compliance*” (GLOECKNER; SILVA, 2014, p. 166).

⁶⁵ Mais adiante se falará sobre *A cultura do controle*, obra de David Garland.

legislação brasileira⁶⁶. Atualmente, esse controle é mais um braço numa rede de regulação em inúmeras camadas que o *compliance* criminal significa.

Assim, as normas regulatórias de *compliance* tentam operar seus efeitos em uma perspectiva *ex ante* a partir de uma medida de risco dos agentes regulados.

A administrativização do direito penal e da criminologia são consequências de uma instrumentalidade de gerenciamento do risco que transfere ao particular a responsabilidade por demonstrar à aderência às normas de regulação. O Estado passa atuar como avalista da regulação prática pelos particulares, atuando de forma preventiva com apoio de organismos e organizações não estatais. Adiante-se que, no próximo tópico, será detalhada a importância dos organismos não estatais na composição do regime global de proibição da lavagem de dinheiro. Como articulado, são evidentes os conflitos entre as normas administrativas e o direito penal nesta ampla teia preventiva de regulação dos riscos.

O raciocínio econômico e a necessidade de criar este ambiente seguro para o sistema financeiro gera um direito penal que não pensa a jurisdição penal como o lugar de exercício dos direitos individuais e da possibilidade de defesa, uma vez que a própria sobreposição de normas de diferentes sistemas os inviabiliza. A exacerbada prevenção *ex ante* pode significar a funcionalização do direito penal, Gloeckner e Silva (2014, p. 164) argumentam: “funcionalizando o direito penal simbólico com a criminalização segundo interesses de mercado e hipertrofiando a suspeita insustentável de que todos são culpados”.

⁶⁶ Sobre o assunto, Gloeckner e Silva (2014, p. 155) explicam os deveres de *compliance* trazidos pela legislação de regência. “[Quais] são os deveres *compliance* a que devem se subordinar os referidos destinatários? O art. 10 da Lei 9.613/1998, com a redação da Lei 12.683/2012, afirma que as pessoas físicas e jurídicas objeto do art. 9º deverão: a) identificar seus clientes e manter cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes; b) manter registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente, nos termos de instruções por esta expedidas; c) dever de adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto nesse artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes; d) dever de se cadastrar e manter seu cadastro atualizado no órgão regulador ou fiscalizador e, na falta deste, no Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf), na forma e condições por eles estabelecidas; e) dever de atender às requisições formuladas pelo Coaf na periodicidade, forma e condições por ele estabelecidas, cabendo-lhe preservar, nos termos da lei, o sigilo das informações”.

1.3 A Ferramenta: O gerenciamento do risco na persecução penal.

1.3.1 Conteúdo do risco na modernidade reflexiva: a base do atuarialismo.

A preocupação científica com o risco surge como ramo de estudos com Giddens e Beck, unidos pela constatação de que a pós-modernidade trouxe consigo um lado sombrio, que nem mesmos os fundadores na sociologia puderam prever⁶⁷. Isso porque os indivíduos passaram a produzir e a incrementar riscos em escalas globais, com capacidade da destruição da vida como se conhece, propositalmente ou não, a exemplo do acidente de Chernobyl, que sabidamente influenciou o pensamento de Beck. Naturalmente, a epistemologia da ciência passa a ter que lidar com esse novo dado e buscar por respostas suficientemente científicas para lidar com a ansiedade e a necessidade de controle e prescrição de níveis aceitáveis de risco. Este giro epistemológico representa a transição de uma sociedade industrial para uma modernidade reflexiva⁶⁸; a natureza passa de objeto da ciência a problema científico⁶⁹.

Ricardo Gloeckner (2008), em sua obra sobre o processo penal na sociedade de risco, aborda de que forma suas categorias moldaram o direito penal, maximizado, funcionalizado e pronto para qualquer demanda, na contemporaneidade⁷⁰. A partir da influência dessa obra, o objetivo é traçar os elementos centrais que trouxeram o risco como categoria de análise científica, isto é, quais suas características e formas de manifestação.

Giddens apresenta o risco na sociedade reflexiva em sete padrões. O primeiro, a globalização do risco com ênfase na sua intensidade – a manipulação de tecnologia nuclear para fins bélicos. O segundo deles é o aumento de eventos contingentes que podem afetar a todos⁷¹ – alteração da forma de trabalho que pode mudar rapidamente a estrutura econômica. A terceira fonte de risco é a manipulação da natureza pelo homem, a exemplo do melhoramento genético

⁶⁷ “Ainda em Giddens, um entendimento do que vem a ser risco na alta modernidade, significa uma consciência de existência de um lado sombrio da modernidade, coisa que os fundadores da sociologia, Marx, Durkheim e Weber deixaram de certa forma de considerar” (ALEXANDRE, 2000, p. 154).

⁶⁸ Sinônimo de pós-modernidade para outros autores.

⁶⁹ Gloeckner aponta essa mudança: “na modernidade, sob o governo da técnica e da ciência, a natureza era vista como objeto. Na modernização reflexiva, com o surgimento da sociedade de risco, os primeiros efeitos, via de consequência, serão observados naquilo que era a preocupação moderna: a natureza. Os riscos são constatados mais facilmente no meio-ambiente” (GLOECKNER, 2008, p. 110).

⁷⁰ “Adjunto à sociedade de risco se desenvolve um direito penal maximizado, que atende a toda e qualquer chamada. Em tempos de incerteza e insegurança, a sociedade se volta ao direito penal e dele exige o que jamais obteve: a solução para os problemas de uma modernidade que se voltou sobre si mesma, hipercomplexificando-se” (Idem, p. 100).

⁷¹ “a expansão da quantidade de eventos contingentes que afetam todos” (GIDDENS, 1990, p. 126 apud ALEXANDRE, 2000, p. 155).

de animais e plantas, que geram efeitos desconhecidos para a saúde. A quarta fonte é o risco é a financeirização da economia, que pode gerar crises econômicas de grande escala – a crise de *subprimes* em 2008 nos Estados Unidos gerou depressão econômica no mundo ocidental.

A quinta fonte de risco é a irônica certeza da existência do risco e a impossibilidade de decifrá-lo satisfatoriamente (crise da epistemologia da ciência). A sexta fonte de riscos é sua própria popularidade, expressa na consciência bem distribuída do risco, permeada pela dicotomia a respeito da confiabilidade dos dados fornecidos para análise e a anarquia gerada pela sua total desconsideração. O sétimo padrão ou fonte é a constatação de que as práticas de perícia, auditoria, análise de dados apresentam limitações práticas, característica usualmente não revelada pelos *experts* – nenhum sistema será capaz de mensurar infinitas variáveis (GIDDENS, 1990, apud ALEXANDRE, 2000, p.155-156).

A compreensão de que as ciências e suas técnicas não serão capazes de modular ou interpretar a completude dos riscos criados na pós-modernidade não é admitida pelos *experts* e pelos modelos de predição. As incertezas e as inseguranças também são categorias da pós-modernidade e devem compor o eixo do conhecimento científico. Mais do que isso, o padrão de normalidade inerente às relações sociais na sociedade de riscos é intermediado por padrões técnicos, nos quais os leigos confiam sem conhecer as informações dos modelos de *experts*. Esta nova realidade molda as relações pessoais, até mesmo a intimidade, antes fundada nas indeterminações e subjetividades pessoais, passa a ser campo de utilização de saberes estatísticos e probabilísticos, alterando-se seu próprio valor.

Para Beck, a sociedade dos riscos é resultado da crescente automação da vida em direção a tornar a sociedade industrial cada vez mais obsoleta. Nesta nova fase, o conhecimento social, a economia pública e os riscos individuais escapam das formas de disciplina da era industrial⁷². A emergência dessa nova sociedade pode ser visualizada em duas fases. A primeira com incremento e aumento dos riscos decorrentes das ações humanas, mas ainda não são motivos de preocupação pública, isso porque permanece a auto conceituação de sociedade industrial, com a conseqüente legitimação da produção dos riscos residuais. Em um segundo momento, “a

⁷²“Anyone who conceives of modernization as a process of autonomized innovation must count on even industrial society becoming obsolete. The other side of the obsolescence of the industrial Society is the emergence of the risk Society. This concept designates a developmental phase of modern Society in which the social, political economic and individual risks increasingly tend to escape the institutions for monitoring and protection in industrial Society” (Ibidem, p. 160).

completely different situation arises when the dangers of industrial Society begin to dominate public, political and private debates and conflicts” (GIDDENS, 1990, apud ALEXANDRE, 2000, p. 160).

Neste ponto, a sociedade industrial já produz riscos e ameaças que não pode controlar, tornando algumas características dessas instituições um problema político, isso porque a sociedade ainda toma suas decisões com padrões de decisões da sociedade industrial.

Por outro lado, instituições interessadas, o sistema judicial e político são bombardeados por conflitos que decorrem da *sociedade dos riscos*⁷³, o que é bastante natural, uma vez que a sociedade de riscos “nasce e morre ao mesmo tempo, já que riscos são evitados e criados simultaneamente uns aos outros” (GLOECKNER, 2008. p. 102) A consequência direta dessa constatação é a emergência de uma nova racionalidade social, para resolver os problemas das mais diversas dimensões do Estado, desde o acesso desigual à saúde⁷⁴ às soluções de política criminal. A bem da verdade, a mudança da natureza como objeto para problema de pesquisa altera diretamente o discurso científico, ao infirmarem a certeza, tendo, conseqüentemente, mudado o âmbito do que seria a racionalidade (evitar riscos?).

Essa nova racionalidade do risco⁷⁵ em criminologia e política criminal é muito bem conceituada pela criminologia do controle de Garland e a nova penologia, trabalhada inicialmente por Johann Koehler, Gil Rothschild-El Yassi e Jonathan Simon. Por fim, além dos conteúdos trazidos sobre o risco, as obras de Giddens e Beck têm de ser analisadas a partir da crítica à epistemologia da ciência. Assim, com o risco, as incertezas e inseguranças são categorias sociológicas da pós-modernidade – modernidade reflexiva –, não devendo ser ignoradas nos discursos preditivos. As narrativas de mundo pessimista e caótico de Beck o levam a atacar o estatuto de verdade conferido à Ciência – a qual deveria ser escrita em letra minúscula. Gloeckner (2008. p. 100) também pontua essa crise, questionando se “[a]

⁷³ “On the one hand, Society still makes decisions and takes actions according to the pattern of the old industrial Society, but, on the other, the interest organizations, the judicial system and politics are clouded over by debates and conflicts that stem from the dynamism of risk society’ (Beck, Giddens and Lash 1995, pp. 05).” (Idem, p. 160)

⁷⁴ “Inequalities in class and risk Society can therefore overlap and condition one another; the latter can produce the forms. The unequal distribution of social wealth offers almost impregnable defensive walls and justifications for the production of risks. Here a precise distinction must be made between the cultural attention to risks and their actual diffusion” (ALEXANDRE, 2000. p. 162).

⁷⁵ Alexandre (2000, p. 164) explica que “[...] O risco é invariavelmente matematizado ou proporcionalizado de forma que o indivíduo possa ter alguma segurança. Quanto mais se desenvolve a sociedade de risco, mais cresce o número de pessoas que são afetadas por ele. E é porque justamente a lógica da produção de riqueza supera a necessidade de se afastar o risco que uma sociedade de risco funda-se com maior reconhecimento e importância”

investigação de uma sociedade complexa [...], deixa entreaberta a seguinte questão: é possível a contenção, minimização, redução de tais riscos? A ciência poderá enfrentá-los?”.

Como solução para a ansiedade gerada por essa crise epistemológica, fortalece-se o discurso da segurança e da necessidade do endurecimento das agências de criminalização. Segundo Gloeckner (2008, p. 163), “o fetiche causado pelo domínio dos números – algo sem dúvida apresentado pela lógica atuarial” é o método no qual se projetam as formas de solução do problema. Esse movimento pode ser conceituado como lógica atuarial, que produz uma política criminal lógica atuarial. O primeiro campo das ciências sociais que recebeu influência dessa lógica foi a execução penal, no qual a ansiedade por se medir o risco foi depositada na tradicional categoria da reincidência. Posteriormente, outras agências de criminalização foram atingidas, conforme demonstraremos a seguir, englobando as agências primárias.

1.3.2 Política criminal atuarial – risco e reincidência na execução penal.

A subjetivação dos indivíduos por uma racionalidade neoliberal e às soluções proporcionadas ao Estado, que se aproximam em características da lógica atuarial e de eficiência, são o ponto de partida deste trabalho para a compreensão dos institutos de persecução penal da sociedade em rede, cujas características de aceleração e o direcionamento do combate – política criminal – perpassam como causa e efeito a cooperação jurídica internacional, cada vez mais visualizada a partir do auxílio direto. Considerando ainda que o paradigma do Estado mercado trouxe às instituições responsáveis pela criminalização secundária⁷⁶ a receita da eficiência a partir da objetividade do cálculo atuarial do risco para as políticas de segurança pública e execução penal, é imprescindível discorrer sobre as análises de Maurício Dieter sobre o que se intitula política criminal atuarial.

O gerencialismo de riscos é promovido a partir do conceito de eficiência, que já teve suas bases de subjetivação amplamente debatidas, sendo instrumentalizado a partir da lógica atuarial, raciocínio do qual as ciências criminais não ficaram ilesas. Neste sentido Maurício Dieter (2012, p. 173-174) aponta que a política criminal atuarial é compreendida por “[...] diferentes discursos e técnicas em função de um só objetivo. A retórica do risco legitima o uso

⁷⁶ Zaffaroni conceitua que “a criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na da liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciativas e admite um processo” (ZAFFARONI, 2003, p. 44-45).

de instrumentos de cálculo atuarial para reorientação do sistema de justiça criminal, cujo fim imediato é o controle social de coletivos sociais, não de pessoas concretas”. De acordo com autor, o apontado fenômeno tem como objetivo a racionalização das estratégias de controle e a incapacitação seletiva da nova classe de criminosos perigosos.

Nas primeiras três décadas do século XX nos Estados Unidos, deu-se o início da aplicação dessa lógica na execução penal, com a combinação de sentenças criminais cujo tempo de cumprimento é apresentado por um intervalo extenso – “de quinze anos à prisão perpétua – e o incremento de poder dos conselhos administrativos (*parole boards*) para a concessão de benefícios de “progressão” aos detentos⁷⁷. Assim, devido à necessidade de individualização da pena, o tempo de cumprimento passou a ser objeto de deliberação pelos conselhos administrativos, que se viram entregues ao cálculo do risco de reincidência do apenado, ancorado em um forte movimento acadêmico, projetando-se na objetividade do resultado de quando um preso devesse ser solto.

A administrativização da execução penal afastou os apenados e seus familiares do judiciário, aumentando a dependência na busca de direito aos conselhos administrativos, que não tardaram a desenvolver métodos supostamente objetivos de realização do risco de reincidência. A bem da verdade, o subjetivismo nos criminólogos positivistas era escondido nos critérios para a realização dos cálculos, isto é, o discurso positivista científico, na teoria e prática, aumentava o encarceramento e diminuía o acesso a direitos. Entretanto, ao mesmo tempo, apresentava-se à opinião pública como um truísmo, isto porque a legitimidade do discurso científico não permitia que a ciência alimentasse subjetivismos.

A academia estadunidense gozava de extremo prestígio nessas décadas iniciais do século XX. Rapidamente, os métodos utilizados pelos *parole boards* eram subscritos pelos criminólogos positivistas. A primeira tentativa bem-sucedida foi de Ernest W. Burgess: “[...] sua pretensão de auxiliar a Comissão resultou no que se identifica hoje como a primeira proposta consistente de aplicação do cálculo atuarial no sistema de justiça criminal: o Prognasio” (BRUCE; BURGESS; HARNO, 2012). Àquele momento, Ernest Burgess se

⁷⁷ Maurício Dieter (2012, p. 50) explica que “[...] a ampla competência dessas Comissões foi assegurada tanto pelo Legislativo quanto pelo Judiciário e incluía, em síntese, as faculdades de (a) definir em abstrato os critérios que tornam um preso elegível para o benefício, (b) decidir concretamente sobre sua concessão, denegação ou revogação, (c) estabelecer as condições a serem cumpridas pelo condenado em liberdade e o grau de supervisão e, por último, (d) recomendar, endossar ou conceder indultos, perdões e comutações de sentenças, inclusive nos casos de pena capital”.

destacava como sociólogo em ascensão, intimamente conectado com o Departamento de Sociologia da Universidade de Chicago, que estava vinculada a estudos da sociologia estatística, talvez ainda presos à pretensão de serem a física social, de naturalizar (ciências naturais) o conhecimento das humanidades.

Da perspectiva da legitimidade da produção de conhecimento, o *Prognasio* formulado por Ernest Burgess e as tabelas sintéticas do casal Eleonor e Sheldon Glueck na Universidade de Chicago davam o arcabouço teórico para sustentar métodos objetivos de análise pelos conselhos administrativos. Naturalmente, os burocratas – na busca por mais eficiência – eram entusiastas das medidas, especialmente pela blindagem que o argumento de autoridade acadêmico fornecia. Concomitantemente, no viés de aplicação prática, o Departamento Penitenciário do estado de Illinois foi precursor da lógica atuarial nos Estados Unidos (HARCOURT apud DIETER, 2012).

Não tardou para que um processo de execução administrativizado, apontado como eficiente, objetivo e longe das garantias e formalidades do judiciário, se apresentasse como uma solução para além da prevenção especial positiva, isto é, o sucesso dos formulários e seus cálculos ganharam adeptos noutros braços da justiça criminal. Mas, antes disso, nos anos 70, as autoridades federais dos Estados Unidos instituíram métodos de atuariais nos *parole boards* em todo o país, o resultado deste esforço foi o guia estatístico *Salient Factor Score* (SFS). A amplitude dessa medida confirma o argumento, antes da unificação dessa política, entre os anos 30 e 70, somente dois estados estadunidenses utilizavam os apontados métodos. De acordo com Maurício Dieter (2012, p. 74), “[seu uso] aumentou progressivamente a partir da década de 80 seguindo uma curva exponencial cujo ápice se define no trânsito entre os séculos XX e XXI [...] em 2004, as “Parole Boards” de 23 (vinte e três) estados americanos utilizavam [*Salient Factor Score* (SFS)] oficialmente”.

Este é o marco de nascimento da nova penologia que se funda em premissas diametralmente opostas ao do Estado de bem-estar social, cujo objetivo de ressocialização dos indivíduos é completamente abandonado e passa-se a constituir a execução penal, ou a política criminal de forma mais ampla, um método de gerenciamento de riscos de uma criminalidade perigosa. A prisão se tornou um espaço de neutralização desses riscos, ou melhor, a vida das pessoas se tornou um risco a ser gerenciado pelo Estado.

Naturalmente, essa transição do *truth sentencing* (discussão de culpabilidade e individualização das penas) para o *smart sentencing* (penas para poucos a partir da redução de riscos) dependia ainda da viabilidade econômica. O discurso era ludibriante. O custo com as prisões iria reduzir drasticamente com a utilização justificada de métodos atuariais para criminosos de alto risco. No médio prazo, o método levaria ao desencarceramento, fazendo com que as condições humanitárias melhorassem nos presídios.

Em outras palavras, o aumento da eficiência na gestão levaria à economia de dinheiro público e à melhora na condição de vida dos presidiários. Notadamente, no marco econômico do neoliberalismo, “alegava-se à época que sem a interferência das normas jurídicas e do controle jurisdicional os gestores poderiam finalmente gozar da autonomia necessária [sobre a] criminalização, diminuindo rapidamente as taxas de criminalidade” (DIETER, p. 2012, p. 90).

Precisamente, Maurício Dieter aponta (2012, p. 94) “os pilares que definem a Política Criminal Atuarial: síntese dos instrumentos atuariais para identificação de risco com a teoria da incapacitação seletiva em busca de eficiência na gestão da criminalidade.”. O tempo demonstrou que o nível de encarceramento dos Estados Unidos e os custos adjacentes com instituições presidiárias nunca diminuíram e o número de presos cresce vertiginosamente⁷⁸. Em contrapartida, a lógica aplicada à execução penal sobe e passa a permear o discurso punitivo a partir dos agentes de criminalização secundária e, posteriormente, tornam-se a principal lógica motriz para a organização da criminalização primária.

A prisão preventiva obrigatória para crimes graves foi adotada em diversos estados americanos, notadamente, o argumento para as alterações legislativas perpassa a necessidade de gerenciar os riscos e incapacitar seletivamente criminosos perigosos. Apesar de empiricamente responsável por aumento vertiginoso de encarceramento em massa, essa forma de raciocínio se mantém e aumenta. A título de exemplo, após o atentado de 11 de setembro, criou-se, nos Estados Unidos, uma agência governamental com poder de polícia para regular o acesso de passageiros que voam com destino ao país, no qual o perfil de risco do passageiro pode inseri-lo, sem necessidade de justificação, em uma *no-fly-list* (DIETER, 2012, p. 172). Apesar da grande chance de cercear liberdades civis incorretamente, o procedimento da

⁷⁸ No início dos anos 70, a população carcerária dos Estados Unidos girava em torno de 200.000 mil pessoas. Em 2014, o mesmo dado traz o número de aproximadamente 1,5 milhão de presos. Fonte: *US State and Federal Prison Population, 1925-214*.

Transportation Security Administration (TSA) segue vigente e aplicável⁷⁹. Ainda que se possa argumentar que não se trata de uma política criminal propriamente, mas tendo em vista as teorias de encontro fortuito de provas e medidas restritivas independente de decisão judicial para casos de terrorismo, estas agências podem significar a porta da jurisdição penal na vida dessas pessoas identificadas.

Assim, a lógica atuarial na política criminal nasce vinculada à execução penal em substituição à necessidade de individualização da pena e da ressocialização do apenado, movimento que foi amparado academicamente. Posteriormente, a ideia se desloca para o eixo dos agentes secundários de repressão, inclusive com a criação de agências governamentais com este objeto precípua. Contemporaneamente, não são raros os exemplos de alterações legislativas – agentes primários de criminalização – que criam uma política criminal fundamentada com base no atuarialismo, e o pior, é esta a lógica de combate a determinadas criminalidades o objetivo central da transnacionalização do direito penal.

A sedução que este tipo de argumento possibilita é muito bem exposta por Maurício Dieter (2012, p. 188) ao afirmar que “o meio pelo qual o gerencialismo esvazia a complexidade das teorias criminológicas e, ao abrir mão da inglória missão de encontrar as raízes do crime, concentra-se exclusivamente na gestão de uma realidade que [...] não pode ser resolvida, mas apenas controlada”. A objetividade do cálculo é bastante convincente, mas isso não pode levar à continuidade de uma política criminal que ignora ideologicamente os efeitos produzidos. A célebre frase de Heidegger (2000, p. 12) de que “o Homem actual está em fuga do pensamento” foi dita poucos anos depois do pós-guerra e, geralmente, não traz o conteúdo buscado pelo autor, isto porque a referida fuga é relacionada à predação que o raciocínio matemático sobre as humanidades. A política criminal atuarial gerencia – ou foge – dessa forma a criminalidade.

1.3.3 A sociedade do controle – atuarialismo na criminologia.

As análises a respeito de política criminal atuarial trabalhadas por Dieter convergem muito bem com as análises de David Garland, isso porque, segundo este, a partir dos anos 80

⁷⁹ Em 2020, um voo foi proibido de adentrar o espaço aéreo americano por ter um passageiro na *no-fly-list* (BASSETO, Murilo. Voo da Emirates retorna ao México após os EUA impedirem entrada em seu espaço aéreo. *AeroIN*, 13 fev. 2020).

passou a existir uma nova cultura do controle, que fundou novas instituições, formas de controle da criminalidade e aumento da utilização de uma racionalidade economicista do crime. As análises de Garland referem-se em sua grande parte ao estudo da criminologia nos Estados Unidos e no Reino Unido, apesar disso, não perdem sua relevância para os países de tradição continental, até porque, como o texto vem se esforçando para descrever, essas racionalidades de política criminal transnacionalizaram-se.

Garland (2001, p. 168) aponta que, a partir dos anos 80, “*sentences of imprisonment have increased in length, average time served has increased, custodial sentences have been used in a larger proportion of cases, and the likelihood of being returned to custody from parole has greatly increased*”. Pode-se notar que o aprisionamento e o tamanho das penas cresceram, bem como a probabilidade de regressão ao sistema prisional, por outro lado, reduziu-se o uso de penas “restritivas de direitos”. Essas situações advêm do abandono da premissa do Estado de bem-estar social e necessidade de ressocializar os presos, refletindo novas formas de controlar e um novo objetivo para as agências de criminalização.

Esta nova forma de controle trouxe consigo a fundação de um terceiro setor, que, para além das tradicionais agências de criminalização, é formado por *experts* em predição e análise de risco. Esses *experts* compõem, segundo Garland, um novo aparato de repressão que se encontra em uma interseção entre o público e a sociedade civil – *borderline position*⁸⁰. A cultura do controle foi bem sucedida em trazer e organizar, direcionar a sociedade civil, as corporações, comunidades e, ao mesmo tempo, aumentar seu poder a partir de uma nova forma de controle⁸¹. Sua composição é complexa e reluz o objetivo de passar a gerenciar o crime e o criminoso:

This new sector occupies an intermediate, borderline position, poised between the State and civil Society, connecting the criminal justice agencies with the activities of citizens, communities and corporations. And while its budgets, staff lists, and organizations are relatively small (particularly compared to overall police or prisons expenditure) the development of this new infrastructure significantly extends the field of ‘formal’ crime control and its potential for organized action” (GARLAND, 2001, p. 170).

⁸⁰ “Alongside policing and penalty there has grown up a third ‘governmental’ sector – the new apparatus of prevention and security” (GARLAND, 2001, p. 170).

⁸¹ “To the extent that ‘the government’ succeeds in organizing, augmenting, and directing the social control capacities of citizens, corporations, and communities, it simultaneously extends its governmental reach and transforms its mode of exerting control” (GARLAND, 2001, p. 171).

O crescimento desse setor, fundado na autoridade da objetividade do cálculo econômico e no gerencialismo, conjuntamente à preocupação crescente com o orçamento público, desbalancearam a opinião pública da necessidade do ressocializar o apenado ou de que a pena teria caráter retributivo em direção ao gerenciamento do risco. Garland afirma que a existência de *experts* afastou pouco a pouco as agências de criminalização da perspectiva da retribuição em direção à prevenção. Assim, a cultura do controle se funda em outros critérios de relevância social, sendo a grande maioria deles na tentativa de reduzir as discussões valorativas e semânticas do direito à objetividade do cálculo, exponenciando a importância do *concern with prevention, harm-reduction, and risk management* (GARLAND, 2001, p. 171).

O diálogo entre a formulação da política atuarial da nova penologia ajuda a entender como a execução penal – talvez o espaço mais vulgarizado das ciências criminais – serviu de laboratório para essa forma numérica de lidar com o tamanho das penas. Neste particular, Maurício Dieter é preciso ao demonstrar que a lógica atuarial norteou a administrativização da execução penal, a qual, a partir do cálculo de risco de reincidência, passou a condicionar outros níveis das agências de criminalização. Complementarmente, a nova cultura descrita por Garland demonstra como esses critérios criaram em um ambiente, muito mais amplo a novas instituições, aparatos e racionalidades criminais.

a) Elementos centrais da nova cultura do controle.

Para Garland (2001, p. 175), “*this new culture of crime control has formed around three central elements: (i) a recoded penal-welfarism; (ii) a criminology of control; (iii) an economic style of reasoning*”. Sobre a primeira destas categorias, o autor explica que houve mutação de significados dos termos penal e bem-estar social. O primeiro teria se tornando mais punitivista, expressivo e securitário, conseqüentemente, o tratamento rígido e a preocupação à proteção do público foram priorizados; o segundo se tornou mais silencioso, condicionado e centrado na ofensa cometida e no risco do agente para a sociedade⁸².

⁸² “In the course of these developments, both ‘penal’ and ‘welfare’ modalities have changed their meaning. The penal mode, as well as becoming more prominent, has become more punitive, more expressive, more security minded. Distinctively, the condemnation and hard treatment of offenders, and the protection of the public have been prioritized. The welfare mode, as well as becoming more muted, has become more conditional, more offence-centred, more risk conscious” (GARLAND, 2001, p. 175).

O autor didaticamente separa a criminologia do controle em dois grandes grupos que, de igual forma, agradam aos discursos públicos sobre a necessidade de prevenção ao crime. No primeiro grupo, estaria a criminologia do outro, que insiste no discurso de desumanizar os apenados e no incremento desmedido da crueldade das penas, ou seja, o caráter retributivo da pena é colocado em última instância e o Estado passa a querer neutralizar esses agentes, em razão dos riscos de reincidência. Seria a ideia dos criminosos como “‘marginais’, ‘predadores’, ‘monstros sexuais’, ‘maus’ ou ‘malvados’, membros de uma ‘subclasse’, cada um deles sendo o ‘inimigo marcado’, em uma cultura dominante que exalta os valores da família [...]”, o que não deixa de expressar um maniqueísmo filosófico.

A criminologia do outro apresenta um caráter de negação da modernidade, reage às falhas do modernismo penal e aos arranjos da sociedade moderna tardia, reafirma as práticas de lei e ordem a partir de padrões morais absolutos, protegidos pelo discurso da tradição e do bom senso⁸³. Garland condensa essa lógica de pensamento na fala do Primeiro-Ministro Britânico John Major de que estava na hora de “*to condemn more and to understand less*” (GARLAND, 2001, p. 184)”. Passados quase trinta anos dessa fala, não é difícil encontrar conteúdos semelhantes em discussões sobre política criminal nos países ocidentais.

Do outro lado, o autor explica a simplicidade das teorias da criminologia da vida cotidiana, que são aquelas que justificam o crime com base na teoria da escolha racional, a teoria da atividade de rotina, o crime como oportunidade e a prevenção da criminalidade situacional (GARLAND, 1999, p. 64-65). Existe uma insistência na criminologia da vida cotidiana de que os criminosos fazem cálculos de utilidade (custo e benefício) de suas ações, o que evidencia a transposição de doutrinas econômicas que prescrevem os consumidores com essas exatas características.

Atualmente, não se sabe nem o grau de racionalidade das escolhas desses agentes econômicos. Diz-se isso porque são diversos ramos da economia que desmistificam essa premissa. Como exemplo, tem-se os escritos de Richard Tallher, economista estadunidense,

⁸³ “Today’s other emergent criminology – the criminology of the other – might properly be described as anti-modern in character. It reacts to the failures of penal modernism and to the social arrangements of late modern society by questioning that society’s normative codes and seeking to transform the values upon which they are built.” [...] This criminology is decidedly anti-modern in its central themes: the upholding of order and authority, the assertion of absolute moral standards, the affirmation of tradition and common sense. It is also deeply illiberal in its assumption that certain criminals are ‘simply wicked’ and in this respect intrinsically different from the rest of us” (GARLAND, 2001, p. 184).

que ganhou o Prêmio Nobel da Economia em 2015, em razão de suas pesquisas sobre economia comportamental, que minam frontalmente a ideia da existência de agentes econômicos racionais que medem suas atitudes por cálculos de utilidade diretos e relativos. Segundo este autor, um cidadão de classe média não consegue, na maioria das vezes, escolher nem mesmo o melhor plano de saúde para suas necessidades, considerando-se sua renda familiar (THALER; SUNSTEIN, 2008. p. 292-294).

Entretanto, partindo-se da premissa de que os criminosos agem dessa forma, a estratégia de combate à criminalidade passa por reduzir as oportunidades para a ocorrência de crimes. De acordo com Garland (1999, p. 66), “essa nova abordagem dedica-se a substituir o dinheiro vivo por cartões de crédito, embutir travas nas colunas de direção dos automóveis, contratar vigias nos estacionamentos e colocar circuitos internos de televisão nos shoppings [...]”. O mais importante para os adeptos desta corrente é se preocupar com a criação de engenharias situacionais para a prevenção ao crime, ao invés das incansáveis discussões sobre o crime ser um problema que se resolve com engenharia social. A bem da verdade, a criação de engenharias situacionais é uma lógica que pode ser mais facilmente privatizada, de modo que cada cidadão pode criar uma pequena solução situacional individual para um problema coletivo, dito de outra forma, traz-se o particular para o âmbito da solução da criminalidade para além do Estado.

Abre-se, nesta frente, a possibilidade de endereçar as políticas criminais às organizações, às instituições e aos indivíduos da sociedade civil (GARLAND, 1999, p. 66), característica que possibilitou o surgimento do terceiro setor, já trabalhado acima.

A última das três características da nova cultura do controle é a forma econômica de pensar a criminalidade. De acordo com Garland, muito da discussão sobre criminalidade no século XXI foge das questões sociais, esquecendo-se que o crime tem causa e resolução neste âmbito, dando-se enfoque às decisões econômicas, tornando-se forte interna e externamente na forma de pensar dos agentes de criminalização⁸⁴.

Portanto, a criminologia do controle se expressa nessas duas grandes formas de pensar o problema da criminalidade e suas soluções que, apesar das diferenças entre ambas, repousam

⁸⁴ “[...] In short, it has become a chapping force in criminological thought and action, both inside and outside the criminal justice agencies” (GARLAND, 2001. p. 188).

em três pilares centrais: foco no controle preventivo do crime, normalização dos índices de criminalidade e ações com objetivo de esvaziar políticas criminais de bem-estar social.

Neste contexto, percebeu-se uma saturação do trabalho de campo das polícias, que viram um aumento contínuo do uso de tecnologias de auditorias, com aplicação de métricas de custo-benefício e uma nova lexicografia sobre os fatores de risco⁸⁵. Concomitantemente à normalização dos altos índices de criminalidade e à privatização das soluções de engenharia situacional, os primeiros a utilizarem essa nova nomenclatura foram as companhias de seguro, que desenvolveram formas de analisar a possibilidade do lucro e a probabilidade de ocorrências de gravames. A utilização dessa forma de racionalidade economicista no pensamento criminológico começa no terceiro setor e invade as discussões públicas, até porque, na visão política, a velha forma de enxergar a criminalidade não havia funcionado.

As análises de *law and economics* já haviam ganhado o mundo à época com Gary Becker e Richard Posner, os quais obtiveram êxito em demonstrar que era possível a criação de modelos econômicos para analisar os mais diversos ramos do direito. Contudo, essas análises desconectadas dos referentes axiológicos e das discussões valorativas de cada área do conhecimento podem se demonstrar extremamente empobrecedoras, “*though its poor fit with the substantive rationality of ‘doing justice’*” (GARLAND, 2001. p. 190). Garland vê ainda uma fuga do pensamento social para o econômico, mas, talvez, a forma mais apurada de análise seria identificar que os elementos centrais das teorias econômicas foram sendo transpostos às demais ciências sociais.

Apesar desta divergência sutil de perspectiva, Garland apresenta uma descrição muito precisa do fenômeno, que reivindica sua citação na íntegra (GARLAND, 2001. p. 65):

Por racionalidade “econômica”, não quero dizer simplesmente que as considerações da relação qualidade/preço e de coerção fiscal tornaram-se, hoje em dia, excessivamente determinantes, ao ponto de se explicitarem nos aspectos do discurso e da prática da repressão criminal — embora este seja certamente um traço característico da cena contemporânea. Quero, com isso, chamar a atenção para a dependência crescente para com uma linguagem analítica do risco, da racionalidade, da escolha, da probabilidade, da determinação de alvos, da oferta e da demanda de ocasiões — uma linguagem que transfere as formas “econômicas” de raciocínio e de cálculo para o campo da criminologia; para a importância crescente de objetivos como

⁸⁵ “[...] The crime control field – from crime prevention work and policing to the prison regime and the practice of parole – has become sutured with technologies of audit, fiscal control, measured performance, and cost-benefit evaluation. The old language of social causation has been displaced by a new lexicon (of ‘risk factors’, ‘incentive pricing’) that translates economic forms of calculation into the criminological field” (Ibidem. p. 188-189).

a compensação, o controle do custo e a redução dos danos; e, enfim, para o recurso crescente a tecnologias como o auditoria, o controle fiscal, a competição de mercado e a gestão restrita à tomada de decisão do controle penal.

De forma geral, a forma como Garland descreveu o nascimento desta nova sociedade do controle ainda nos anos 90 impressiona pela proximidade com que ele se encontrava do fenômeno, mas a análise dele não estava isolada. O autor francês Gilles Deleuze, assíduo leitor da obra de Foucault, defende que a sociedade disciplinar deixou de existir e que foi substituída pela sociedade do controle, segundo ele, “deixamos para trás as sociedades disciplinares, [...] não somos mais isso” (DELEUZE, 1992, p. 215-216). Assim, os dispositivos de disciplina foram substituídos por dispositivos de controle, que têm como principal característica a possibilidade de utilização de códigos e linguagens que tornam os indivíduos em divisíveis.

Não seria mais necessário ordenar ou disciplinar as multidões, uma vez que elas seriam analisadas por seus dados, amostras de consumo, biodados e a partir da predição de padrões de repetição⁸⁶. A utilização desses dispositivos de controle pelas agências de criminalização é um dado natural contemporaneamente, a exemplo dos bancos de dados genéticos de agressores sexuais ou a identificação de seus locais de moradia vitaliciamente, o que foi recentemente aprovado no Brasil pela lei n. 14.069/20.

O risco, a eficiência, a probabilidade e a estatística são manifestações do giro epistemológico que ocorreu na pós-modernidade, na qual a impossibilidade de gerir as infinitas variáveis não são reconhecidas pelos *experts* que, ao contrário, diante dessa impossibilidade, geram mais controle com o discurso da predição. No contexto da globalização, essas inseguranças formam consensos transnacionais, projetados no direito penal.

1.4 O Alcance: Direito penal transnacional e suas consequências jurídicas.

A cooperação jurídica internacional perpassa categorias clássicas de direito internacional público e das ciências criminais. Neste particular, é essencial a compreensão de como ela se relaciona com que alguns autores denominam de direito penal internacional ou direito penal transnacional, o que nos parece adequado. Assim, é comum a visualização da

⁸⁶ Vários exemplos são possíveis para traçar a relevância da análise de dados, dos mais simples como a utilização de aplicativos de música que predizem o gosto musical do usuário, até mesmo a regulação dos bancos de dados genéticos de agressores sexuais.

harmonização dos ordenamentos domésticos com a criação de novos tipos penais, ficando o outro lado da moeda – a cooperação – negligenciada no debate da formação desse sistema.

Isso ocorre porque definições clássicas fazem uma separação rígida entre a esfera de direito nacional e a do direito internacional, baseados na ideia de uma soberania vestfaliana (SLAUGHTER; BURKE-WHITE apud NIJAMN; NOLKAEMPER, 2007. p. 110). A justificativa está no fato de que o desenvolvimento dos Estados modernos passou, necessariamente, pela definição territorial e a soberania das decisões políticas neste espaço. Esta concepção está voltada a um direito internacional circunscrito naquele tempo, cuja preocupação estava em problemas *interstate* (entre os Estados), tais como a regulação de imunidades diplomáticas ou mesmo direito dos barcos em alto mar (SLAUGHTER; BURKE-WHITE apud NIJAMN; NOLKAEMPER, 2007. p. 110-111).

Assim, defender a absoluta separação entre os campos não é um raciocínio adequado, tampouco suficiente para explicar o fenômeno das relações internacionais na atualidade. Em regra, essas concepções de separação entre as ordens nacional e internacional são justificadas teoricamente na posição dualista fundamental, alicerçada em uma forte interpretação positivista do direito, que é, ao mesmo tempo, incapaz de justificar a formação das complexas *redes internormatividade*⁸⁷, derivadas de inúmeras fontes transversais de direito, simultaneamente.

A partir disso, é possível verificar a existência de “*networks of national government officials of all kinds operate across borders to regulate individuals and corporations operating in global economy, combat global crime, and address common problems on a global scale*” (SLAUGHTER; BURKE-WHITE apud NIJAMN; NOLKAEMPER, 2007. p. 117). E, com base nestas relações, a conclusão correta é que os estados soberanos “[are] *not losing power so much as changing the way that it exercises its power*”. Dito de outra forma, as formas de cooperação jurídica podem ampliar a soberania dos estados, a partir do momento que violações ao direito de toda natureza não ficam circunscritas geograficamente, uma vez que a busca por elementos de informação e atos processuais pode ser realizada por autoridades situadas em diversos países.

Naturalmente, o fenômeno pode ser visto positivamente, analisado a partir da convergência axiológica dos direitos fundamentais e dos direitos humanos. Neste sentido,

⁸⁷ “as relações entre redes jurídicas e, no interior de uma rede, entre os conjuntos normativos simultaneamente aplicáveis” (DELMAS-MARTY, 2005. p. 257).

Slaughter e White (2007) apontam três formas de fortalecer as relações interestatais em prol da amplificação dos direitos humanos⁸⁸, são elas: o fortalecimento do direito doméstico; apoio aos governos locais e a cobrança de condutas assumidas internacionalmente. Todas as formas apontadas passam por, a partir do direito internacional, fazer com que os Estados apliquem a coercibilidade inerente ao direito doméstico no sentido de satisfazer o que fora pactuado internacionalmente, fenômeno que compõe o conceito de harmonização, que é a principal ferramenta para a construção de uma normatividade transnacional, intenção que se percebe já do título do artigo dos autores: “*The future of the international law is domestic*”.

O argumento dos autores, ao tratar, metaforicamente, sobre o futuro do direito internacional, coloca como ponto central a influência transnacional no fortalecimento das relações domésticas entre os Estados. Em matéria penal, a assinatura de acordos bilaterais/multilaterais de auxílio direto concretiza a ideia de segurança jurídica que interessa aos atores da cooperação sob esse marco.

As apontadas técnicas utilizadas e o estabelecimento de objetivos comuns de política públicas são definidoras do sistema da transnacionalidade do direito e não do Direito Internacional. Esta diferenciação é salutar ao recorte proposto nessa dissertação, uma vez que a axiologia e o sistema no qual se insere o problema de pesquisa estão circunscritos no campo do Direito Penal Transnacional e não no Direito Internacional. Assim, o auxílio direto penal é um dos institutos jurídicos inseridos dentro daquele ramo de estudos, na medida em que possibilita a relação horizontalizada entre os Estados – atores cooperantes, balizados pelo ordenamento jurídico do Estado requerido, em regra, isto é, do direito doméstico.

Apesar de parecer preciosista, essa distinção de ramos evita confusão entre categorias, em vários momentos opostas entre si, que caracterizam cada um deles. Assim, não é de ordem prática, tampouco correta, o estudo do sistema da transnacionalidade do direito a partir de um conceito de Direito Penal Internacional *lato sensu*, definindo-o negativamente pelo que não o constitui. Não é prático porque reduz a importância de um campo de estudo relevante na formação das redes de internormatividade, talvez o mais poderoso método de formação de consensos e estabelecimento de política criminal transnacionalmente.

⁸⁸ O texto em questão coloca em oposição os termos *interstate* e *intrastate* para expressar a dicotomia de se tentar resolver problemas atuais com base em conceitos formulados, como dito acima, em contextos diferentes.

A incorretude advém da diferenciação das categorias aplicáveis a cada um dos sistemas, conforme aponta Eduardo Pitrez, a oposição entre “a proscricção de condutas ofensivas a valores considerados absolutos, de gravidade excepcional, relacionados a toda a humanidade” com a “proscricção de condutas ofensivas a valores simplesmente compartilhados entre Estados; o “caráter universal da jurisdição” em face da utilização de “mecanismos de harmonização e cooperação” e, por fim, os “sistema de normas de direito penal e internacional” e “natureza indireta” dos compromissos assumidos por Estados em tratados.

No mesmo sentido, Manuel Sesé explica que os crimes internacionais são aqueles relacionados ao direito das gentes (*ius cogens*), de especial gravidade e que afetam a toda comunidade internacional, “*se puede afirmar que los crímenes de ius cogens son los crímenes más graves e intolerables, que son prohibidos por el Derecho internacional y constituyen una seria amenaza para los intereses de la comunidad internacional*” (SESÉ, 2019, p. 163). Os crimes internacionais de segundo grau são aqueles “*que se internacionalizan a través de tratados internacionales, pero su fuente, protección, criminalización y persecución pertenecen al Derecho nacional*” (SESÉ, 2019, p. 114). O autor espanhol cita as outras nomenclaturas utilizadas por diferentes autores para distinguir os apontados ramos do direito (SESÉ, 2019, p. 52-53):

“crímenes de Derecho internacional”, “crímenes según el Derecho internacional” o “crímenes internacionales; “delitos de derecho internacional”; “crímenes internacionales, crímenes más graves de transcendencia para la comunidad internacional y crímenes de derecho internacional”; “delitos contra el derecho internacional”; “delitos contra la comunidad internacional”; “delitos internacionales”; “infracciones internacionales por naturaleza” y “delitos contra el derecho de gentes”.

Assim, independentemente da lexicografia de diferenciação, trata-se de ramos distintos, com legitimidade e interesses jurídicos próprios.

A terminologia aqui utilizada expressa a filiação deste trabalho às definições de Niel Boister (2003, p. 956), o qual diferencia os conceitos de Direito Internacional *stricto sensu* do sistema autônomo do Direito Penal Transnacional de harmonização do direito doméstico. Neste sentido, Eduardo Corrêa (2017, p. 88) aponta a necessária e urgente redesignação do espaço da política criminal em âmbito internacional, segundo ele, “[apoiar] a designação direito penal transnacional (*transnational criminal law*), em um sentido largo, no seio do qual se deve compreender a matéria atinente à política criminal transnacional”.

Diversos organismos internacionais também já trabalham com a diferenciação dos conceitos no dia a dia de suas atividades⁸⁹. A usual nomenclatura de direito penal internacional em sentido amplo, feita por exclusão em relação ao Direito Internacional próprio, não é suficiente para denominar ramo de estudo que expressa sua tamanha relevância nos mais de 200 tratados internacionais firmados entre os mais diversos Estados soberanos.

Neste sentido, uma tabela explicativa ajuda detalhar as diferenças entre ambos:

Quadro 1 – Direito penal transnacional (DPT) x Direito penal internacional (DPI)

	DPT	DPI
Orientação do sistema	Horizontal	Vertical
Razão formal da criminalização inter/transnacional	Presença de elemento fenomenológico ou normativo transnacional	Graves violações de direitos humanos
Descrição do enunciado normativo internacional	Compromissos internacionais de criminalização	Tipos penais internacionais
Descrição do fato enunciado na norma internacional	Crimes transnacionais	Crimes internacionais
Prescrição	Sim	Não
Reserva de lei nacional	Sim	Não
Responsabilidade penal individual	Nacional	Nacional/Internacional

⁸⁹ O escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC) apresenta a mesma diferenciação: “Although negotiated and adopted through international law mechanisms, the legal instruments mentioned under Key issues differ from traditional public international law (PIL) instruments as they mainly relate to so-called transnational law. Unlike PIL, which is principally concerned with States and with regulating the conduct of States and international organizations, and their relations inter se, and with some other persons, transnational law concerns a broader spectrum of subjects, including States, international organizations, governments, multinational and national companies, natural and legal persons that perform activities or have influences across states lines (American Law Institute, 1987). These areas and activities are normally regulated by domestic law, and usually cross borders or have an implication or impact that transcends national boundaries.” Disponível em <<https://www.unodc.org/e4j/en/firearms/module-5/key-issues/international-public-law-and-transnational-law.html>> Acesso em 01 jul. 2020.

Responsabilidade internacional	Estado	Indivíduo
Jurisdição penal internacional	Não	Sim
Jurisdição internacional de tribunais de direitos humanos	Sim/Não	Sim
Imunidades	Sim	Não

Fonte: elaborado por Eduardo Corrêa

Os tratados bilaterais e multilaterais compreendem uma gama de harmonizações (relação entre ordenamentos) e regulam os atos de cooperação (relação entre os Estados) que visam à criminalização de delitos não previstos sob jurisdição única ou universalizável convertendo-os em um poderoso sistema, com alcance muito mais amplo e cotidiano, do que o conjunto de crimes de competência do Tribunal Penal Internacional. Alguns são abordados e disseminados de forma tal abrangente que se poderia falar em regimes globais de proibições, a exemplo do combate ao terrorismo que, apesar de pouco frequente em muitos lugares do mundo, é previsto e combatido por inúmeros acordos bi/multilaterais, especialmente com a utilização *compliance* bancário e financeiro.

A responsabilização individual em casos como o supracitado não passa por órgão com competência internacional, ao contrário, diante do compromisso de criminalização de condutas como estas, são os Estados que passam dentro de seus ordenamentos a promover o processamento desses fatos. A referida redesignação ainda possibilitaria maior clareza na percepção dos principais elementos distintivos de ambos os ramos do direito “penal internacional”, atuando como obstáculo à contaminação entre os diferentes sistemas.

O Tribunal Penal Internacional é inovador neste aspecto, uma vez que a doutrina nunca se apresentou de forma unânime sobre quais seriam os crimes de natureza internacional, os quais poderiam gerar responsabilidades individuais com base nos costumes internacionais (direito consuetudinário). Esta dificuldade se apresenta por três razões, como aponta o Eduardo Pitrez (2017, p. 92): (i) às dificuldades e divergências na identificação do que configuraria o direito consuetudinário internacional, (ii) às semelhantes dificuldades e divergências do que se qualificaria como *jus cogens* e (iii) ao critério utilizado para proceder à distinção”. Assim, a

criação desse tribunal não encerra a discussão, mas é possível extrair um referencial normativo mínimo sobre os quais os Estados optaram por se submeter a ele ao internalizarem o Tratado de Roma⁹⁰. Para os países membros da União Europeia, os crimes de especial gravidade são definidos por diretivas do Parlamento Europeu, que são vinculativas aos membros⁹¹.

O “alcance” dos interesses e das políticas criminais ganham abrangência no mundo a partir da constituição de crimes de Direito Penal Transnacional que se expressam em tratados e, conseqüentemente, em compromissos de tipificação – reserva de legalidade. Como dito, a abrangência de algumas políticas criminais é tão ampla que são denominadas de regimes globais de proibição, o que se passa a expor adiante.

1.4.1 Fases constitutivas de um regime global de proibição.

Ethan Nadelmann dedicou a vida de estudos a críticas ao *war on drugs* e, como resultado colateral de suas pesquisas, descreveu como são formados os regimes globais de proibição, que são fenômenos compreendidos pelo autor em cinco fases distintas de formação. No primeiro estágio, os Estados encaram um novo fenômeno e o enxergam legitimamente, a pirataria e o tráfico de pessoas não europeias são bons exemplos; nesta fase os Estados se preocupam com a prudência política no âmbito da diplomacia. A segunda fase é aquela que se começa a enxergar negativamente o fenômeno. Juristas internacionais, grupos religiosos ou “empresários morais” deslegitimam tais condutas gradualmente e passam a cobrar uma postura pública a seu respeito.

⁹⁰ O Congresso Nacional brasileiro emendou a Constituição Federal a fim de possibilitar a submissão à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, isto é, a possibilidade de estar sob jurisdição internacional foi uma concessão, democrática, do direito doméstico, colando o Brasil no rol de países que se sujeitam aos costumes e ao TPI de forma ampla.

⁹¹ “*la Unión Europea, a través del Parlamento Europeo y del Consejo, a los efectos que ahora importan, dicta, a través de directivas, normas mínimas que definen delitos y penas de «especial gravedad» y que «tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de estos delitos o de una necesidad particular de combatirlos según criterios comunes».* Los «ámbitos delictivos», o tipos penales, sobre los que pueden recaer estas directivas definitorias de normas mínimas son, por el momento, sobre las siguientes categorías de eurocrímenes de la UE: terrorismo, trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, tráfico ilícito de drogas, tráfico ilícito de armas, blanqueo de capitales, corrupción, falsificación de medios de pago, delincuencia informática y delincuencia organizada. Esta lista de eurocrímenes de la UE, inicialmente, no es cerrada, ya que el Consejo por unanimidad, y previa aprobación del Parlamento Europeo, en función de la evolución de la delincuencia, podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos, siempre que concurren los criterios señalados para los anteriores eurocrímenes (especial gravedad de los ámbitos delictivos y dimensión transfronteriza)” (SESÉ, 2019, p. 163)

De modo geral, as pessoas continuam tolerando, ou até mesmo auferindo benefício de determinadas ações, tendo em vista que ainda existe uma divergência da sua moralidade⁹².

Na terceira fase, os defensores do regime de proibição começam a defender a criminalização das atividades por todos os Estados, conseqüentemente, iniciam as discussões para formar convenções internacionais. Neste momento, os governos e os grupos organizados da sociedade civil já atuam juntos no sentido de criminalizar fenômenos vistos como naturais na primeira fase. Nadelmann aponta algumas das maneiras de pressão nessa fase: “pressões diplomáticas; incentivos econômicos; intervenções militares; campanhas de propaganda de governos para o lobby doméstico e transnacional; esforços educacionais, organizacionais e o proselitismo de indivíduos e organizações não-governamentais” (NADELMANN, apud CARLI, 2006. p. 73).

Caso esses esforços sejam bem sucedidos, inicia-se a quarta fase, com a tipificação dessas condutas ao redor do mundo e as ações políticas de conscientização e combate. Organismos intergovernamentais ou supranacionais adotam essas convenções sobre assuntos específicos e as colocam nos seus objetivos declarados. A criação do regime global de proibição do tráfico de drogas foi adotada e fomentada pela Organização das Nações Unidas, mas ainda assim é necessário lidar com a resistência apresentada pelos países que se recusam a domesticar esse regime global de proibição. Há ainda os Estados periféricos em âmbito internacional que assumem os compromissos e não praticam esforços para dar efetividade ao regime e, naturalmente, passam a ser lugares visados para práticas ilícitas.

Raras vezes a quinta fase é atingida, isso porque depende de que as condutas englobadas pelo regime global de proibição sejam reduzidas drasticamente. Na visão de Nadelmann, nenhum regime internacional conseguiu atingir esse estágio até o século XIX, já que os Estados não haviam neutralizado os vácuos de soberania ainda existentes. Ainda assim, o autor argumenta que “a capacidade de atingir o quinto estágio de desenvolvimento do regime depende basicamente da natureza da atividade criminosa e de sua suscetibilidade às medidas da justiça

⁹² O texto *Global prohibition regimes: the evolution of norms in international society*, de Ethan A. Nadelmann, foi lido no original. Contudo, tomou-se conhecimento de sua existência e pertinência na tese de doutoramento de Carla de Carli. Em razão disso e da bela tradução feita na nota de rodapé 248 na página 136 dessa tese, aponto a influência que esse trabalho teve na leitura que tivemos do texto original.

criminal, as quais podem ser fortemente influenciadas pelos desenvolvimentos tecnológicos (NADELMANN, apud CARLI, 2006. p. 73)”.

Poder-se-iam utilizar outros marcos teóricos para descrever esse fenômeno. Por exemplo, Mark Pieth que divide a transnacionalização dos tipos penais e a criação dos regimes globais de proibição em três fases, a regulação, transposição e o controle de aplicação⁹³. Contudo, cumpre-se o objetivo em demonstrar que o direito penal transnacional é construído em ambiente internacional, através da participação de diversos organismos públicos e privados, ancorado na harmonização das legislações penais e promessas de cooperação entre Estados.

É comum a visualização de argumentos genéricos que trazem que as fontes de direito internacional estão mais dispersas e que existe a superação da necessidade da soberania para *ius puniendi*. Essas considerações são imprecisas e não contemplam a complexidade do fenômeno. Geralmente, argumentos como esse vêm acompanhados de uma legitimação de grupos anticorrupção, antilavagem e demonstram como principal preocupação estar alinhados internacionalmente, descompromissados com a legitimidade das construções jurídicas.

1.4.2 A lavagem de dinheiro como um regime global de proibição.

A definição do direito penal transnacional e seus institutos próprios facilitam a verificação de que a política criminal está diretamente relacionada com questões geopolíticas e que a compreensão deste fenômeno nos tira da dimensão do marketing – espécie de positivismo científico da pós-modernidade – de olhar para instituição de um regime global de proibição da lavagem de dinheiro como uma evolução do pensamento jurídico⁹⁴. Para a descrição dos elementos normativos desse regime, utilizar-se-á da produção de Márcio Anselmo, que apesar

⁹³ A leitura que Eduardo Corrêa (2017, p. 133) faz desse modelo é que “[...] a fase regulatória trataria da produção normativa internacional, etapa na qual, em geral, os organismos internacionais, subministrados pelos Estados, exerceriam atuação preponderante nos grupos da criminalidade econômica e do crime organizado/terrorismo, sem prejuízo da influência importante da sociedade civil e do setor privado em relação a cada um dos delitos. Nesse espaço, no que diz respeito às políticas relativas ao tráfico de drogas, por exemplo, teriam participação especialmente relevante os meios de comunicação. A fase de transposição, trataria da internalização da normativa internacional, etapa na qual, no grupo dos delitos econômicos, novamente destacar-se-ia a participação do Estado e dos organismos internacionais, salientando-se, todavia, a participação de organizações não governamentais e dos meios de comunicação para o tema das medidas anticorrupção”.

⁹⁴ A história do direito não pode ser aquela tirada das codificações jurídicas no tempo, apesar de compor seu âmbito de análise, “*indocilidade dos instrumentos jurídicos*”, característica central da crítica do historiador do direito Manuel Hespánha.

de olhar para o fenômeno como uma “evolução”, faz boa sistematização desse sistema, explicando a formação das novas estruturas de *soft law* e como elas passam a compor o Direito Internacional⁹⁵ – na verdade, transnacional, como já explicado anteriormente.

Segundo Anselmo (2015. p. 18), o regime internacional de combate à lavagem de dinheiro é caracterizado pela fragmentariedade de fontes de direito e das instituições que as criam. Em razão disso, são necessárias duas perspectivas de análises; a primeira é referente à “formação [desse] regime, [que] recebeu impulso considerável a partir da criação do *Financial Action Task Force on Money Laundering* (FATF) ou *Grupo de Ação Financeira* (GAFI)”, isso porque contribui com iniciativas de estruturas transnacional de políticas de boa governança corporativa. Posteriormente, explica a tríade normativa – seu arcabouço – na qual se sustenta o sistema, “exercendo influência tanto na regulação do sistema financeiro, principal meio utilizado para a prática da lavagem, bem como no direito penal, sob a perspectiva da criminalização e na cooperação internacional” (ANSELMO, 2015. p. 19).

O autor afirma que as práticas de *compliance*, a harmonização do direito penal e o estabelecimento da cooperação entre os países são as bases que sustentam o regime internacional de combate à lavagem de dinheiro. Além disso, complementa que o GAFI, “mesmo contando com reduzido número de países membros (hoje trinta e seis), dita os padrões a serem seguidos por todos os países, membros ou não, estabelecendo inclusive sanções pela não adequação dos mesmos” (ANSELMO, 2015. p. 20). Paralelamente ao GAFI, atuam os seguintes grupos: APG Ásia e Pacífico, CFATF Caribe, EAG Eurásia, ESAAMLG África Oriental e Austral, GAFILAT América Latina, GABAC África Central), GIABA África Ocidental, Mena FATF Oriente Médio e Norte da África e MONEYVAL Conselho Europeu.

O GAFI foi constituído pelo G7 em 1989, durante a cúpula de Paris, geralmente é denominado como uma força-tarefa e teve sua importância ampliada depois dos atentados de 11 de setembro nos Estados Unidos. O ponto central para sua compreensão é que o *enforcement* retirado dos demais órgãos intergovernamentais que se vinculam às suas resoluções. O Conselho de Segurança da ONU em 2005 editou a Resolução n. 1617, que determinou firmemente que todos os Estados membros se vinculem às recomendações do GAFI. Da mesma

⁹⁵ Existe ampla discussão jurídica a respeito da natureza jurídica de suas resoluções, concentrando-se a divergência se são de *soft law* ou *hard law*. Podemos apontar duas posições neste sentido, em *Lavagem de Dinheiro: prevenção e controle penal*, Carla Veríssimo De Carli (2006) defende que são instrumento de *hard law* e, em *O Grupo de Ação Financeira Internacional*, Luis Maria Pio defende se tratar de normas de *soft law*.

forma, os aderentes às Convenções da OCDE podem sofrer sanções econômicas em caso de não implementação dessas resoluções. Além disso, a criação de Unidades de Inteligência Financeira (antigo COAF no Brasil) é requisito para ser admitido como país membro pelo GAFI, ou seja, são criados órgãos para implementarem e cooperarem nos moldes das resoluções da força-tarefa. Mais completa é a explicação de Araújo (2013, p. 13):

[...] as recomendações do GAFI consistem em medidas que os Estados-membros devem adotar para adequar seu regime e políticas internas ao padrão internacional de proibição AML. Os países considerados não-adimplentes entram para a lista de “*non cooperative countries and territories*”, NCCT. Além de perderem a condição de membros do GAFI, aos países NCCT aplicam-se as regras da Recomendação 21: as instituições financeiras dos demais países (incluindo aí o FMI e o Banco Mundial que também se pautam pelas recomendações) têm que adotar procedimentos de especial atenção às relações comerciais e transações financeiras com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas no NCCT, o que encarece substancialmente os custos de movimentações financeiras e causa danos e constrangimento aos setores internacionalizados da economia. O Brasil também é filiado ao GAFILAT, uma organização internacional regional da América do Sul, paralela ao GAFI, e que adota os mesmos padrões (Recomendações) de AML e CTF.

Em 1990, o GAFI editou 40 recomendações com o objetivo de nivelar regras financeiras e evitar que organizações criminosas lavassem capitais através de instrumentos do mercado mundo afora. Após o atentado de 11 de setembro, a força-tarefa editou mais 8 recomendações especiais sobre financiamento ao terrorismo (LOPES; ARRUDA, 2016). A posteriori, após alterações metodológicas, a força-tarefa englobou as novas recomendações nas 40 recomendações iniciais. A ampla adesão a essas resoluções tem explicações bastante pragmáticas. De acordo com Nasser (2006, p. 131), “os mercados financeiros dos países do GAFI [...] são indispensáveis e incontornáveis no processo de globalização financeira. Os demais Estados, se quiserem participar desse processo, precisam ter acesso a esses mercados”.

Como se pode notar, os padrões antilavagem produzidos por organizações privadas são reforçados por outros organismos intergovernamentais como a ONU, OCDE, Banco Mundial, dentre outros, o que o caracteriza uma rede de *soft law*⁹⁶. A título de exemplo do *enforcement* citado, a OCDE chega até mesmo a realizar rodadas de monitoramento nos ordenamentos jurídicos dos países aderentes à Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários

⁹⁶ O regime internacional de combate à lavagem de dinheiro apresenta matizes dominantes em instrumentos de soft law e levam a análise da influência desse instrumento no comportamento estatal (Ibidem, p. 19)

Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais⁹⁷, que perpassa o compromisso de tipificação da corrupção de funcionários públicos estrangeiros, regras de contabilidade, obrigatoriedade de que esse novo crime seja antecedente da lavagem de capitais, responsabilização das pessoas jurídicas e a regulação da assistência mútua recíproca.

É por isso que afirmamos que o desenvolvimento da assistência direta está necessariamente vinculado à criação desse regime de combate. O próprio nome que se dá a essa finalidade é explicativo do *porquê* os direitos dos alvos nos procedimentos de cooperação são ignorados, sob a tradicional justificativa de que a relação cooperacional se dá entre Estados – argumento semelhante fundamentou as violações dos direitos dos investigados em inquéritos policiais no Brasil durante a quase totalidade do século XX. Assim, a compreensão das finalidades da instituição desse regime de *soft law*, atualizado não sistematicamente através de resoluções⁹⁸, tende a retirar o caráter de criticidade que se deve ter a essas instituições, simplesmente por serem organismos intergovernamentais ou transnacionais privados.

Como já articulado, uma das características da nova cultura do controle é a atuação de entidades privadas que reforçam a política criminal definida por Estados privilegiados no arranjo de forças geopoliticamente, chegando a formar um novo setor de controle – privatizado, em diversas camadas e autorregulado pelos particulares.

1.4.3 As finalidades do direito penal transnacional pós-guerra fria.

O final da Guerra Fria impôs um novo cenário de geopolítica, notadamente unipolarizado, e este fato modificou a dinâmica com que as relações entre os Estados se desenvolveram desde então. Neste sentido, o apontamento de Eduardo Corrêa (2017, p. 104) é pertinente para a compreensão do tema: “sem maiores controvérsias, valorações político-criminais da grande potência econômica, política e militar emergente no segundo pós-guerra e

⁹⁷ Segundo manual produzido pela Advocacia Geral da União, “[...] o processo de monitoramento é composto por duas fases. Na primeira fase, a legislação dos Estados Partes é objeto de aferição, exclusivamente sob o aspecto da adequação normativa dos Estados signatários aos termos da Convenção. Como resultado dessa primeira fase, é elaborada uma lista de recomendações aos Estados Partes” (Controladoria-Geral da União, 2007).

⁹⁸ Deve ser destacado ainda que tais Recomendações, no caso as emanadas pelo GAFI, aqui objeto de estudo, chegam a ser inclusive citadas, a título de exemplo, para embasar jurisprudência em tribunais nacionais, como no inteiro teor do acórdão da Ação Penal nº 470, do Supremo Tribunal Federal, publicado em 22 de abril de 2013, que em várias oportunidades remete às Recomendações do GAFI, o que demonstra sua implementação inclusive sob a forma de decisões judiciais (Ibidem, p. 52)

consolidada com o fim da Guerra Fria, os Estados Unidos da América”. O autor defende esta posição e explica que antes da grande dessa ruptura geopolítica, intentou-se, por tratados, difundir outras matérias de política criminal como a imprescritibilidade de crimes de guerra (1968), contra o *apartheid* (1973), controle de armamentos (1980), dentre outras⁹⁹, mas nenhuma delas “foi capaz de mobilizar as agências penais nacionais em escala global”.

A apontada desigualdade no campo das relações diplomáticas não é privilégio do direito. Existe um campo de estudos nas Relações Internacionais que se dedica à predição de como ocorrerão relações (militares, tecnológica, humanitária) entre países de diferentes *status* em nível mundial. Destas constatações surgem formulações científicas do fenômeno, tais como a teoria da ampla cooperação e a teoria da cooperação restritiva¹⁰⁰. Este excursus é para fundamentar que o fim da Guerra Fria estabeleceu um novo paradigma não só no direito, especialmente na geopolítica, sendo suas consequências visualizadas por diversos prismas, aqui, a cooperação jurídica no âmbito da existência de um regime antilavagem.

Apesar da estatura que os regimes globais de punição alcançam com o rapto da racionalidade diversa (colocada à margem), essa característica, por si só, não confere legitimidade à política criminal estabelecida. Assim, “é oportuna a consideração de que [...] a política criminal transnacional em sua manifestação contemporânea, estão ‘no centro das relações de poder’, não somente dentro das sociedades, mas também entre elas” (CORRÊA, 2017, p. 115). Não por outra razão, as Convenções Internacionais tendem a justificar a proteção universalizada dos direitos humanos a partir da criminalização – objetivo expresso na Convenção de Viena e em muitas outras –, ou seja, visto da perspectiva da vítima dos crimes tipificados, o que é exemplificativo das racionalidades aplicadas e o poder exercido entre as nações para sua defesa em escala globalizada.

Cancio Meliá (2009, p. 10) adverte a respeito da possibilidade de que haja a “[a contaminação] de outros âmbitos de incriminação. No mesmo sentido, Eduardo Côrrea aponta que, no Brasil, “[um] exemplo que convém agregar [...] é o da criminalização da lavagem de

⁹⁹ “convenções internacionais contra a escravidão (1926), contra a falsificação de moeda (1929), contra o trabalho forçado (1930), contra o tráfico de mulheres (1933) e contra o tráfico de drogas (1936). Após a fundação das Nações Unidas, a despeito da relativa paralisação no processo de internacionalização e da contaminação ideológica própria da Guerra Fria, durante o período de polarização foram promulgadas, ainda com refração sobre o direito penal, convenções contra a discriminação racial (1966).” (CORRÊA, 2017, p. 104.)

¹⁰⁰ Ambas as perspectivas teóricas estão vinculadas a previsões de como ocorrerão as relações internacionais em contextos de unipolaridade, bipolaridade ou multipolaridade entre nações de diferentes *status* internacionais na geopolítica, isto é, relações entre potências, potências e países periféricos, dentre os outros cenários possíveis.

dinheiro, surgida como compromisso internacional dos Estados vinculado, inicialmente, ao tráfico internacional de drogas” (CORRÊA, 2017, p. 96). Posteriormente, a genealogia do argumento foi aplicada a outros ramos do direito, tornando-se, inclusive, como já articulado, o carro-chefe da persecução ao terrorismo e da criminalidade financeira em geral. Estes comportamentos trazem consigo a genealogia de orientações político-criminais de combate em uma sociedade sob o paradigma da autorregulação regulada, que terceiriza a responsabilidade da persecução criminal aos particulares, o que também é apontado por Silva Sanchez (2013, p. 87) como uma das razões da expansão do direito penal.

Contraditoriamente, os Estados Unidos, que mobilizaram o combate ao tráfico de drogas e ao terrorismo, com vinculação aos planos de articulação antilavagem no mundo, no campo das garantias – forma essencial de se fazer a defesa dos direitos humanos em nível internacional – não são signatários de tratados sobre direitos humanos, tal como a Convenção Americana dos Direitos Humanos ou, tampouco, aderiram ao Tribunal Penal Internacional. Dito de outra forma, o caminho utilizado para a defesa dos direitos humanos é aquele que se traduz no aumento da criminalização, harmonizando-se o objeto e a dinâmica do combate, como visto, com a conseqüente transnacionalização do método, que também é utilizado para a corrupção transnacional extraterritorial estadunidense, conforme se verá adiante.

No contexto geral do primeiro capítulo, compreendemos que as criminalidades transnacionais podem constituir um regime global de proibição, amparadas transnacionalmente nas formas e soluções jurídicas possibilitadas pelo Direito Penal Transnacional, criando-se um “alvo” para direcionar o discurso de combate. Assim, ainda que os bens jurídicos tutelados por essas políticas criminais sejam legítimos, a forma de sua realização – administrativizada e *ex ante* – com a utilização do crime de lavagem de dinheiro e o gerencialismo do risco como a “ferramenta”, vulneram a dimensão dos direitos individuais na assistência direta.

Além disso, a definição da “base” buscou interpretar as subjetividades que transpassam a criminalidade transnacional em um sociedade pós-moderna, extremamente acelerada e que, economicamente, é marcada pela financeirização. Pode-se, evidentemente, discordar dessas categorias, mas o que importa é a compreensão que a ciência do direito se estrutura a partir de metodologias aplicadas a categorias intrinsecamente vinculadas a valores jurídicos. Isso não quer dizer que tenhamos a liberdade de escolher qualquer significado a qualquer coisa, mas, tão somente, que a interpretação do fato crime nasce dos fenômenos.

Caso se considere desnecessária a conceituação do atual formato organização de Estado-mercado, ainda assim a globalização dos mercados financeiros continua a ser um dado da contemporaneidade. Da mesma maneira, aqueles opostos aos conceitos de subjetivação ou penalidade neoliberal, em regra, defendem a necessidade do combate às organizações criminosas e a lavagem de dinheiro transnacionalmente, ou seja, os fenômenos serão necessariamente mais amplos que nossas interpretações teóricas.

Finalmente, expusemos as categorias de criminologia, política criminal e geopolítica que nos orientam, bem como as interpretações filosóficas e sociológicas, diacronicamente. Agora, passa-se a descrever e prescrever as categorias dogmáticas da cooperação jurídica internacional em matéria penal no ordenamento nacional, especialmente a assistência direta.

Capítulo 2 – Categorias dogmáticas aplicáveis à Cooperação Jurídica Internacional.

A Constituição Federal 1988 constituiu um Estado Constitucional Cooperativo (HÄBERLE, 2003, p. 64-66), nas acepções de Peter Häberle e, reconhecendo que a jurisdição penal é um poder/dever e regida pela necessidade, a cooperação também o é. De fato, o Brasil é signatário de diversas convenções e tratados internacionais que inovam em matéria penal e processual penal – o auxílio direto em matéria penal retira deles suas fontes de direito. Essa situação isoladamente não garante que as interpretações constitucionais sobre esse instrumento processual convirjam com os axiomas das ciências criminais. Diante disso, ainda na introdução do capítulo, é necessário condensar as teses que orientam a interpretação de hierarquia normativa e sistêmica do presente trabalho, tendo em vista a existência de múltiplas fontes de direito penal transnacional aplicáveis no território brasileiro; duas premissas são essenciais.

A primeira delas é a utilização da técnica de interpretação conforme¹⁰¹, no sentido de possibilitar um modelo de cooperação dialógico, esta técnica promove “[um] diálogo de fontes, na medida em que conduz a um processo interpretativo de harmonização, promovendo atribuição ou exclusão de sentido para compatibilizar duas referências normativas” (CORRÊA, 2017, p. 352). Este método tem como pressuposto o estabelecimento do princípio da regra mais favorável, isto é, “são inadmissíveis quaisquer efeitos constitutivos ou agravadores da responsabilidade penal derivados do relacionamento internormativo entre norma nacional e tratado ou outra fonte internacional em matéria penal” (CORRÊA, 2017, p. 386).

Estabelecidas estas duas premissas, sobre as quais mais se dirá afrente, especialmente sobre o método de interpretação dialógica que orienta o trabalho. Da mesma forma, não reconhecemos validade às teorias que enxergam a cooperação jurídica em matéria penal como relação exclusiva entre Estados, afastando a incidência de direitos fundamentais, isto porque, uma vez incluído o particular na relação – instrução de processos e investigação criminais – os interesses e finalidades do Direito Internacional Público devem se reorientar no sentido de criar um ambiente em que a jurisdição penal seja lugar de garantia e do exercício de defesa. Dito isso, o capítulo tem como objetivo a descrição do ambiente de cooperação em matéria penal que existe no Brasil, suas fontes, fundamentos e limites de utilização, vistos da ótica do Direito

¹⁰¹ Eduardo Côrrea (2017, p. 353) aduz que “a interpretação conforme promove o que, na dicção da Delmas-Marty, se desenvolve no âmbito da margem de apreciação: conduz o direito internacional ao direito interno, e ao reverso, o direito interno ao direito internacional”.

Internacional Público e Direito Processual Penal. Evidentemente, esta forma de separação é por questões didáticas, uma vez os assuntos se entrelaçam, sendo, impossível diferenciar onde começa e termina cada um dos ramos.

No que se refere ao método de pesquisa, este caracteriza-se como uma pesquisa *documental-normativa* (FINCATO; GILLET, 2018. p. 50), porquanto organiza didaticamente as fontes de normatividade legislativas que são necessárias para responder o problema de pesquisa proposto – convenção internacionais, tratados bilaterais, norma de direito vigentes no ordenamento nacional – e apresenta, também, os métodos de interpretação dessas normas em relação às fontes nacionais, internacionais e transnacionais de direito penal e processual penal. Trata-se, paralelamente, de pesquisa documental-prescritiva, porque orienta de que forma os institutos jurídicos devem ser aplicados aos casos concretos dentro de uma moldura de soluções jurídicas corretas, que é influenciada pelo método de interpretação dialógica da cooperação jurídica internacional de Delmas-Marty, bem como direcionado à teoria do garantismo penal, de Luigi Ferrajoli.

A pesquisa é também teórica e se organiza dentro de modelos tradicionais de ensino jurídico, destacando fontes de direito, fundamentos e seus instrumentos jurídicos. No texto a divisão foi feita em duas partes. Parte I: “Fontes da Cooperação Jurídica Internacional nas Convenções Internacionais Multilaterais”, “Fundamentos processuais penais da Cooperação Jurídica Internacional”, “Fundamentos de Direito Público Internacional aplicáveis à Cooperação Jurídica Internacional” e “Funções declaradas da Cooperação Jurídica Internacional”; Parte II: Veículos de Cooperação Jurídica internacional, em que se aborda a natureza jurídica de cada e sua correta aplicação, tomando como fundamentos uma instrumentalidade constitucional adequada aos procedimentos instrumentais às ações penais.

2.1 Fontes da Cooperação Jurídica Internacional nas Convenções Internacionais Multilaterais.

Na primeira parte deste do capítulo, será feita uma revisão legislativa das principais convenções das quais o Brasil é signatário a partir de dois critérios: os objetos de criminalização – exemplificativo da política criminal já apontada – e o estabelecimento de protocolos de

assistência direta. Posteriormente, na segunda parte, a assistência direta e os demais veículos cooperacionais serão analisados, com especial enfoque ao auxílio direto.

Os tratados internacionais são fontes de direito internacional público reconhecidas mundialmente. O Brasil não foge à regra. A Constituição Federal determina que a competência para firmar tratados e convenções internacionais é privativa do Presidente da República¹⁰². Ao Congresso Nacional compete resolver definitivamente sobre a ratificação das avenças internacionais. De acordo com Rezek (1984, p. 267), “ratificação é o ato unilateral com que o sujeito de direito internacional, signatário de um tratado, exprime, definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se”. À exceção dos tratados que versam sobre direitos humanos, ao serem introduzidas no direito doméstico, passam a ter *status* de lei ordinária.

Ao fim e ao cabo, o estudo dos protocolos, tratados e convenções a que se refere este tópico é uma revisão legislativa a respeito do tema no Brasil. Como já articulado, a ausência de lei geral de cooperação impõe o ônus de que o estudo seja bastante fragmentado, de modo que diversos diplomas são relevantes e, muitas das vezes, possuem comandos normativos opostos para situações jurídicas idênticas.

Ainda que muito relevante, o debate teórico acerca do *monismo* ou *dualismo*¹⁰³ que definem o grau de aplicabilidade de normativas do Direito Internacional nos ordenamentos internos perdem importância para os objetivos deste trabalho, uma vez que o procedimento descrito pela Constituição Federal expõe de forma explícita que as avenças internacionais devem ser domesticadas para terem validade jurídica. O Brasil não está isolado nesta concepção, que é, inclusive, dominante no cenário internacional (CERVINI; TAVAREZ, 2001, p. 104).

¹⁰² Art. 84, inciso VIII, da Constituição Federal.

¹⁰³ “Enquanto o dualismo utiliza o critério da necessidade de mecanismos de internalização dos tratados para distinguir fontes do direito interno de fontes do direito internacional, o monismo preocupa-se com a admissibilidade da existência de conflitos entre tratados e a ordem jurídica internacional” (ARAUJO; ANDREIUOLO, 1999, p. 87).

2.1.1 Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas – Viena, 1988.

Dentre as convenções das Nações Unidas que estabelecem, notadamente, uma política criminal transnacional (AMBOS apud BRASIL; CAMPOS; COSTA, 2018, p. 127), destaca-se a Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, inaugurada pelos Estados-membros em 1988 e, posteriormente, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 154/1991. O objetivo central da Convenção é a implementação de uma sistemática de cooperação entre os Estados signatários que viabilizasse um combate “efetivo”¹⁰⁴ ao tráfico de drogas, atingindo, essencialmente, o produto da atividade ilícita e, sobretudo, as complexas organizações criminosas.

Essa convenção trouxe uma tipificação para o crime de lavagem de dinheiro no plano do tráfico de drogas, definição que deveria ser incorporada no ordenamento jurídico interno dos Estados que ratificassem o tratado. Neste sentido, a Convenção de Viena representou um importante marco legal no combate à lavagem de dinheiro – ainda que no plano do narcotráfico – na medida em que fomentou, àquele tempo, uma produção normativa conjunta com vistas a responsabilizar o ato de converter e transferir bens e valores oriundos do tráfico de drogas com o fim de ocultar ou encobrir a sua origem ilícita¹⁰⁵. Com efeito, a tutela que pretendida por este instrumento internacional é definida no texto nos seguintes termos¹⁰⁶:

[...] o tráfico ilícito gera consideráveis rendimentos financeiros e grandes fortunas que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis.
Decididas a privar as pessoas dedicadas ao tráfico ilícito do produto de suas atividades criminosas e eliminar, assim, o principal incentivo a essa atividade [...]

A avença foi determinante para harmonização dos ordenamentos jurídicos dos Estados-membros não somente nas proposições finais, ou seja, de combate ao tráfico internacional de drogas, mas essencialmente nos meios utilizados. Explica-se: o que é visto como o problema “consideráveis rendimentos financeiros” condiciona a forma de se realizar o suposto combate:

¹⁰⁴ Eficiente colocado a partir de uma lógica do *eficientismo penal*, perspectiva criminológica vinculada a discursos de maximização do direito penal e lei e ordem.

¹⁰⁵ Alínea “b”, art. 3. (BRASIL. Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. *Diário Oficial da União*, p. 12418, 27 jun. 1991).

¹⁰⁶ Idem.

impedir a perpetuação das organizações criminosas ao afetar o financiamento das suas práticas ilícitas, em outras palavras, ao bloquear os lucros que a subsidiam. Como argumentado outrora, é a mesma genealogia argumentativa aplicada, posteriormente, no combate ao terrorismo, e atualmente na criminalidade financeira em geral, que trouxeram consigo a delimitação da assistência direta como forma procedimental de “privar” os criminosos do “incentivo a essa atividade [ganho financeiro]” de forma célere.

Naturalmente, trataremos dos dispositivos de cooperação entre Estados prescritos pela Convenção de Viena, o que englobou desde normas de extradição, especialmente para incluir, para àquelas nações em que isto fosse necessário, o crime de tráfico de drogas entre as hipóteses autorizadoras dessa medida ao escopo inicial assistência direta. Inicialmente, destaca-se o compromisso de os países subscritores fomentarem a realização de acordos bilaterais¹⁰⁷ e a delimitação do objeto da cooperação. De acordo com artigo 7:

a assistência jurídica [...] poderá ser solicitada para qualquer um dos seguintes fins¹⁰⁸:
a) receber testemunhas ou declarações de pessoas; b) apresentar documentos jurídicos; c) efetuar buscas e apreensões; d) examinar objetos e locais; e) facilitar acesso de informações e evidência; f) entregar originais ou cópias autenticadas de documentos e expedientes relacionadas ao caso, inclusive documentação bancária, financeira, social ou comercial; g) identificar ou detectar o produto, os bens, os instrumentos ou outros elementos comprobatórios.

A natureza dos atos processuais delimitadas nas convenções, que estabeleceu meios e fontes de provas, procedimento cautelar específico, identificação de produto de crime, demonstra que a assistência direta, desde as primeiras formulações, é notadamente um instrumento processual penal que coloca em comunicação duas jurisdições penais com objetivos ordinatórios e instrutórios. As razões expostas no primeiro capítulo demonstram que o projeto da assistência direta não englobou a dimensão da jurisdição penal como lugar de garantia, sendo necessário fazer os recortes de convergência do instituto com um direito processual penal garantidor. A delimitação da assistência direta é tão presente nesse tratado

¹⁰⁷ Artigo 6, tópico 11 - As Partes procurarão negociar acordos bilaterais e multilaterais seja para cumprir a extradição seja para aumentar sua eficácia.

¹⁰⁸ Artigo 7, tópico 2 - A assistência jurídica recíproca que deverá ser prestada, de acordo com este Artigo, poderá ser solicitada para qualquer um dos seguintes fins;

3 - As Partes poderão prestar qualquer outra forma de assistência judicial recíproca autorizada pelo direito interno da Parte requerida.

internacional que Cervini e Tavares afirmam que “[a Convenção de Viena] constituiu um verdadeiro tratado dentro do tratado”¹⁰⁹, referindo-se ao tema em questão.

Podemos dizer ainda que as outras características da assistência direta, tal como delimitada na Convenção de Viena, advêm da tradição do direito internacional público, especialmente a competência de órgãos do Poder Executivo, que devem fazer as comunicações entre as jurisdições – com base na regra constitucional no Brasil, conforme será delimitado adiante. Neste contexto, o tratado prescreve a necessidade dos Estados de apontarem Autoridade Central para trâmite dos pedidos¹¹⁰, com a função de centralização e direcionamento dos pedidos. Além disso, o tratado prescreve o princípio da especialidade¹¹¹ para os atores cooperantes, isto é, a utilização de qualquer elemento de informação transitado entre as jurisdições está vinculada ao pedido inicial do Estado requerido, objetivando o aumento da previsibilidade dos atos cooperacionais.

As hipóteses de denegação da assistência requerida¹¹² são os limites impostos pelo objeto da convenção, o que deve se extrair dos seus institutos, e para a proteção dos interesses essenciais, soberania, segurança ou ordem pública da parte do Estado requerido. Podemos,

¹⁰⁹ Artigo 5: A assistência será prestada, embora o fato que der origem a esta não seja punível segundo a legislação do Estado requerido.

Quando o pedido de assistência referir-se às seguintes medidas:

a) embargo e seqüestro de bens;
b) inspeções e confiscos, incluindo buscas domiciliares, o Estado requerido poderá não prestar a assistência se o fato que der origem ao pedido não for punível de conformidade com sua legislação. CERVINI, Raúl; TAVAREZ, Juarez Estevam Xavier. *Princípios de Cooperação Judicial Penal Internacional no Protocolo do Mercosul*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 92

¹¹⁰ Artigo 7, tópico 8 - As Partes designarão uma autoridade ou, quando necessário, várias autoridades, com o poder de dar cumprimento às solicitações de assistência jurídica recíproca ou transmiti-las às autoridades competentes para sua execução. O Secretário Geral será notificado da autoridade ou autoridades que tenham sido designadas para este fim. As autoridades designadas pelas Partes serão encarregadas de transmitir as solicitações de assistência jurídica recíproca e qualquer outra comunicação pertinente; a presente disposição não afetará o direito de qualquer uma das Partes de exigir que estas solicitações e comunicações lhes sejam enviadas por via diplomática e, em circunstâncias urgentes, quando as Partes assim o convierem, por meio da Organização Internacional de Polícia Criminal, caso seja possível.

¹¹¹ Artigo 7, tópico 13 - A Parte requerente não comunicará nem utilizará, sem prévia anuência da Parte requerida, a informação ou as provas coligidas pela Parte requerida para outras investigações, processos ou procedimentos diferentes dos indicados na solicitação.

¹¹² Artigo 7, 15 - A assistência jurídica recíproca solicitada poderá ser denegada:

a) quando a solicitação não se ajuste ao disposto no presente Artigo;
b) quando a Parte requerida considerar que o cumprimento da solicitação possa prejudicar sua soberania, sua segurança, sua ordem pública ou outros interesses fundamentais;
c) quando o direito interno da Parte requerida proibir suas autoridades de atender à solicitação formulada com respeito a delito análogo, se este tiver sido objeto de investigação, processo ou procedimento no exercício da própria competência;
d) no caso de a assistência jurídica recíproca de atender à solicitação contratar a ordem jurídica da Parte requerida.

portanto, depreender as hipóteses de negativa da cooperação a partir análise sistêmica do ordenamento de regência do local da implementação da medida se aplica – Estado requerido.

Como se pode perceber, a Convenção de Viena é instrumento jurídico altamente complexo¹¹³. Diz-se isso porque estabelece o que se deve criminalizar – suprimir e erradicar o tráfico ilícito –; de qual perspectiva – asfixia financeira –; a amplitude das medidas – mundial por meio da harmonização do direito local; e por qual instrumento – delimitação do escopo da assistência direta. Assim, é necessário que esta Convenção seja vista como a precursora dos interesses políticos criminais apontados anteriormente, seja pela lexicografia de combate a determinadas criminalidades, seja pelo estabelecimento de medidas de harmonização dos ordenamentos penais ou pela instituição da assistência direta como importante veículo para dar exequibilidade aos interesses internacionais, que, cada vez mais se tornava (e se tornou) uma política criminal transnacional.

2.1.2 Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal – Nassau e Protocolo adicional de Manágua, 1992-1993.

Mais especificamente sobre a assistência direta, tem-se a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal, aprovada em Nassau, no dia 23 de maio de 1992, que objetivou procurar a solução dos problemas políticos, jurídicos e econômicos que surgirem entre os Estados membros¹¹⁴ e abrange os países vinculados à organização dos Estados Americanos (OEA), que é um organismo intergovernamental, rechaçando-se a opção política pela supranacionalidade neste aspecto¹¹⁵.

A Convenção de Nassau estipula pena mínima para que se dê cumprimento a atos de cooperação, os delitos têm de ser punidos com pena de um ano ou mais de prisão no Estado requerente e, ainda sobre a tipicidade penal, o tratado estabelece que a assistência direta deve

¹¹³ Analisando por outra perspectiva, mas com conclusões semelhantes, Cervini e Tavares apontam que “[a Convenção de Viena] constituiu um verdadeiro tratado dentro do tratado, por seu objeto e significação, é referência importantíssima em se tratando deste tema e, obviamente, constitui um claro antecedente do projeto ora estudado. Mais ainda, resulta o mais claro sinal que esta matéria se tem passado da mera cortesia ao compromisso jurídico. A tendência internacional marca que a cooperação jurisdicional penal não pode reduzir-se a um ato discricional ou voluntário, senão que hoje em dia constituiu um dever de princípio” (CERVINI; TAVAREZ, 2001. p. 92-93).

¹¹⁴ BRASIL. Decreto n. 6.340, de 3 de janeiro de 2008. Promulga a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal e seu Protocolo Facultativo. *Diário Oficial da União*, 04 jan. 2008.

¹¹⁵ Os efeitos da escolha política pela *intergovernamentalidade* serão mais bem explicados na alínea sobre o Protocolo de San Luis, especificamente no que tange às decorrências do Mercosul.

ser prestada mesmo que o delito objeto da assistência não seja punível segundo a legislação do Estado requerido, isto é, ausência do princípio da dupla incriminação como requisito na relação cooperacional. Todavia, para a realização de embargos e sequestro de bens, permite aos Estados que se escusem de cumprir inspeções, confiscos e busca domiciliares se contrário a seus ordenamentos¹¹⁶, assim, caso o ordenamento do Estado requerido tenha regras específicas para implementação de alguns dessas medidas cautelares, poderá denegar fundamentadamente o pedido de assistência direta.

De modo geral, a Convenção de Viena influencia o escopo da assistência direta nos tratados e convenções que a sucederam, e isso é perceptível nas características gerais do Protocolo de Assistência Mútua em Matéria Penal, a exemplo do rol não taxativo do escopo dos pedidos de cooperação¹¹⁷ que incluiu a:

- a) notificação de decisões judiciais e sentenças;
- b) recebimento de prova testemunhal e declarações de pessoas;
- c) citação de testemunhas e peritos a fim de prestar depoimento;
- d) execução de embargos e seqüestros de bens, congelamento de ativos e assistência em procedimentos relativos ao confisco;
- e) realização de inspeções ou confiscos;
- f) exame de objetos e locais;
- g) exibição de documentos judiciais;
- h) remessa de documentos, relatórios, informação e elementos de prova;
- i) transferência de pessoas detidas, para os efeitos desta Convenção; e
- j) qualquer outro ato, desde que haja acordo entre o Estado requerente e o Estado requerido.

Como o objeto deste tratado internacional é especificamente assistência mútua, ele traz normas gerais mais bem estabelecidas: inviabilidade de realizar pedido sobre crime exclusivamente militar¹¹⁸ e impossibilidade de que o Estado requerente exerça jurisdição ou

¹¹⁶ Artigo 5: A assistência será prestada, embora o fato que der origem a esta não seja punível segundo a legislação do Estado requerido.

Quando o pedido de assistência referir-se às seguintes medidas:

- a) embargo e seqüestro de bens;
- b) inspeções e confiscos, incluindo buscas domiciliares, o Estado requerido poderá não prestar a assistência se o fato que der origem ao pedido não for punível de conformidade com sua legislação.

¹¹⁷ Artigo 7. A assistência prevista nesta Convenção compreenderá, **entre outros**, os seguintes atos [...].

¹¹⁸ Artigo 8. Esta Convenção não se aplicará aos delitos sujeitos exclusivamente à legislação militar.

atividades reservadas às autoridades nacionais¹¹⁹. Além disso, regula outras espécies procedimentais: a prestação de testemunho, a transferência de pessoas e o salvo conduto.

O protocolo veda a utilização da assistência direta por particulares e suas defesas para atividade probatória¹²⁰. Alguns trabalhos já se dedicaram a analisar a violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa em razão dessas previsões, que são replicadas em diversos tratados bilaterais. Neste seguimento, concordamos com as análises realizadas pela dissertação de Ana Paula Gonzatti (2018, p. 180), que afirma nas conclusões de seu trabalho que “a afronta aos direitos da ampla defesa e do contraditório traz, por sua vez, repercussão na esfera nacional (ofensa aos direitos fundamentais) e na esfera internacional (ofensa aos direitos humanos)”. Da mesma forma, o particular tem seu direito à paridade de armas no jogo processual desbalanceado, o que geralmente é justificado com a possibilidade da atividade probatória do visado ser realizada por interesse próprio às suas expensas. O tema será ainda trabalhado em tópico próprio.

O protocolo de Nassau e seu protocolo adicional deram especial atenção ao princípio da especialidade, tendo em vista a prescrição de restrições quanto ao uso de elementos de informação colhidos no âmbito de uma assistência mútua para outros processos que não constantes do pedido inicial, sendo vedada, pela mesma razão, a publicização de elementos de informação para propósitos diversos daqueles propostos pelo Estado requerido¹²¹. Como articulado anteriormente, esse princípio tem o condão de aumentar a previsibilidade nos atos de cooperação, afastando-se a desconfiança entre os Estados sobre efeitos jurídicos desconhecidos.

¹¹⁹ Artigo 2. [...] Esta Convenção não faculta um Estado Parte a empreender, no território de outro Estado Parte, o exercício da jurisdição nem o desempenho de funções reservadas exclusivamente às autoridades da outra Parte por sua legislação interna.

¹²⁰ Artigo 2. Esta Convenção aplica-se unicamente à prestação de assistência mútua entre os Estados Partes; suas disposições não autorizam os particulares a obter ou excluir provas nem a impedir o cumprimento de qualquer pedido de assistência.

¹²¹ Artigo 25. O Estado requerente não poderá divulgar nem utilizar nenhuma informação ou prova obtida em aplicação desta Convenção para propósitos diferentes dos indicados no pedido de assistência, sem prévio consentimento da Autoridade Central do Estado requerido.

Em casos excepcionais, se o Estado requerente precisar de divulgar e utilizar, total ou parcialmente, a informação ou prova para propósitos diferentes dos indicados, solicitará a autorização correspondente ao Estado requerido, o qual, a sua discrição, poderá aceder ao pedido, ou negar, total ou parcialmente, o solicitado.

A informação ou prova que deva ser divulgada e utilizada, na medida necessária para o cumprimento apropriado do procedimento ou das diligências indicadas no pedido, não estará sujeita ao requerimento de autorização a que se refere este artigo.

Quando for necessário, o Estado requerido poderá solicitar que a informação ou as provas proporcionadas sejam mantidas em caráter confidencial, de conformidade com as condições especificadas pela Autoridade Central. Se a parte requerente não puder cumprir esse pedido, as Autoridades Centrais se consultarão para determinar as condições de confidencialidade que forem mutuamente convenientes.

Por fim, em 3 de janeiro de 2008, por meio do Decreto n. 6.340, o Brasil ratificou, simultaneamente, a Convenção de Nassau e o seu respectivo protocolo facultativo. O dado mais importante trazido pelo adendo foi a criação de uma nova hipótese de denegação da cooperação: *o pedido se referir a um delito fiscal*. Entretanto, a escusa não poderia ser aplicada a casos em que o delito for cometido por uma declaração intencionalmente falsa feita verbalmente ou por escrito, ou por uma omissão intencional de declaração, com o objetivo de ocultar receitas provenientes de qualquer outro delito previsto nesta Convenção¹²², em outras palavras, quando constituir-se como crime-meio.

2.1.3 Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais – San Luis, 1996, âmbito do MERCOSUL.

O Decreto n. 3.468, de 17 de maio de 2000, tornou o Brasil signatário do *Protocolo de Assistência Mútua em Assuntos Penais*, assinado em San Luis, na Argentina, no dia 25 de junho de 1996, que contava, à época, com o Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai como membros. Este protocolo foi tratado no âmbito do Mercosul, que é um organismo intergovernamental (mesmo modelo adotado pela OEA). Esta escolha política condiciona a interpretação de alguns conceitos jurídicos, especificamente na assistência direta. O mais importante dos efeitos é a inexistência de hierarquia das normas do Mercosul ao direito doméstico de seus membros.

Como dito outrora, muitos autores trabalham com o princípio da primazia das normas supranacionais ou das fontes internacionais para defender que limites do direito interno não sejam aplicados à cooperação em contraposição a construções presentes em tratados, até mesmo para que se dê cumprimento ao não-princípio da ampla cooperação. De pronto, não é possível falar de fontes supranacionais no âmbito do Mercosul, entendimento consolidado na obra de Cervini e Tavares (2001, p. 104): “quando o Mercosul optou pela solução intergovernamental, e não supranacional, inviabilizou *ab initio* a possibilidade de aplicação deste princípio”, inexistindo, portanto, pretensão de hierarquia.

No que tange aos atos cooperacionais, é mais um diploma internacional que se constitui sob a perspectiva de que fatos pertinentes à seara criminal são de caráter transnacional, reconhecendo, em seus exatos termos, que frequentemente as provas se situam em diferentes

¹²² Artigo 9.

Estados¹²³ e que, portanto, devem ser reforçadas as ferramentas de cooperação a fim de alcançar um objetivo internacional em comum no plano interno. O compromisso anteriormente assumido pelos Estados Partes do presente protocolo por meio do Tratado de Assunção, que cria o Mercosul, estabeleceu que, em nome da segurança jurídica das partes, os países signatários buscariam harmonizar suas legislações em função de objetivos comuns. Assim, o Protocolo de Assistência Mútua em Assuntos Penais é mais uma ferramenta de integração para consolidação dos objetivos do Tratado de Assunção – Mercosul.

A arquitetura do Pacto ajuda bastante na compreensão de seus institutos. A divisão foi feita em quatro capítulos. O capítulo I trata das disposições gerais referentes à aplicabilidade, o capítulo II sobre a forma de se cumprir as solicitações e as regras aplicáveis, o capítulo III o que poderia ser compreendido no escopo dos pedidos (o quê pedir) e, por fim, o capítulo IV aborda as disposições finais a respeito da adesão e da aplicação simultânea com outras convenções. Neste último aspecto, a estrutura da Convenção de San Luis se assemelha muito à Convenção de Nassau, tendo sido designada para ambas a mesma Autoridade Central – o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. No entanto, vale ressaltar que pedidos de assistência mútua entre países que fazem parte tanto do mencionado protocolo quanto da referida convenção são usualmente encaminhados com respaldo nesta última, uma vez que possui mais amplitude material e é mais recente.¹²⁴

Quanto à lei aplicável à cooperação que aqui se consubstancia na assistência mútua em matéria penal, o Protocolo de San Luis estabelece que será em conformidade com a lei do Estado na condição de requerido, observando os procedimentos destacados na solicitação de assistência, naturalmente, se compatíveis com o seu ordenamento jurídico interno¹²⁵. Também aqui o Estado requerido pode interferir nas condições de cumprimento, desde que devidamente

¹²³ BRASIL. Decreto n. 3.468, de 17 de maio de 2000. Promulga o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 18 mai. 2000.

¹²⁴ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional *Manual de Cooperação Jurídica Internacional: Matéria Penal e Recuperação de Ativos*. 4. ed. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019. p. 55. Disponível em < <https://www.justica.gov.br/sua-protacao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/arquivos/manual-penal-online-final-2.pdf>>. Acesso em 10 abr. 2020.

¹²⁵ Artigo 7. 1. O processamento das solicitações será regido pela lei do Estado requerido e de acordo com as disposições do presente Protocolo.

2. A pedido do Estado requerente, o Estado requerido cumprirá a assistência de acordo com as formas ou procedimentos especiais indicados na solicitação, a menos que esses sejam incompatíveis com sua lei interna.

notificado o Estado requerente¹²⁶, que também será informado sobre o seu cumprimento¹²⁷. Em relação às hipóteses que possibilitam a denegação do pedido de auxílio pelo Estado requerido, muito se assemelham ao que está presente nas demais convenções das quais o Brasil é signatário: crime militar, crime político, delito tributário, *ne bis in idem*, ordem pública¹²⁸.

As provas obtidas por meio de pedidos de assistência mútua no contexto deste pacto só poderão ser utilizadas na investigação ou no procedimento indicado no formulário inicial do pedido, salvo autorização posterior em contrário do Estado requerido¹²⁹, expressão comum que caracteriza o princípio da especialidade nos atos cooperacionais. Nos termos do protocolo, não há necessidade de dupla incriminação como óbice à prestação de cooperação jurídica internacional, o que inclusive é alvo de críticas por parte de Cervini e Tavares (2001, p. 105): “o dever de cooperação penal internacional, que impõe as novas modalidades do delito transnacional, deve encontrar seu limite natural na devida proteção dos direitos dos indivíduos”, com o que concluem dizendo que “a garantia da dupla identidade deveria ser razoavelmente exigível quando esses direitos virem efetivamente ameaçados”.

¹²⁶ Artigo 9. A autoridade competente do Estado requerido poderá adiar o cumprimento da solicitação, ou sujeitá-la a condições nos casos em que haja interferência em procedimento penal em curso no seu território.

Sobre essas condições, o Estado requerido fará a consulta ao requerente por intermédio das Autoridades Centrais. Se o Estado requerente aceita a assistência sujeita a condições, a solicitação será cumprida de conformidade com a forma proposta.

¹²⁷ Artigo 11. A pedido da autoridade Central do Estado requerente, a Autoridade Central do Estado requerido informará, dentro de prazo razoável, sobre o andamento do trâmite referente ao cumprimento da solicitação. 2. A Autoridade Central do Estado requerido informará com brevidade o resultado do cumprimento da solicitação e remeterá toda a informação ou prova obtida à Autoridade Central do Estado requerente. 3. Quando não possível cumprir a solicitação, no todo ou em parte, a Autoridade Central do Estado requerido fará saber imediatamente à Autoridade Central do Estado requerente e informará as razões pelas quais não foi possível seu cumprimento. 4. As informações serão redigidas no idioma do Estado requerido.

¹²⁸ Artigo 5. O Estado Parte requerido poderão denegar a assistência quando:

- a) a solicitação se refira a delito tipificado como tal na sua legislação militar mas não na legislação penal ordinária;
- b) a solicitação se refira a delito que o Estado requerido considere como político ou como delito comum conexo com delito político ou realizado com finalidade política,
- c) a solicitação se refira a delito tributário;
- d) a pessoa em relação a qual se solicita a medida haja sido absolvida ou haja cumprido condenação no Estado requerido pelo mesmo delito mencionado na solicitação. Contudo, esta disposição não poderá ser invocada para negar assistência em relação a outras pessoas; ou
- e) o cumprimento da solicitação seja contrário à segurança, à ordem pública ou a outros interesses essenciais do Estado requerido.

2. Se o Estado requerido denega a assistência, deverá informar ao Estado requerente, por intermédio da Autoridade Central, as razões em que se funda a denegatória, ressalvado o disposto no artigo 15, alínea “b”.

¹²⁹ Artigo 12. 1. Salvo consentimento prévio do Estado requerido, o Estado requerente somente poderá empregar a informação ou a prova obtida, em virtude do presente Protocolo, na investigação ou no procedimento indicado na solicitação.

2. A autoridade competente do Estado requerido poderá solicitar que a informação ou a prova obtida em virtude do presente Protocolo tenha caráter confidencial, de conformidade com as condições que especificará. Nesse caso, o Estado requerente respeitará tais condições. Se não puder aceitá-las, comunicará o requerido, que decidirá sobre a prestação da cooperação.

2.1.4 Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – Palermo, 2000.

A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 5.015, de 2004, estabelece o compromisso entre os países subscritores com vistas a combater, no âmbito internacional, as ações motivadas pelo lucro e promovidas por organizações criminosas. Com adesão em escala, incluindo 178 países, a convenção impõe que sejam reprimidas pelos Estados-membros a participação em um grupo criminoso organizado, além da conduta daqueles que não integram efetivamente a organização, mas que atuam em outras atividades, concorrendo para a finalidade criminosa, compreendendo também o ato de organizar, dirigir, ajudar, incitar, facilitar ou aconselhar a prática de uma infração grave que envolva a participação de um grupo criminoso organizado:¹³⁰

grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concentradamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta, ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Naturalmente, a aplicabilidade desta convenção é referente às infrações de natureza transnacional, cuja prática abranja um grupo criminoso organizado: participação em organização criminosa, corrupção, obstrução da justiça e lavagem de dinheiro. A Convenção de Palermo amplia e concretiza o objeto de *Viena* e é neste momento que o crime de lavagem de dinheiro começa a ganhar autonomia em relação ao tráfico de drogas, uma vez que se passou a admitir outros crimes antecedentes para criminalização da lavagem do produto do crime, abrangendo-se a criminalização das infrações graves e infrações principais (BRASIL; CAMPOS; COSTA, 2018, p. 130):

A Convenção de Palermo vai além da Convenção de Viena ao indicar que diversos crimes – além do tráfico de drogas – podem originar bens passíveis de lavagem de dinheiro. O texto aponta que o delito decorre da “mais ampla gama possível de infrações principais” ou “infrações graves” (artigo 6, 2, a), conceituando-as como atos que constituam infrações puníveis com uma pena de privação de liberdade cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior (artigo 2) ou praticadas por meio de organização criminosa (artigo 5) ou aquelas relacionadas à corrupção (artigo 8) ou os crimes de obstrução da Justiça (artigo 23). A Convenção de Palermo ainda prevê medidas de regulação e controle de bancos e outras instituições sensíveis

¹³⁰ Alínea “a”, art. 2 (BRASIL. Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. *Diário Oficial da União*, 15 mar. 2004).

à lavagem de dinheiro com o escopo de conhecer seus usuários e eventuais operações suspeitas por eles praticadas (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 37).

Portanto, esta Convenção ampliou a gama de crimes antecedentes para caracterização do crime de lavagem de dinheiro, que deixou de se limitar aos delitos relacionados com o tráfico de drogas, incluindo delitos comumente relacionados a grupos criminosos organizados, bem como considerando como antecedentes da lavagem de dinheiro todos os crimes cuja pena máxima compreende quatro anos ou mais, podendo abranger, ainda, infrações antecedentes praticadas em outros países. Naturalmente, a cooperação também foi colocada como uma das obrigações centrais do tratado, na medida em que “[...] os Estados Partes diligenciarão no sentido de desenvolver e promover a cooperação à escala mundial”¹³¹.

A Convenção de Palermo detalhou medidas de combate à lavagem de dinheiro, mais especificamente em seu artigo 7¹³², oportunidade na qual prevê a regulamentação e o controle de instituições bancárias e financeiras vulneráveis à prática do branqueamento de capitais. Recomenda-se, para estes fins, o estabelecimento de um regime de regulamentação e controle das transações financeiras, com um sistema de informações compartilhadas, nos âmbitos nacional e internacional, de potenciais atividades de lavagem de dinheiro. Vale lembrar que

^{B1} Artigo 7, tópico 4, abaixo citado.

^{B2} Medidas para combater a lavagem de dinheiro

1. Cada Estado Parte:

a) Instituirá um regime interno completo de regulamentação e controle dos bancos e instituições financeiras não bancárias e, quando se justifique, de outros organismos especialmente susceptíveis de ser utilizados para a lavagem de dinheiro, dentro dos limites da sua competência, a fim de prevenir e detectar qualquer forma de lavagem de dinheiro, sendo nesse regime enfatizados os requisitos relativos à identificação do cliente, ao registro das operações e à denúncia de operações suspeitas;

b) Garantirá, sem prejuízo da aplicação dos Artigos 18 e 27 da presente Convenção, que as autoridades responsáveis pela administração, regulamentação, detecção e repressão e outras autoridades responsáveis pelo combate à lavagem de dinheiro (incluindo, quando tal esteja previsto no seu direito interno, as autoridades judiciais), tenham a capacidade de cooperar e trocar informações em âmbito nacional e internacional, em conformidade com as condições prescritas no direito interno, e, para esse fim, considerará a possibilidade de criar um serviço de informação financeira que funcione como centro nacional de coleta, análise e difusão de informação relativa a eventuais atividades de lavagem de dinheiro.

2. Os Estados Partes considerarão a possibilidade de aplicar medidas viáveis para detectar e vigiar o movimento transfronteiriço de numerário e de títulos negociáveis, no respeito pelas garantias relativas à legítima utilização da informação e sem, por qualquer forma, restringir a circulação de capitais lícitos. Estas medidas poderão incluir a exigência de que os particulares e as entidades comerciais notifiquem as transferências transfronteiriças de quantias elevadas em numerário e títulos negociáveis.

3. Ao instituírem, nos termos do presente Artigo, um regime interno de regulamentação e controle, e sem prejuízo do disposto em qualquer outro artigo da presente Convenção, todos os Estados Partes são instados a utilizar como orientação as iniciativas pertinentes tomadas pelas organizações regionais, inter-regionais e multilaterais para combater a lavagem de dinheiro.

4. Os Estados Partes diligenciarão no sentido de desenvolver e promover a cooperação à escala mundial, regional, sub-regional e bilateral entre as autoridades judiciais, os organismos de detecção e repressão e as autoridades de regulamentação financeira, a fim de combater a lavagem de dinheiro.

alguns anos antes¹³³, em decorrência dos encontros do Grupo Egmont, criou-se a ideia de Agências Financeiras de Inteligência com objetivo de facilitar a coleta de dados e a cooperação sobre lavagem de dinheiro relacionada ao tráfico de drogas em cumprimento às determinações da Convenção de Viena¹³⁴. Evidentemente, estas estruturas foram mantidas e ampliadas diante dos novos contornos delimitados pela Convenção de Palermo¹³⁵.

Nesta sistemática, dever-se-ia fazer um registro interno de identificação de clientes, operações e eventuais operações suspeitas – além da difusão dessas informações –, bem como mantê-las à disposição das autoridades competentes para impor medidas cautelares de cunho patrimonial, com a possibilidade de assistência judiciária mútua – cooperação internacional – para efeitos de confisco (CARLI, 2006, p 147-148). Neste sentido, os Estados Parte da Convenção de Palermo não só passam a ter uma definição legal de organização criminosa, mas se comprometem a criminalizar os delitos aqui referidos em seu ordenamento jurídico interno, bem como a estabelecer, para o êxito da convenção, uma rede de cooperação mútua em diligências – inclusive em matéria de extradição – de assistência jurídica, policial, técnica e financeira no que diz respeito à capacidade de prevenir e combater a criminalidade organizada transnacional.

Esta rede transversal de normatividade foi amplamente debatida sob a ótica do direito penal material, negligenciando-se um modelo fragmentado de cooperação que se formou aos poucos e, muitas das vezes, não apresentando convergência axiomática com um processo penal garantidor. Não menos importante neste cenário são os organismos internacionais não estatais que se dedicam a analisar quais são os países cooperantes e, a depender da situação, podem recomendar sanções econômicas para as instituições bancárias ou até mesmo países.

^{B3} No Brasil, o COAF foi criado em 1998, de acordo com as informações oficiais da União.

^{B4} Marcio Anselmo explica que “por iniciativa das UIF da Bélgica (CTIF) e dos Estados Unidos (FINCEN), foi criado, assim, em 1995, um grupo de UIF no Palácio de Egmont Arenberg em Bruxelas, consistindo num grupo informal para a estimulação da cooperação internacional, que passou a ser chamado o Grupo de Egmont. Essas UIF se reúnem regularmente para encontrar formas de cooperação, especialmente nas áreas de intercâmbio de informação, formação e partilha de conhecimentos” (ANSELMO, 2015, p. 367).

^{B5} Rafael Franzini dispõe que “nas disposições da Convenção de Viena (1988), expressamente, é estabelecido que esta pode figurar como base jurídica para confisco ou extradição, caso não haja tratados específicos para tais medidas entre os Estados requerente e demandado. O art. 30 da Convenção de Palermo estabelece como forma de cooperação ‘prestar assistência técnica aos países em desenvolvimento e aos países com economias em transição para auxiliá-los a satisfazer suas necessidades relacionadas à aplicação da presente Convenção’, sugerindo que tal contribuição possa ser dada por meio das Nações Unidas, utilizando recursos provenientes do confisco de bens de origem ilícita” (FRANZINI apud ARAS; SARAIVA; SILVA, 2016, p. 108).

2.2 Fundamentos processuais penais da Cooperação Jurídica Internacional.

2.2.1 Princípio do respeito à jurisdição – diálogos sobre territorialidade.

O princípio da territorialidade é geralmente explorado como o princípio único de regência do processo penal, ao contrário do direito penal que, nas hipóteses do artigo 5º ao 7º do Código Penal, também seria regido também pelo princípio da extraterritorialidade. Esta forma de explorar o conteúdo normativo desses princípios é didática porque é aplicável a quase totalidade dos casos, mas a questão ganha relevância para o estudo da cooperação jurídica internacional, especialmente em razão da existência de legislações penais extraterritoriais, a exemplo da FCPA dos Estados Unidos. No Brasil, a Lei n. 12.846, de 2013, intitulada de anticorrupção, optou pela responsabilização de pessoas jurídicas por atos cometidos no exterior na seara civil e administrativa.

Lopes Júnior (2020, p. 176) é assertivo ao dizer que “a questão da territorialidade está vinculada ao fato de a jurisdição constituir um exercício de poder” e conclui que que “o poder jurisdicional brasileiro somente pode ser exercido no território nacional” (LOPES JR, 2020, P. 176). Assim, à exceção das hipóteses de concessão de *exequatur* que são previstas constitucionalmente, nenhum ato processual poderá operar efeitos materiais sem que haja respeito aos trâmites processuais penais da legislação de regência no Brasil.

De forma geral, ocorre que nem mesmo a doutrina específica sobre cooperação jurídica internacional trabalha com a ideia de que a territorialidade é a principal fonte de atribuição legítima de poder jurisdicional, mas não a única. Segundo Manuel Sesé (2019, p. 39), “*la jurisdicción penal no solo se asienta em el principio clásico y rector de territorialidad, sino que también se extiende a otros principios impregnados de cierto carácter internacional*”. É evidente que a constituição do Estado moderno passa necessariamente pelo reconhecimento da jurisdição penal como elemento essencial de soberania, mas outros conteúdos normativos também legitimam internacionalmente sua atribuição.

Assim, Manuel Sesé (2019, p. 37-53) explica que a jurisdição penal pode ter como *fundamento a territorialidade, o princípio da personalidade ativa, o princípio da personalidade passiva e o princípio do interesse público ou proteção*. De igual forma, Bassiouni (2014, p. 497) leciona que “*states recognize or differently rely on extraterritorial jurisdiction principles, namely active personality, passive personality, protected interest, and universality*”. Essas construções são pacíficas a nível internacional, tanto é assim que a legislação penal brasileira

estabelece jurisdição com bases em todos esses fundamentos (SOUZA, 2015, p. 41). Para o autor espanhol, o conteúdo normativo de cada um dos critérios são, respectivamente:

El principio de personalidad activa permite a un Estado, si concurren determinadas condiciones, juzgar a sus nacionales por los delitos que estos cometan en un tercer Estado. La conducta del ciudadano nacional lesiona, o pone en peligro, bienes jurídicos individuales o colectivos que producen efectos en el Estado del lugar de comisión o en el de la nacionalidad del autor (SESÉ, 2019, p. 40).

[...]

El controvertido principio de personalidad pasiva, al que ya me he referido, está previsto también en el Derecho internacional convencional. Este principio otorga jurisdicción a un Estado para enjuiciar los hechos delictivos cometidos en el extranjero contra un nacional suyo. Los ciudadanos nacionales deben ser objeto de protección por parte de los tribunales de los que son nacionales cuando han sido víctimas de un delito cometido en el extranjero. Los bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro o son individuales o, como sucede con el principio de protección, pertenecen al Estado (SESÉ, 2019, p. 50).

[...]

El principio real o de protección, también admitido en el Derecho internacional (...) Es un principio que permite enjuiciar en España a nacionales o extranjeros por determinados delitos cometidos fuera de nuestras fronteras, cuando estos vulneran bienes jurídicos que afecten a intereses esenciales públicos nacionales o del Estado español. La razón de ser de este principio reside en la tutela jurídica de los bienes jurídicos comunes que pertenecen al Estado español, con exclusión de los que afectan a otros Estados y de los bienes jurídicos individuales, cuando en el país en el que se han cometido, no gozan de la suficiente protección normativa (SESÉ, 2019, p. 52).

Em todas essas oportunidades, a legislação aplicável será a processual penal de regência do país que tiver jurisdição legítima sobre os fatos. Dito de outra forma, uma vez atribuída a jurisdição penal a um Estado por qualquer dos quatro fundamentos, aplicar-se-á legislação processual penal de regência, isto porque os tribunais e quaisquer juízos estão adstritos à jurisdição que lhes outorga poder jurisdicional, assim como explica Lopes Junior (2020, p. 177): “as normas processuais de um país se aplicam sempre pelos tribunais de dito país e adverte: mais do que no princípio de territorialidade, deve-se falar no princípio da *lex fori*, isto é, a aplicação das normas processuais corresponde ao país a que esse tribunal serve”.

Concordando com a doutrina majoritária, a territorialidade será sempre o principal dos critérios para atribuição de jurisdição legítima, mas não necessariamente o único. A nomenclatura extraterritorial também não é oportuna, uma vez que os outros princípios não existem para além da territorialidade, eles existem concomitantemente a ela¹³⁶. Por fim, nos

^{B6} Exemplificando a afirmação: “a extraterritorialidade é uma noção de exceção (RIPOLLÉS, 1957). Como a territorialidade configura a regra, todos os princípios que o negarem são considerados extraterritoriais, por transcenderem às fronteiras dos domínios territoriais de um Estado, e de certo modo representam um privilégio de soberania por necessariamente interferir na soberania alheia” (CLEMENTINO, 2013, p. 83).

conflitos de jurisdição, o local em que se opera a consumação e os efeitos do crime será a jurisdição mais adequada¹³⁷. Rememora-se, neste sentido, que até mesmo a jurisdição internacional dos crimes de especial gravidade previstos pelo Estatuto de Roma se dá subsidiariamente à jurisdição territorial do local dos fatos (CORRÊA, 2017, p. 328).

No que tange à pergunta de pesquisa deste trabalho, o Código Penal prescreve que:

Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

I - os crimes:

a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;

b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público¹³⁸

Como se pode ver, a alínea “a” e “b” são manifestações do princípio da proteção, com base nos quais o Estado procura fazer a proteção dos seus interesses essenciais. Especificamente sobre a alínea “b”, está evidenciado que nos casos em que Sociedades de Economia Mista – que é o regime jurídico da Petrobras – existe um dever de proteção pela jurisdição brasileira dos crimes cometidos contra essas pessoas jurídicas. Assim, tendo em vista que o ordenamento brasileiro prevê raras hipóteses de criminalização de pessoas jurídicas e que redação do Código emprega a expressão “crimes contra” o Presidente, sociedade de economia mista, dentre outros, é evidente que o olhar dado pela legislação nacional é o de proteção e estabelecimento de jurisdição própria nesses casos, o que é reconhecido internacionalmente como legítimo.

Além disso, é comum que a doutrina trabalhe com a subsidiariedade do direito internacional penal, mas ainda há pouca clareza no que tange ao direito penal transnacional. Sobre esta questão, Eduardo Corrêa faz importante assertiva: “as fontes internacionais em matéria penal não podem ser adequadamente concebidas ou interpretadas sem orientação do princípio da subsidiariedade, que promove o escrutínio das iniciativas geradoras ou promotoras dessas fontes” (CORRÊA, 2015, p. 382). Mais recente ainda é a discussão sobre as leis penais de outros países que prescrevem crimes “extraterritorialmente”, sendo a primeira pergunta

¹³⁷ Carolina Souza trabalha com a diferenciação do princípio da territorialidade em objetiva e subjetiva. De acordo com a autora, “objetiva: todos os elementos do delito ocorreram no exterior, mas seus resultados se produziram dentro do Estado ao qual se atribui a jurisdição; a.2. Subjetiva: qualquer dos elementos do crime ocorreu dentro do território do Estado ao qual se atribui a jurisdição, ainda que o resultado ou parte da execução do delito tenha ocorrido no exterior” (SOUZA, 2015, p. 41).

¹³⁸ BRASIL. Decreto lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, 13 out. 1941, retificado em 24 out. 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 14 jan. 2021.

saber se elas estão englobadas por algum dos outros três princípios trazidos acima, para que recaiam sobre elas o caráter de legitimidade para exercício de poder por meio da jurisdição penal. Em um segundo momento, a pergunta é se nas hipóteses de jurisdição universal existe subsidiariedade ao princípio territorial, outro critério de análise poderia ser aplicado a legislações nacionais “extraterritoriais”. Acreditamos que não.

2.2.2 Princípio da lei interna processual e substancial ou *forum regit actum*.

O princípio do *locus regit actum* é consequência jurídica da jurisdição penal enquanto poder/dever punitivo que vincula os juízos e tribunais, o que remete diretamente a uma interpretação formal da soberania dos Estados¹³⁹. Podemos citar como fontes explícitas deste princípio o artigo 18, item 17, da Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional¹⁴⁰ e o artigo 22, item 1, do Protocolo de San Luis¹⁴¹, ambos ratificados pelo Brasil. Recentemente, incrementou-se o debate a seu respeito, tendo em vista que o princípio de regência da União Europeia e do espaço Schengen¹⁴² é diametralmente oposto, regravando-se pelo *forum regit actum*, o que foi uma construção jurídica necessária para que se pudesse implementar o mandado de detenção europeu.

Esta reconfiguração está vinculada às escolhas políticas daqueles Estados membros e não pode ser confundida com a evolução do pensamento jurídico, lugar no qual parte da doutrina brada a necessidade de aderi-lo juridicamente. Esta discussão será abordada no 2.4.

A correta leitura deste princípio impõe que o Estado requerente observe a organização institucional, os procedimentos processuais penais e a legislação penal do Estado requerido,

¹³⁹ Nas palavras de Marco Clementino (2013, p. 112), “o princípio *locus regit actum* tem, a princípio, um caráter de proteção formal da soberania”.

¹⁴⁰ Artigo 18, item, 17. Qualquer pedido será executado em conformidade com o direito interno do Estado Parte requerido e, na medida em que tal não contrarie este direito e seja possível, em conformidade com os procedimentos especificados no pedido.

¹⁴¹ Artigo 22, I. Quando um Estado Parte tiver conhecimento da existência dos instrumentos, do objeto ou dos frutos do delito, no território do outro Estado Parte, que possam ser objeto de medidas acautelatórias, segundo as leis desse Estado, informará à Autoridade Central do referido Estado. Esta remeterá a informação recebida a suas autoridades competentes para os efeitos de determinar a adoção das medidas cabíveis. Referidas autoridades atuarão de conformidade com as leis de seu país e comunicarão ao outro Estado Parte, por intermédio das Autoridades Centrais, as medidas adotadas.

¹⁴² De acordo com Ángel Pastrana (2009, p. 64), “en la Unión Europea al entrar en funcionamiento el denominado ‘Espacio Schengen’. Las cuestiones fundamentales que regula este Convenio son el procedimiento para la transmisión de documentos procesales, de solicitudes de asistencia judicial y de información, el traslado temporal de detenidos para la investigación, la utilización de la videoconferencia, los equipos conjuntos de investigación, la intervención de las telecomunicaciones, el auxilio judicial conforme al criterio *forum regit actum*”.

que julgará no mérito o pedido tramitado pelas Autoridades Centrais; “significa [portanto] que a diligência que é objeto de pedido de cooperação deve ser apreciada pelo Estado requerido segundo a *lex loci* no que se refere à observância de formalidades necessárias para a efetivação da medida” (CLEMENTINO, 2013, p. 112). Analisando o ordenamento uruguaio sob a ótica do Tratado de San Luis, Duran Martinez (1991, p. 21) argumenta neste sentido “o levantamento o segredo bancário no Uruguai, em matéria criminal, somente pode dispor-se por resolução fundada do Juiz Penal competente conforme o art. 25 da Lei de Intermediação Financeira”.

Entretanto, isso não quer dizer que a prova produzida em jurisdição estrangeira sob quaisquer circunstâncias será válida, uma vez que o Estado acusação não pode se aproveitar de atos que desrespeitem direitos fundamentais para respaldar a pretensão acusatória no Brasil¹⁴³. A questão da prova ilícita é um exemplo pertinente. Alguns ordenamentos jurídicos não a desentranham, como a Suíça. Uma vez que houver essa constatação nos autos da cooperação, é evidente a impossibilidade de utilização em processo penal sob jurisdição brasileira, em razão da violação ao artigo 5º, LVII, da Constituição Federal. Essa matéria foi enfrentada na ação penal 856, julgada pelo Superior Tribunal de Justiça e, ao nosso ver, decidida de maneira equivocada, uma vez que emprestou validade ao artigo 13 da LINDB¹⁴⁴, que está em claro conflito com uma explícita garantia fundamental.

2.2.3 Princípio da proteção aos sujeitos do processo.

Não existe área do direito afastada da incidência dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, ainda que, em alguns momentos, a exemplo do processo extradicional, o Estado os verifique de forma superficial, distanciando-se do mérito da demanda em si, mas mantendo a exigência de que o Estado requerente se comprometa em respeitá-los. No que se refere à assistência direta, é necessária a superação de que a cooperação é uma relação entre Estados – teoria da bidimensionalidade¹⁴⁵ – e que não haveria incidência dos direitos fundamentais dos investigados.

¹⁴³ Neste ponto, cada ordenamento regra a matéria de uma forma específica, apesar de consideramos a invalidade de provas ilícitas um axioma.

¹⁴⁴ Art. 13. A prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça.

¹⁴⁵ Ana Gonzatti da Silva (2018, p. 69) explica que são interpretações que desconsideram o *visado* nas relações cooperacionais.

A correta leitura de instrumentalidade constitucional do processo penal leva à sua compreensão de lugar de proteção dos investigados, em uma perspectiva que abrange os atos de cooperação, por ser axiologicamente a razão fundante deste ramo do direito. Neste sentido, é assertiva a colocação de Cervini e Tavares (2001, p. 145) de que “essas garantias [princípio do respeito aos sujeitos do processo] devem ser a essência de toda a política de cooperação judicial penal internacional”, assim, uma vez chamado o direito penal como política pública, são inerentes as garantias do processo penal com função de proteção dos sujeitos do processo. Sobre esse ponto, Zaffaroni postula: “[se os Estados] em nível de cooperação penal desconhecem o indivíduo como pessoa com atributos de direito, se rompe um estrutura lógico-objetiva, ficando suas num mero exercício de poder, que não é direito” (ZAFFARONI apud CERVINI; TAVAREZ, 2001. p 145).

A rigor, há muito tempo, ainda nos anos 80, Zaffaroni (1985, p. 13) já trabalhava o direito internacional público como uma categoria de “*interdisciplinarietà del derecho penal com otros saberes*” e o definia como “*el derecho internacional público rige las relaciones entre estados (lo que cada vez es más complicado en un mundo globalizado), tratando de controlar el uso indiscriminado de la fuerza en beneficio de los más poderosos*” (ZAFFARONI, 1985, p. 147). Quando, no contexto dessas relações cooperacionais, os Estados tiverem como objetivo incrementar a carga probatória acusatória contra um cidadão, este campo relacional terá de ser regrado pelo direito internacional público, direito penal e processual penal, aplicando-se a regra de tratamento do favor rei em caso de conflito normativo. Acreditamos ser dessa interpretação que se extrai o fundamento do princípio da proteção aos sujeitos do processo nas relações cooperacionais.

Nota-se que esta interpretação é relativamente recente, aliás, as teorias dos direitos fundamentais também o são. Neste aspecto, Denise Abade articula alguns vetores da cooperação: soberanismo ou coexistência desigual, momento no qual os Estados enxergam os atos de cooperação como prováveis violadores de sua soberania (*paradigma da desconfiança*)¹⁴⁶; cooperação interessada, nesta fase os países passam a contar com a regulação dos atos por tratados e convenções e buscam regradar de forma previsível as hipóteses de negativa

¹⁴⁶ Denise Abade (2013, p. 825) conceitua: “denominaremos esse paradigma de soberanismo ou coexistência desigual, que representa a posição de vários Estados em impedir que a cooperação almejada viole a soberania do Estado e suas opções de política processual penal, o que gera desconfiança e pretensão de hegemonia do seu sistema jurídico sobre o do outro Estado solicitante ou solicitado na cooperação penal internacional”.

(*cooperação interessada*)¹⁴⁷; reconhecimento mútuo, que é o momento no qual os tratados estruturam uma nova organização política a fim de conferir confiança e reconhecimento a decisões de outros Estados (*paradigma da confiança*)¹⁴⁸.

As teorias dos direitos fundamentais aparecem após práticas consolidadas de cooperação, em razão disso, deve-se interpretar os limites constitucionais impostos aos atos de cooperação como uma reorientação necessária dentro da teoria do estado. Especialmente para a proteção dos sujeitos do processo, o respeito a suas garantias é o fundamento de legitimidade da existência do Estado; o Estado existe para o cidadão, e não o contrário.

2.2.4 Contraditório e Ampla Defesa.

Os acordos bilaterais sobre assistência direta tendem a replicar normas constantes das convenções multilaterais, que proíbem acesso à defesa a esse veículo de cooperação, somente os juízes¹⁴⁹, promotores de justiça e delegados são legitimados a utilizá-lo nas hipóteses cooperação em que haja reserva de jurisdição. Ao longo do texto, vimos argumentando que o auxílio direto é a consequência processual do regime de proibição da lavagem de dinheiro, que, a partir de uma linguagem e política criminal de combate, não visualiza os direitos da defesa como essenciais à administração da justiça. Logo, não estamos falando sobre o desconhecimento do referencial mínimo do que seja contraditório e ampla defesa, e sim de um projeto de combate, no qual o processo é instrumento da pena, tão somente.

Assim, o primeiro dos efeitos dessas normas, que não encontram respaldo na Constituição Federal, é o desrespeito à paridade de armas no jogo processual, que causa violação direta ao contraditório e à ampla defesa dos investigados. O auxílio direto é

¹⁴⁷ Denise Abade (2013, p. 870) conceitua: “as relações internacionais passam a contar com marco jurídico regulatório, que no caso da cooperação internacional penal, consiste nos diversos tratados (multilaterais, regionais e ainda bilaterais) sob as mais diversas espécies. No paradigma da cooperação interessada, os Estados negociam tratados, estruturam órgãos internos responsáveis pela operacionalização dos pleitos cooperacionais (nascem as Autoridades Centrais) e ainda buscam regradar de maneira clara os motivos para a eventual denegação da cooperação”.

¹⁴⁸ Denise Abade (2013, p. 891) conceitua: “O último paradigma que rege a celebração dos tratados internacionais de cooperação é o da confiança e reconhecimento mútuo. De acordo com esse paradigma, a cooperação internacional penal é marcada pela confiança entre os Estados e reconhecimento mútuo das decisões, sem maiores avaliações nacionais de controle dos pedidos”.

¹⁴⁹ Apesar de não ser o entendimento majoritário, a atuação dos juízes na atividade probatória, ainda que dita supletiva, viola o sistema acusatório. Lidando com a prática forense, a interpretação da legitimação dos juízes para enviar pedido por auxílio direto deve ser restringida aos atos ordinatórios autorizados pelo ordenamento de regência de sua atividade jurisdicional.

instrumental ao direito de ação penal¹⁵⁰ e influencia diretamente no seu resultado; sendo o direito de conhecimento¹⁵¹ – primeira expressão do contraditório – essencial à realização da defesa – contraposto ao direito de ação, a proibição de acesso leva à impossibilidade de defesa técnica ou à sua conseqüente deficiência. Neste particular, há o rompimento da estrutura dialética do processo, uma vez que a defesa não terá direito de reagir, no mesmo *status*, ao direito de ação conferido à acusação. Nas palavras de James Goldschmidt, “*quien presta audiencia a una parte, igual favor debe a la otra*” (LANGE; ORBANEJA, 1950).

Inviável, também, é a argumentação de que os investigados não possuem ônus probatório para justificar a impossibilidade de utilização. Os investigados não possuem ônus, mas possuem o direito à prova¹⁵², isto é, não devem ser impedidos de provar as alegações que infirmem a pretensão acusatória, ainda que presumível inocente (BALDAN, 2007, p. 269). A rigor, a verificação desta situação vem sendo trabalhada como problema de pesquisa há alguns anos, a exemplo da dissertação de Viviane Grossi e Ana Gonzatti, que escreveram, respectivamente, *A defesa na cooperação jurídica internacional penal* (2014) e *O Auxílio Direto à Luz dos Princípios da Ampla Defesa e do Contraditório* (2015), trabalhos que se dedicaram a demonstrar que o auxílio direto é instrumental ao direito de ação e que o não acesso das defesas viola o contraditório e ampla defesa, a partir de referenciais mínimos de seus conteúdos normativos.

Para Ana Gonzatti (2018, p. 97), “o próprio Estado [...] que prometeu assegurar o direito à ampla defesa, deve ele, agora, por meio da Justiça ou de qualquer outro órgão estatal, cumprir o prometido [...] o processo em que não foi assegurado ao réu defesa, ainda que tenha sido aplicada alguma ‘lei’, [é] nulo”. Atualmente, estas conclusões são reconhecidas pela doutrina majoritária, o que não mitiga o problema, isto é, vige a mesma situação de fato.

Para resolver essa situação, algumas soluções “intermediárias” já foram propostas, a exemplo de que o pedido da defesa seja enviado à Autoridade Central, por meio do Ministério Público, Delegados ou o Juízo, para que receba o selo de interesse da investigação, *ipsis litteris*:

¹⁵⁰ Ana Gonzatti Silva (2018, p. 67-69) explica que são interpretações que desconsideram o *visado* nas relações cooperacionais.

¹⁵¹ Possibilitando o ato de desdizer: “O ato de ‘contradizer’ a suposta verdade afirmada na acusação (enquanto declaração petitoria) é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo” (LOPES JR, 2020, p. 145).

¹⁵² Art. 5º, LVI da Constituição Federal.

Basta que a solicitação de MLA de interesse da defesa seja submetida à autoridade central brasileira por intermédio da autoridade legitimada no texto do acordo, isto é, pelo juiz, pelo membro do Ministério Público ou pela autoridade policial. Deste modo, ficará claro que a prova indicada pela defesa é de interesse da investigação criminal ou da instrução criminal, resguardando-se os princípios da verdade real, da comunhão da prova, da ampla defesa e do contraditório (ARAS apud BALTAZAR JÚNIOR, 2010, p. 84)¹⁵³.

A acuidade do procedimento seria tanta que, segundo o autor, seria resguardada a “verdade real” do processo penal. Mas, para além disso, Viviane Grossi argumenta que “[a solução não] resolve o problema, observado que ficar ao alvedrio do entendimento subjetivo de outros sujeitos da relação processual não se afigura salutar” e aponta um julgado Tribunal Regional Federal da 3ª Região que denegou *habeas corpus* com essa pretensão¹⁵⁴. A bem da verdade, a solução apontada por Vladimir Aras comprova que o sistema não colocou em igual importância o direito de ação e o de reação; a solução coloca a defesa sob julgamento de conveniência da acusação. Ademais, em se tratando de cooperação cuja função declarada é o respeito à diversidade dos sistemas jurídicos, a referida solução parcial seria teratológica para o sistema do *common law*, no qual as partes são vistas materialmente como iguais.

A solução do problema está em uma política criminal adequada; ou se permite que a defesa pode requerer diretamente à Autoridade Central ou a decisão judicial autorizadora do pedido de assistência direta passa a ser obrigatória para todos os pedidos, tanto da acusação como da defesa. Evidentemente, os consensos transnacionais devem se pautar por este tipo de problemática para que se evite o argumento prático de que outros Estados não dão essa solução ao problema. Ressalta-se que alguns ordenamentos privilegiam esta política, a exemplo de alguns dispositivos jurídicos do ordenamento do Canadá, os quais permitem excepcionalmente a utilização pelas defesas técnicas¹⁵⁵.

Por fim, como decorrência da *locus regit actum* e dos demais princípios de jurisdição penal, analisando-se o Brasil como Estado requerido, a produção de prova cautelar passa a ter

¹⁵³ Acessado no original após leitura de *A defesa na cooperação jurídica internacional penal* (GROSSI, Viviane Ceolin Dallasta Del. *A defesa na cooperação jurídica internacional penal*. 2014. 243 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014).

¹⁵⁴ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (2. Turma). Habeas Corpus n. 2010.03.00.030380-2. Relator: Desembargador Federal Cotrim Guimarães, julgado em 15 mar. 2011. Disponível em: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18481115/habeas-corpus-hc-30380-sp-20100300030380-2-trf3>. Acesso em 10 fev. 2021.

¹⁵⁵ Sessão 46 do *Canada Evidence Act*, que rege a possibilidade das defesas requererem oitivas por videoconferência.

de respeitar as normas inseridas na nova redação do art. 3-B do Código de Processo Penal¹⁵⁶, possibilitando que a defesa faça defesa oral em contraposição ao pedido cautelar formulado pela acusação. São necessários esforços no sentido de padronizar os meios de citação e de intimação dos investigados a fim de possibilitar a devida comunicação dos atos processuais que, se judiciais, devem ser, em regra, públicos. Utilizamos deste exemplo somente para reforçar o argumento de que na assistência direta se requer a jurisdição do Estado requerido em sua integralidade. Estamos muito longe de uma prática que coloque a cooperação no espaço de direito e não somente de poder, parafraseando Zaffaroni.

2.3 Fundamentos de Direito Público Internacional aplicáveis à Cooperação Jurídica Internacional.

2.3.1 Princípio do respeito à ordem pública internacional do Estado requerido.

As fontes das quais se retira a previsão do princípio do respeito à ordem pública internacional do Estado requerido são inúmeras, perfazendo quase a totalidade das convenções multilaterais e dos tratados bilaterais; no plano interno, é previsto tanto no Código de Processo Penal¹⁵⁷ quanto no Código de Processo Civil. Apesar da fecundidade das fontes, o conteúdo normativo nem sempre é bem deduzido sobre a assistência direta, especialmente por duas razões: as discussões sobre sua aplicação estão situadas em regra nas cartas rogatórias, lugar no qual se tem a prevalência da produção acadêmica de processualistas civis e internacionalistas privados; e a falta de compreensão de que o auxílio direto é essencialmente um veículo de trânsito de pedidos, nos quais o Estado requerente pede que seja aplicada a jurisdição penal do Estado requerido, relação em regra intermediada por Autoridades Centrais – representando o Poder Executivo. A rigor, um problema leva à dificuldade de compreensão do outro.

¹⁵⁶ VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente;

VII - decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurado o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;

¹⁵⁷ Artigo 781 do Código de Processo Penal: “as sentenças estrangeiras não serão homologadas, nem as cartas rogatórias cumpridas, se contrárias à ordem pública e aos bons costumes”.

Sobre o primeiro problema apontado, as interpretações de processo civil, que se pretendem fazer majoritárias também na seara penal, selecionamos o trecho de Ricardo Aprigliano (2011, p. 5):

O ‘controle sobre a regularidade do processo’ que a ordem pública é chamada a realizar não é exercitado sem razão, ou apenas pelo controle em si. Ele existe porque de tal controle se retira a efetiva possibilidade de se cumprirem realmente os objetivos da atividade jurisdicional, que é a de resolver litígios e obter pacificação, da forma mais rápida e econômica possível.

Nota-se que o autor faz uma descrição de que o processo deve ter uma função instrumental que possibilite a resolução de conflitos de forma célere e efetiva. De fato, a ordem pública está sendo colocada em um lugar em que os procedimentos processuais não podem ser óbices à realização da justiça em sentido amplo. Ocorre que, como vimos argumentando, ao se falar de pedido que instaura jurisdição penal, o jogo processual penal do Estado requerido é o único caminho a se realizar os atos de cooperação, no qual o conceito de instrumentalidade é completamente diverso daquele trabalhado em processo civil, que, segundo Lopes Junior (2020, p. 82), “o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático é sua instrumentalidade constitucional, ou seja, o processo enquanto instrumento a serviço da máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas”.

Respeitando-se, portanto, a oficialidade, a tipicidade processual e o processo penal garantidor, os procedimentos processuais são integrantes do conteúdo normativo da ordem pública internacional na assistência direta, na qual se requer a atuação jurisdicional do Estado requerido. Tanto é assim que as subdivisões que a doutrina faz, seguindo Denise Abade (2013), sobre as hipóteses de denegação da cooperação com base nesse princípio, são: “a) Procedimento ou instituição desconhecidos, b) realização de ato proibido no Estado requerido, c) pedido de realização de ato proibido com formato não admitido”. Pode-se notar que os critérios de denegação podem ser retirados diretamente dos fundamentos autorizadores da legislação de regência no ente soberano requerido, alterando-se a alínea “b” e “c” cuja redação deveria ser: realização de ato não permitido pelo Estado requerido e pedido de realização de ato permitido com formato não admitido, respectivamente.

De forma mais ampla, podemos atribuir ao princípio do respeito à ordem pública internacional a seguinte definição “a ordem pública encerra [...] os planos filosófico, político, jurídico, moral e econômico de todo Estado constituído” (DOLINGER, 2008, p. 394). Porém,

inegavelmente, sua aplicação prática se dá como agente limitador dos atos cooperacionais. Conforme aponta Nereu Giacomolli (2014, p. 258): “a solidariedade internacional e a necessidade de cooperação, inclusive em matéria probatória criminal encontram limites, além do asseguramento dos direitos fundamentais, na proteção da ordem pública e da especialidade”, posicionamento que guarda profunda convergência com Cervini e Tavares (2001, p. 120), que articularam que “já no século passado o tratadista Fiore percebia que o dever de solidariedade jurídica internacional deixava de ser inofensivo e tinha um freio jurídico quando se quebravam os princípios de ordem pública ou interesses econômico, político, moral e religioso do Estado”.

No capítulo anterior, fizemos uma descrição dos interesses de política criminal, especialmente com a relevância das discussões sobre bloqueios de bens e ativos financeiros a partir de um método mais célere de cooperação em matéria penal. Cervini e Tavares trazem a recomendação sugestiva aprovada, em 1994, pelos Conselhos Consultivos e de Direção Internacional – *Center of Economic Penal Studies* (ICEPS) –, sobre regras de fontes internacionais que versavam sobre bloqueio de bens. Argumentavam os autores, em suma, que o direito interno de diversos países alçava o regramento sobre levantamento de sigilo ao âmbito de sua ordem pública – no Brasil, o regramento é constitucional, regulado por lei complementar – e que os procedimentos nacionais deveriam ser respeitados para seu levantamento em hipóteses de cooperação:

O segredo bancário se configura como um estatuto de direito-dever em muitos países integra a respectiva ordem pública internacional. Sua particular hierarquia não pode ser desconhecida na hora de implementar instâncias de cooperação judicial penal internacional, pelo que em todo caso deverá se fazer primar o princípio do respeito à lei interna processual e substancial do Estado requerido. Isso significa que não poderão ser relegados os requisitos de forma e de fundo que a lei interna exige para o levantamento judicial do segredo bancário sob o simples expediente da cooperação judicial penal internacional. O desconhecimento do princípio do devido respeito à lei interna do Estado requerido transformaria automaticamente a entre-ajuda judicial penal e mera cortesia internacional isenta de garantias-jurídicas¹⁵⁸

Por fim, a dimensão principiológica deste princípio engloba o olhar de proteção que deve permear os atos cooperacionais, especialmente com o respeito à lei interna material e processual penal, tal como descrito anteriormente.

¹⁵⁸ Os conselhos Consultivos e de Direção Internacional *Center of Economic Penal Studies* (ICEPS) aprovaram, em 1994, essa recomendação sugestiva (CERVINI; TAVAREZ, 2001, p. 124).

2.3.2 Princípio da especialidade.

O princípio da especialidade tem origem na extradição¹⁵⁹ e é expressamente previsto pela nova Lei da Imigração¹⁶⁰, esta norma apresenta evidente caráter de proteção, na medida em que no processo extradicional, o Estado requerente fica adstrito às razões submetidas no pedido de extradição, evitando, portanto, que o extraditado venha a ser julgado posteriormente em hipóteses que os Estados teriam negado o pedido num primeiro momento. Aumenta, assim, a previsibilidade dos atos de cooperação e os interesses fundamentais da pessoa extraditada. Além disso, o fundamento para sua utilização na assistência direta é bastante amplo, tendo em vista estar previsto na Convenção de Viena, de Palermo, no Protocolo do Mercosul e na maior parte dos tratados bilaterais celebrados pelo Brasil.

Em se tratando dos atos de cooperação próprios, nos quais os Estados atuam no sentido de instruir processo penal sob jurisdição estrangeira, o princípio da especialidade tem finalidade de reduzir a desconfiança entre os atores cooperantes e evitar que os elementos de informação transitados entre as jurisdições sejam utilizados em processos dos quais o Estado requerido não tenha conhecimento. Assim, em caso de descumprimento deste tipo de norma, regida pela boa-fé objetiva dos agentes públicos, da perspectiva política, o efeito será futuro – impedindo outras relações cooperacionais¹⁶¹ – e imediato para os visados (investigados ou réus) que poderão arguir, na jurisdição para qual se destinou os elementos, que estes estão sendo utilizados de forma ilícita, com perpetuação de ato ilícito internacional, o que, evidentemente, é causa maculadora da prova, impedindo que sua carga probatória seja incorporada ao processo.

A diferença entre os ordenamentos jurídicos é pressuposto da necessidade de cooperação¹⁶², assim, a especialidade atua como limitador à produção de efeitos jurídicos desconhecidos pelo Estado requerido. Imagine-se, neste contexto, que ação civil pública por improbidade administrativa, que é tão brasileira quanto a jabuticaba, é desconhecida em boa

¹⁵⁹ A origem do princípio da especialidade coincide com a própria evolução do instituto da extradição, sendo reconhecido, por exemplo, na Convenção Pan-Americana de Extradição, de 25 de fevereiro de 1981, e na Convenção Europeia de Extradição, de 13 de dezembro de 1957 (BECHARA, 2009, p. 141).

¹⁶⁰ Art. 96. Não será efetivada a entrega do extraditando sem que o Estado requerente assumo o compromisso de: I - não submeter o extraditando a prisão ou processo por fato anterior ao pedido de extradição;

¹⁶¹ Bechara (2009, p. 141) afirma que “na atividade probatória, a exigência da especialidade qualifica-se muito mais que uma condição para a cooperação futura, porquanto pode interferir diretamente na eficácia da prova, em razão da problemática que cerca o tema da prova emprestada”.

¹⁶² Cervini e Tavares (2001, p. 114) sejam a trabalhar, no contexto dos princípios funcionais de cooperação, a existência do princípio do reconhecimento da diversidade dos sistemas jurídicos nos Estados-partes, o que, ao nosso ver, consubstancia somente uma função declarada da cooperação jurídica internacional.

parte do mundo; para a utilização de prova transitada por assistência direta neste tipo de ação é necessária autorização interna de juiz nacional competente, bem como anuência da Autoridade Central do país do Estado requerido. Os autores Cervini e Tavares citavam no início dos anos 2000 que a política criminal de alguns Estados atuava no sentido de burlar os limites estabelecidos pelo Estado requerido, segundo eles: “existe a perigosa tendência de ‘extrapolar’, ‘transladar’, ou ‘transferir’ a prova obtida por meio de medidas concretas de cooperação judicial internacional a outros juízos ou outras investigações administrativas desvinculadas do processo no qual essas instâncias se geraram”¹⁶³.

Tamanha a relevância deste princípio, Fabio Bechara trabalha com a ideia de que o princípio da especialidade, assim como a exigência de dupla incriminação; existência de tratado ou acordo bilateral são essenciais para uma cooperação eficiente¹⁶⁴. Por fim, caso seja trabalhado de forma correta, a especialidade pode retirar as discussões jurídicas sobre a assistência direta do tudo ou nada, possibilitando soluções intermediárias – legalmente amparadas – em razão das mais diferentes culturas jurídicas.

2.3.3 Princípio da reciprocidade.

O conteúdo normativo da reciprocidade é que as promessas, tomadas em casos concretos, têm validade jurídica posterior. Para alguns autores, é o principal princípio de regência da cooperação jurídica internacional, sendo decorrência lógica da igualdade de tratamento entre entes soberanos e do princípio geral de direito do *pacta sunt servanda*¹⁶⁵. Assim, em hipóteses em que não há acordo de extradição ou de assistência direta e, sendo os instrumentos reconhecidos pelos Estados, é possível a substituição do acordo *ex ante* por uma

¹⁶³ CERVINI; TAVAREZ (2001), em citação indireta de MCGEE JR., Henry W. El procedimiento penal y la revolución sin fin. Direito constitucional comparado México-Estados Unidos. Edição conjunta do Instituto de Investigações Jurídicas da Universidade Autônoma do México e da Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia em Davis, 199. Tomo II. p. 587 et. seq.

¹⁶⁴ Dentre os fatores que são de extrema relevância para garantir que a cooperação seja eficiente, tem-se: a determinação do direito aplicável; a especialidade na destinação do ato praticado; a exigência de dupla incriminação; a existência de tratado ou acordo bilateral; a forma de comunicação e relacionamento entre as autoridades estrangeiras.

¹⁶⁵ “O primeiro princípio, intitulado Princípio da Reciprocidade ou do Comitatus Gentium, estabelece que o fundamento maior da cooperação internacional está em um dever não escrito de reciprocidade entre os Estados (decorrente da isonomia de tratamento entre as Nações), pautado na boa-fé que deve reger as relações internacionais. Sob essa ótica, a cooperação seria fruto de mera cortesia internacional (liberalidade)” (VASCONCELLOS, 2013, p. 41).

promessa futura de igual tratamento¹⁶⁶. Podemos trabalhar com a nomenclatura *comitas gentium* para o princípio da reciprocidade, entretanto, essa terminologia leva à interpretação de que o dever jurídico de cooperar seria uma mera liberalidade (cortesia)¹⁶⁷.

O processo penal é regido pelo princípio da necessidade¹⁶⁸, uma vez que há regulação da necessidade de cooperar na instrução processual, ativa ou passivamente; não podemos considerá-la como uma liberalidade, dito de outra forma, não existe interesse em processo penal¹⁶⁹, sendo o processo o único caminho que pode levar à pena; a cooperação em matéria penal será necessária na medida em que exercício da ação também o é. Evidentemente, por paralelismo lógico, o dever de cooperar não deve ser enxergado como ausência de limites nos atos de cooperação, isto é, a negativa de cooperação com utilização dos veículos e autoridades competentes também é cooperar, é uma estrutura dialética e não um tudo ou nada. Pensar diferente neste particular é o mesmo que dizer que o processo penal só cumpre seu objetivo com aplicação de pena, colocando a absolvição como falha sistêmica, o que é inaceitável.

Para além desse conteúdo normativo, a reciprocidade é uma forma de tratamento que deve ser empregada aos Estados a nível internacional, ou seja, deve ser rechaçada qualquer solução unilateral. A Constituição Federal proíbe que o Chefe de Estado brasileiro assim se comporte e, na mesma medida, não permite que o Brasil seja tratado da mesma maneira. Neste sentido, Madruga e Feldens (2016, p. 49-69) argumentam que o “Estado brasileiro está, no âmbito de suas relações internacionais, constitucionalmente proibido de procurar, assim como

¹⁶⁶ Este é o princípio pelo qual um Estado soberano promete a outro que, em situações semelhantes, também cumprirá o pedido de cooperação a ele encaminhado, tendo por fundamento a Teoria da Cortesia Internacional (SOUZA, 2015, p. 46).

¹⁶⁷ “Para a doutrina, essa ideia encontra-se superada, uma vez que hoje existe uma multiplicidade de ratados obrigando as nações a cooperar. É o que entendem Cervini e Tavares, que, ao citarem Paul Trousse, destacam que “a assistência mútua entre os Estados se converteu em uma obrigação entre os Estados- Partes, deixando de pertencer ao campo da *Comitas Gentium*, cortesia na qual se fundava tradicionalmente a cooperação”. (VASCONCELLOS, 2013 p. 41)

¹⁶⁸ “Existe uma íntima relação e interação entre a história das penas e o nascimento do processo penal, na medida em que o processo penal é um caminho necessário para alcançar-se a pena e, principalmente, um caminho que condiciona o exercício do poder de penar (essência do poder punitivo) à estrita observância de uma série de regras que compõe o devido processo penal (ou, se preferirem, são as regras do jogo, se pensarmos no célebre trabalho *Il processo come giuoco*, de Calamandrei). Esse é o núcleo conceitual do *Princípio da Necessidade* (LOPES JR, 2020, p. 43).

¹⁶⁹ Calamandrei (1930, p. 16-17) já falava sobre isso, a inexistência de lide se dá justamente porque não tem interesse privado a ser resistido, mas tão somente o processo penal, regido pela obrigatoriedade e necessidade: “o conceito de lide não é utilizável como elemento distintivo da função jurisdicional, pela simples razão de que os interesses, à regulação dos quais é preordenada a intervenção do juiz, não são disponíveis àqueles que figuram como partes no processo”.

de aceitar (princípio da reciprocidade), soluções unilaterais – isto é, à margem da cooperação internacional”.

Não existe caminho à margem da cooperação internacional porque a ação penal é obrigatória e necessária. Há profunda convergência entre estes princípios, sendo que seu descumprimento leva ao desrespeito da ordem pública internacional. Retira-se este conteúdo normativo da Constituição, que prevê expressamente os princípios que regem a cooperação: o respeito à autodeterminação dos povos, a igualdade entre Estados e o processo de cooperação com objetivo de desenvolvimento da humanidade¹⁷⁰.

Dizer que o ordenamento jurídico brasileiro não aceita atos unilaterais é o mesmo que afirmar que deve haver respeito à jurisdição estrangeira para aquisição de provas; o acesso a esses elementos se dá somente por meio da cooperação, ainda que haja possibilidade de criação de engenharias situacionais para burlar esse procedimento. Sergio Moro cita o exemplo dos bancos estrangeiros com filiais nos Estados Unidos que são intimados a prestar informações – protegidas por sigilo bancário no exterior – diretamente ao judiciário estadunidense, sob pena de aplicação de sanções e multas:

[em] *United States v. Bank of Nova Scotia*, 740 F.2d 817 [...] uma filial em Miami do Bank of Nova Scotia, que tem sede em Toronto/Canadá, recebeu uma supoena [...] para apresentação de documentos de clientes que eram mantidos em filiais de Bahamas, Grand Cayman e Antígua”.

“O banco apresentou um pedido ao juiz federal para que fosse dispensado do cumprimento da supoena [...] A conclusão do juiz federal foi [...] mantida pela 11ª Corte de Apelação Federal[...]. Entendeu-se que os poderes investigatórios do Grande Júri eram amplos e poderiam incluir determinação da espécie e que não haveria necessidade de expedição de um pedido de cooperação internacional para obtenção de documentos

Este tipo de ação unilateral, que etimologicamente não pode se denominar como cooperação, viola a ordem pública dos países que possuem jurisdição territorial sobre os fatos, as fontes e seus meios. Contudo, alguns ordenamentos possuem previsões legais para obtenção de documentos dessa forma¹⁷¹, o que afasta os Estados das relações de direito e os transformam

¹⁷⁰ Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: III - autodeterminação dos povos; V - igualdade entre os Estados; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

¹⁷¹ Citam-se dois exemplos do ordenamento jurídico dos Estados Unidos, 31 U.S.C, par 5318(k), adicionado pelo USA Patriot Act e previsão constante no United States Attorney’s Manual par. 9-13.525.

em exercício de poder punitivo incondicionado¹⁷². Como já articulado, em decorrência da função e do conteúdo da ordem pública internacional, os Estados não devem conceder efeito jurídico a atos unilaterais classificáveis como ilícitos internacionais. A doutrina constitucional de Sarlet, Marinoni e Midiero (2012, p. 205) traz que “qualquer ato normativo estrangeiro (assim como qualquer ato jurídico) que estiver violando a Constituição estará violando também, e por consequência, a ordem pública, não podendo gerar efeitos na ordem interna brasileira”. O principal conteúdo normativo do princípio da reciprocidade é, portanto, a igualdade de tratamento e o respeito à jurisdição estrangeira.

2.3.4 Funções declaradas da Cooperação Jurídica Internacional.

É comum que os estudos sobre teoria da pena englobem os estudos de suas funções declaradas, majoritariamente, a pena teria função retributiva e preventiva – geral e especial. Esta forma de pensar a pena é demasiadamente criticada pelo acumulado das produções dos criminólogos críticos (ANDRADE, 2012, p. 61), o que, segundo Vera Andrade (2012, p. 61), é decorrência de que as reais funções da pena são a “construção social da criminalidade e do criminoso [e a] a delimitação do inimigo interno da sociedade”. Sobre este fenômeno da cooperação versamos no primeiro capítulo. Esse excursus é para dizer que a quase totalidade da doutrina trabalha com o princípio da mais ampla cooperação, que não é princípio – como se explicará adiante. Esta construção constitui uma função declarada da cooperação jurídica internacional, nos moldes que das funções atribuíveis à pena, como dito. Assim, diante da genealogia das proposições e da ausência de conteúdo normativo, trabalharemos com essa nomenclatura.

a) Eficácia na assistência

Ao tratar do auxílio direto em material penal, Sergio Moro (2010, p. 16) leciona a existência do princípio da cooperação mais ampla, o qual é enunciado da seguinte forma: “o

¹⁷² O professor Zaffaroni afirmou em entrevista à Conjur que “O Judiciário é indispensável para isso. A contenção é feita pelos juízes. Sem limites, saímos do Estado de Direito e caímos em um Estado Policial. Fora de controle, as forças do poder punitivo praticam um massacre, um genocídio” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Função do Direito Penal é limitar o poder punitivo. Entrevistado por Marina Ito. *Conjur*, 5 jul. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-jul-05/entrevista-eugenio-raul-zaffaroni-ministro-argentino#:~:text=%22A%20fun%C3%A7%C3%A3o%20do%20Direito%20Penal,policiais%20%22fantasiados%22%20de%20ju%C3%ADzes>. Acesso em 24 fev. 2021)

primeiro princípio que rege a cooperação jurídica internacional é o de que ela deve ser a mais ampla possível. Isso não significa que não devem existir limites a serem observados. Entretanto, tais limites devem ser considerados como exceção e não regra. Inicialmente, verifica-se que autor parte de uma lógica privatista do direito, na medida que inverte a lógica de que os atos processuais penais devam ser previstos em lei – típicos processualmente –, isto é, que a persecução penal amparada em cooperação internacional deve encontrar seus fundamentos na legislação e, evidentemente, não é aceitável o raciocínio de que seus limites são a exceção, na medida em que este argumento permite a interpretação que o agente estatal não está vinculado a limites em investigações no qual se utilizem de auxílio direto, por exemplo.

Essa argumentação foi replicada algumas tantas vezes, a exemplo da dissertação de Viviane Grossi (2014, p. 20), que, ao citar a referida passagem, empresta-lhe total validade: “importa saber que o princípio básico que rege a cooperação jurídica internacional é o de que ela deve ser a mais ampla possível, obviamente dentro de limites (excepcionais) que devem ser observados”. Entretanto, como não muito raro na discussão constitucional brasileira, como aponta Lênio Streck (2012, p. 9) frequentemente, a confusão entre falsos princípios e valores éticos individuais dos operadores do direito é ordinária, quase sempre vinculadas a uma interpretação errônea da teoria dos princípios de Robert Alexy, fazendo com que os valores éticos individuais sejam aplicados em detrimento de regras, diga-se de passagem, não convenientes à subjetividade de quem aplica a norma.

A lição é evidentemente necessária e Lênio Streck (2012, p. 9) aponta corretamente princípio principia. É um padrão é norma. É deontológico, “se os princípios constitucionais são deontológicos, como retirar da “afetividade” essa dimensão normativa?); princípio do processo tempestivo (mais uma amostra de uma “principiologia” ad hoc e sem limites, que confunde meros argumentos ou pontos de vista com princípios jurídicos)”. Trata-se de uma moralidade institucionalizada ou, na acepção da teoria da argumentação, devem ser respaldados em uma razão pública idônea¹⁷³. Nesta toada, o princípio da mais ampla cooperação é mais um conjunto de apreciações morais, de juízos éticos pessoais revestidos de uma suposta juridicidade, um verdadeiro exemplo do senso comum teórico, neste caso, absolutamente equivocado. É um caminho argumentativo perigoso; princípio não se aplica quando se quer, não existe princípio para uma única situação fática, princípio é norma e deve ser aplicada. Por fim, em hipótese

¹⁷³ Nomenclatura utilizada por Habermas.

nenhuma, princípio pode configurar uma exceção; um mandamento não-universalizável não pode ser princípio¹⁷⁴. O cenário no Brasil é tão grave e projetam-se tanto as soluções jurídicas na cantilena da ponderação que (panaceia das interpretações incorretas), quando a regra não agrada, ela se converte em princípio para poder ser ponderada.

Mutatis mutandis, é o mesmo fenômeno que acomete a argumentação sobre a prova ilícita *pro-reo*. Segundo alguns doutrinadores¹⁷⁵, se a prova ilícita pode beneficiar o réu, isso implica concluir que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”¹⁷⁶; constitui-se um princípio, porque é passível de ponderação, e, conseqüentemente, é entendida no sentido de que é possível ponderar a norma em questão com outras garantias constitucionais. Isso tudo para dizer que em certos casos poder-se-ia utilizar prova ilícita para a acusação, a partir da ponderação com outros princípios constitucionais, notadamente, de 2ª ou 3ª geração, aproveitando-se da teoria dos princípios de Robert Alexy, na qual regras são normas que não podem ser ponderadas – *all or nothing*. Esquecendo-se, contudo, que a vedação à prova ilícita na Constituição Federal é uma exceção do direito fundamental à prova, ou seja, é direito fundamental o acesso à produção da prova, contudo, esse direito não engloba aquelas que são ilícitas. Como poderia uma exceção ser um mandamento universalizável? Não poderia, logo, não seria princípio¹⁷⁷.

Naturalmente, a apontada discussão sobre prova ilícita *pro-reo* não foi colada aqui com pretensão de ser exaustiva, mas tão somente como um exemplo de que, com a utilização do mesmo referente teórico, a resposta de alguns autores é visivelmente tendente a transformar uma regra em princípio para, posteriormente, operar o milagre da ponderação ou, diante da inexistência de uma regra para tanto, cria-se do zero um princípio para que seja aplicado em detrimento de regras.

Esse caminho argumentativo leva ao princípio da mais ampla cooperação, que não apresenta conteúdo normativo e coloca os limites infraconstitucionais e garantias

¹⁷⁴ Atendo-se somente ao recorte feito pela teoria dos princípios de Alexy.

¹⁷⁵ Thiago Ávila (2006, p. 109-110) argumenta que “nessas situações é admissível uma exceção ao disposto no art. 5o, LVI, da CF/88, pela necessidade de ponderação de interesses com outro vetor constitucional, não há dúvidas em afirmar que tal dispositivo configura um princípio, segundo a classificação de Alexy: o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícito”. Primeiramente, “[...] se o princípio admite uma ponderação de interesses ao menos com o direito à prova da defesa, decorrente do princípio da ampla defesa, cumpre definir se é possível a ponderação com outros princípios constitucionais, em especial o direito à prova da acusação, decorrente do direito de ação e requisito essencial para a realização do dever de proteção penal eficiente.

¹⁷⁶ Artigo 5º, LVI.

¹⁷⁷ Mantendo-se a discussão somente no âmbito da teoria dos princípios de Robert Alexy.

constitucionais como exceções ao dever de cooperar. Se aceitável como correta esta proposição, estar-se-ia a dizer que a proibição de quebra de sigilo bancário em processos cíveis, regra constitucional regulada por lei complementar, deve ser afastada no auxílio direto em matéria penal em razão do conflito com o princípio da mais ampla cooperação. Isto porque princípio é padrão deontológico que se extrai das tradições jurídicas, que retro justifica a própria prática e, mais importante, diante do conflito entre regra e princípios, aplica-se o último na resolução de casos concretos. Dito de outra forma, a existência desse suposto princípio seria suficiente para afastar qualquer limite imposto aos atos cooperacionais.

Afinal, pode esta construção conceitual de Sergio Moro ser considerada inovadora? Não, em verdade, o (não) princípio da mais ampla cooperação é uma interpretação facultada pela redação de diversas Convenções internacionais¹⁷⁸, que pretendem harmonizar o direito penal material dos signatários a fim de facilitar os atos de cooperação, porém, mais que isso, trazem em seus textos manifestações expressas de política criminal que as embasam. Consequentemente, são comuns expressões como “a cooperação deverá ser a mais ampla possível, respeitando-se os limites do ordenamento do Estado signatário”.

Ora, esse objetivo é eminentemente político e é o que motiva a própria existência das Convenções, mas isso não o torna uma norma jurídica, especialmente um princípio; seria o mesmo que dizer, comparativamente, que existe o princípio jurídico da repressão máxima ao tráfico em decorrência das convenções e legislações nacionais sobre o tema. Assim, poder-se-ia questionar um limite legal à persecução penal desse crime em razão da violação ao princípio da repressão máxima ao tráfico, que, ponderado no caso concreto, levaria à continuidade da ação penal, por exemplo. Enfim, a política criminal, por mais que se concorde com seus objetivos, não é princípio nas acepções da teoria da constitucional.

2.4 Reconhecimento mútuo: debate conforme a organização política dos Estados.

Já dispusemos algumas linhas sobre o direito penal transnacional e de que forma o fenômeno da harmonização opera os efeitos de aproximação dos ordenamentos jurídicos como ponto de partida necessário para realização de atos cooperacionais. No contexto trabalhado, o

¹⁷⁸ Convenção de Mérida, Convenção de Palermo, Convenção de Viena, Convenção de Combate a corrupção transnacional da OCDE, dentre outras.

auxílio direto é visualizável como veículo que concretiza a cooperação. Contudo, no espaço comum da União Europeia¹⁷⁹, a partir do Tratado de Lisboa, alçou-se a cooperação jurídica ao status de supranacionalidade, isto é, a possibilidade de regulação vinculativa pelos órgãos deliberativos centralizados da referida comunidade. Construiu-se, posteriormente, o princípio do reconhecimento mútuo, que seria a criação no espaço europeu da validade de decisões “estrangeiras”, o qual se expressou inicialmente mandado de detenção europeu¹⁸⁰ – objetivando um novo regramento em detrimento do processo extradicional – e no mandado europeu de obtenção de provas. Recentemente, a Diretiva 2014/41/EU, instituiu o DEI, que é “uma decisão judicial emitida ou validada por uma autoridade judiciária de um Estado-membro (o de emissão) para ser cumprida em outro Estado-membro (o de execução)” (SILVA, 2018, p. 158).

A validade externa das decisões judiciais que passam a ser cumpridas de acordo com as regras legais do Estado membro de emissão, *forum regit actum*, leva à interpretação de que existe um Direito Penal Europeu de acordo com Manuel Valente (2007). Sobre isso, o autor afirma “o princípio do reconhecimento mútuo pode encabeçar o início de reconhecimento de que existe um direito penal europeu em construção que se deseja não securitário, mas sedimentado em uma política criminal que tem no centro o ‘rosto dos homens” (VALENTE; SILVA, 2007, p. 130). O ponto inicial parece reconhecer que a existência em si deste “novo” direito penal pode ser positiva, entretanto, é necessária a compreensão de que a política criminal que virá a representar seu rosto não pode estar fundamentada em preocupações securitárias¹⁸¹.

O princípio do reconhecimento mútuo foi alçado ao status de pedra angular da cooperação judiciária no território europeu, contemplando principalmente as sentenças. Na proposta britânica, o reconhecimento deveria englobar inclusive decisões interlocutórias, o que,

¹⁷⁹De acordo com Ana Gonzatti Silva (2018, p. 156), “Em 2007, um novo e significativo passo para a cooperação jurídica em matéria penal foi dado na União Europeia. Através da assinatura do Tratado de Lisboa, a cooperação foi inserida plenamente no âmbito comunitário”.

¹⁸⁰Ana Belizário (2018, p. 59) leciona que “O MDE foi introduzido pela DQ do Conselho de 13.06.200289 e consiste no processo de detenção/entrega de pessoas procuradas com vista ao início do procedimento penal ou cumprimento de uma pena entre os EMs, emitido no seguimento das infracções presentes no art.2 n.º2 da DQ, onde se integra a participação num grupo criminoso organizado e condutas típicas desta criminalidade”.

¹⁸¹“A política criminal orienta ou exerce influência na realização do direito em diferentes momentos, quer na incriminação de condutas (v.g., criação de crimes informáticos) e na introdução de meios consensuais de tratamento jurídico-processual dos crimes (v.g., delação premiada e acordos de leniência), quer no estabelecimento de prioridades persecutórias (v.g., criação de varas e delegacias com profissionais especializados em determinado tipo de criminalidade) e de práticas adotadas pelas instâncias de controle do poder executivo e judicial (v.g., criação de rede de proteção para evitar a vulnerabilidade de eventuais vítimas futuras)” (RUIVO apud D’AVILA; DOS SANTOS, 2015, p. 330-331).

de início, possibilitaria o bloqueio de bens e ativos financeiros¹⁸², dando cumprimento às preocupações citadas anteriormente de que a política criminal que orienta o combate ao terrorismo ou ao crime organizado está vinculada à persecução criminal do rastro financeiro da criminalidade econômica, inclusive na sua perspectiva administrativizada. Assim, não é surpreendente que já na discussão inicial de quais decisões deveriam ser reconhecidas mutuamente apareça o interesse em englobar o bloqueio de ativos financeiros.

Antes da discussão da implementação do apontado princípio, é necessário questionar se existem valores comuns a serem compartilhados pela comunidade europeia e, conseqüentemente, quais os objetivos que o novo Direito Penal Europeu deveria perseguir. Em razão disso, o autor prescreve que o lugar a ser reservado pela União à dignidade humana deve nortear o debate. Sem essa discussão prévia, que necessariamente se faz por meio do que se deve harmonizar, o princípio do reconhecimento mútuo se converte em norma jurídica que “prefere a via mais fácil que é impor (criar) uma identidade de valores comuns [...]”. Dito de outra forma, não importa quais são os valores prévios, assumindo-se a possibilidade de imposição supranacionalmente de qualquer política criminal que venha a ser implementada.

Aqui, tem-se uma relação de causa e efeito: o déficit de harmonização entre os ordenamentos levou à imposição do reconhecimento mútuo como seu substituto, o que, na visão do autor, é completamente antitético e consequencialista. Neste particular, é muito pertinente a opinião da Anabela M. Rodrigues: “quanto mais avançarem os trabalhos da harmonização, mais frágil se tornará a justificação para prosseguir na via do reconhecimento mútuo ligado à abolição da dupla incriminação” (VALENTE; SILVA, 2007, p. 124). O fundamento de normatização desse princípio está ancorado na falta de discussão sobre os valores comuns de política criminal. A solução de abolição da dupla incriminação – como decorrência da confiança recíproca – é consequência das insuficiências de harmonização. Pode-se afirmar que o espaço europeu escolheu um caminho securitário, na medida em que o principal critério para a execução de um mandado de prisão é que a conduta seja crime em “algum lugar”, colocando à

¹⁸² De acordo como professor Manuel Valente (2007, p. 131-132): “Acresce que o Conselho consagra o reconhecimento mútuo como a pedra angular da cooperação judiciária da União – civil e penal – e que a sua aplicação não se deve reter às sentenças, mas, na linha das propostas britânicas, a outras decisões das autoridades judiciais – a sua aplicação não se deve ficar pelos julgamentos, mas a quaisquer decisões judiciais precedentes, maxime as que se prendem com a obtenção de meios de prova e com a apreensão de bens de fácil transferência”.

margem qualquer crítica “estrangeira” prévia sobre a necessidade e a adequação de determinado tipo penal *ex ante*.

Esquemáticamente, Manuel Valente apresenta a liberdade e a justiça como os únicos critérios idôneos para se atingir a segurança em um Estado que privilegie os direitos fundamentais, opondo-se à uma lógica securitarista do controle do risco (gerencialismo)¹⁸³:

[...] se adicionarmos liberdade e segurança podemos obter a justiça, podendo-se apelidar este espaço de pró-securitário; se adicionarmos segurança e justiça podemos obter a liberdade, ou seja, esta só existe se houver segurança e justiça eficaz e útil, podendo-se apelidar este espaço de securitário; se adicionarmos liberdade e justiça, podemos obter a segurança, i. e., esta só é alcançável em liberdade e em um quadro de justiça do e para o cidadão, cujo espaço deve ser apelidado de direito democrático e enraizado em uma política criminal, cujo *rostro* é o dos ‘Homens’ (g.n)

A perspectiva apresentada pelo autor é que o espaço comum da União Europeia deve se construir ancorado na lógica dos direitos fundamentais e deles devem emergir causas de não execução do mandado de detenção europeu (inversão do referencial da cooperação jurídica tradicional, isto é, a regra é a execução). Do lado de cá do atlântico, parte da doutrina brasileira sobre cooperação jurídica internacional tenta trabalhar o princípio da confiança como uma evolução jurídica do pensamento – expressão da “historiografia de jurista”¹⁸⁴. Esta perspectiva não é atenta ao contexto de reorganização política da União Europeia (moeda única, acesso livre entre fronteiras, impossibilidade de discriminação de qualquer natureza dos cidadãos europeus) que impulsionou uma nova forma de relação jurídica.

Por fim, não era o objetivo do tópico explicar a dinâmica procedimental da cooperação dentro da União Europeia, mas é importante visualizar que no conteúdo jurídico do reconhecimento mútuo estão presentes contradições os problemas a serem superados. Portanto, a narrativa de que este princípio clama por aplicabilidade em outras conjecturas é geopoliticamente desarrazoada e parte da premissa que direito é um agente transformador da realidade social, como se leis e princípios jurídicos mudassem o mundo tal como se conhece.

¹⁸³ O gerencialismo de riscos é promovido a partir do conceito de eficiência e instrumentalizado a partir da lógica atuarial, raciocínio do qual as ciências criminais não ficaram ilesas. Neste sentido, Maurício Dieter aponta que “[a] Política Criminal Atuarial envolve [...] diferentes discursos e técnicas em função de um só objetivo. A retórica do risco legitima o uso de instrumentos de cálculo atuarial para reorientação do sistema de justiça criminal, cujo fim imediato é o controle social de coletivos sociais, não de pessoas concretas (DIETER, 2012, p. 9).

¹⁸⁴ Expressa a tentativa de fazer com que a historiografia seja uma ferramenta de contextualização e reconstrução de institutos jurídicos e do direito.

2.5 Primazia das normas processuais de fontes supranacional ou internacional sobre a fonte interna.

A emergência das teorias dos direitos fundamentais na segunda metade do século XX aos poucos se tornou um eixo de análise do direito público de forma geral. No processo penal, os princípios constitucionais e a teoria do garantismo penal fomentaram diversas interpretações que expandiram os direitos dos investigados no Brasil. Contudo, a chamada dos constitucionalistas para a resolução de todos os problemas penais nem sempre trazem respostas acompanhadas dos referenciais axiológicos das ciências criminais, que, diga-se de passagem, são um sistema mais antigo que as teorias constitucionais e que apresentam uma lógica de funcionamento própria. Evidentemente, no contexto do autoritarismo e da tradição inquisitorial que são constitutivas do Estado brasileiro – em que as garantias são enxergadas como brechas da lei –, o movimento que constitucionalizou o processo penal foi importante para consolidar avanços mínimos no direito de defesa, mas também deve ser alvo de críticas.

Podemos exemplificar a afirmação com a discussão sobre a necessidade de tipificar o crime de organização criminosa após assunção de tratado com esta harmonização substantiva conforme essa finalidade. Não foram poucos os que defenderam que os tratados deveriam ser aplicados independentemente de lei formal em sentido estrito. Neste caso, a solução foi dada com base no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, que prescreve que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, mas a solução poderia lá não estar e a interpretação mais expansiva com base no princípio da primazia, nos termos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, levaria à superação de axioma muito bem delimitado desde a época de Beccaria¹⁸⁵ – a reserva legal. Assim, a primazia das normas convencionais ou das supranacionais deve ser vista com cautela no contexto das ciências criminais, sob pena de desconfiguração básica de todo o sistema.

Da perspectiva jurisprudencial, construiu-se a doutrina de que as normas convencionais sobre direitos humanos aprovadas com *quórum* qualificado seriam constitucionais, o que depois

¹⁸⁵ O texto se refere ao livro *Dos delitos e das penas*, no qual são trabalhados princípios básicos de regência do direito penal, incluindo a anterioridade da lei penal.

veio a se tornar norma constitucional a partir da emenda 45/2004¹⁸⁶. Depois disso, foram desenvolvidas diversas teorias, a exemplo da teoria do controle de convencionalidade no direito brasileiro, de Valério Mazzouli, que tenderam a aumentar a influência dos regramentos de tratados sobre direitos humanos no ordenamento jurídico nacional, que podem aumentar ou não a convergência axiológica do direito penal e do processo penal com o princípio dispositivo¹⁸⁷ e, conseqüentemente, com o sistema acusatório¹⁸⁸.

O primeiro problema dessas formulações é que os direitos humanos são ao mesmo tempo espada e escudo, na medida em que a proteção contra a violação de bens jurídicos legítimos – dimensão do poder – é obrigação do Estado, mas de igual monta é a obrigação de que o sistema criminal respeite os direitos humanos por meio das garantias – dimensão do dever. Nas palavras de John Parker (1968, p. 366), “*the criminal sanction is at once prime guarantor and prime threatener of human freedom. Used providently and humanely it is guarantor; used indiscriminately and coercively, it is threatener*”, postos os objetivos em conflito – entre ameaça e garantia – deve ser sempre resolvido em favor desta última¹⁸⁹.

Assim, poder-se-ia argumentar que as normas processuais de tratados como a Convenção de Viena seriam aplicadas em detrimento do ordenamento nacional, tendo em vista que suas funções declaradas incluem a proteção dos direitos humanos, da perspectiva da espada, o que esvaziaria a dimensão de garantia do processo penal e da reserva lei em sentido estrito para restrição de direitos fundamentais dos cidadãos. Reconhecendo-se, entretanto, o processo penal como lugar do exercício de defesa, essas conclusões são inaceitáveis.

Em sentido oposto, Eduardo Corrêa trabalhou uma sistematização, a partir do marco teórico de cooperação dialógica de Delmas-Marty, que perpassa o princípio da norma mais favorável e da subsidiariedade das fontes do direito internacional penal e do direito transnacional penal, condicionando os métodos de interpretação do direito constitucional ao

¹⁸⁶ Estabelecida primeiramente no julgamento, pelo STF, do Recurso Extraordinário n. 80.004 (Rel. Min. Xavier de Albuquerque, j. em 01.06.1977, RTJ 83/809). Retirado de SOUZA, Carolina Y. *Cooperação Bilateral Brasil – EUA em Matéria Penal: Alcançando o Devido Processo*. 2015. 279 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. p. 43.

¹⁸⁷ Segundo Jacinto Coutinho (1998, p. 165), “para a devida compreensão do Direito Processual Penal é fundamental o estudo dos sistemas processuais, quais sejam, inquisitório e acusatório, regidos, respectivamente pelos referidos princípios inquisitivo e dispositivo”.

¹⁸⁸ Segundo Jacinto Coutinho (1998, p. 166), “no sistema acusatório, o processo continua sendo um instrumento de descoberta de uma verdade histórica. Entretanto, considerando que a gestão da prova está nas mãos das partes, o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto.”.

¹⁸⁹ Tradução nossa.

princípio da norma mais favorável, para possibilitar uma interpretação das normas de tratados e convenções que mantenham convergência axiológica com um sistema criminal garantidor. O autor propõe dois enunciados, com a qual concordamos (CORRÊA, 2015, p. 386):

[...] são inadmissíveis quaisquer efeitos constitutivos ou agravadores da responsabilidade penal derivados do relacionamento internormativo entre norma nacional e tratado ou outra fonte internacional em matéria penal.

[...] as reduções de responsabilidade penal estabelecidas em tratado ou outra fonte internacional vinculante conformam espaços de liberdade assegurados ao indivíduo submetido à intervenção jurídico-penal do Estado.

Conclui-se, portanto, que a discussão sobre o princípio da primazia das normas convencionais deve ser interpretada no sentido de ampliação e garantia de direitos fundamentais, especialmente porque o princípio da norma mais favorável ao réu é fundante das ciências criminais e é aplicado e previsto nos mais diversos acordos multilaterais (CORRÊA, 2017, p. 365). No âmbito prático, quando formado o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, delimitou-se a tipificação de homicídio que seria utilizada nos julgamentos estaria de acordo com legislação do Código Penal vigente à época dos fatos naquela jurisdição, tendo em vista ser mais favorável aos acusados do que a tipificação do Estatuto de Roma (CORRÊA, 2017, p. 58). Assim, a correta interpretação do princípio da primazia das normas convencionais em matéria penal deve ser compreendida no sentido de qualidade de proteção das normas em conflito.

2.6 Veículos de Cooperação Jurídica Internacional.

2.6.1 Auxílio Direto.

O auxílio direto em matéria penal é um dos instrumentos disponíveis para a realização Cooperação Jurídica Internacional entre Estados e consiste, de acordo com Geiger, “[no] conjunto de atos necessários para instituir ou facilitar a persecução de uma infração criminal, com envio de documentos ou colheita de provas”. Neste contexto, a assistência direta tem como principal característica a possibilidade de descentralização dos atos cooperacionais, ou seja, está à disposição de juízes, promotores e delegados em todas as fases processuais ou de investigação para o envio e/ou recebimento de pedidos advindos ou direcionadas às jurisdições estrangeiras. Esses requerimentos são transmitidos por meio de Autoridades Centrais, que são órgãos exclusivamente responsáveis pela comunicação entre os Estados cooperantes.

Apesar desta temática ser relativamente recente, tal como exposto no capítulo 1, houve significativo aumento na realização de acordos desse gênero em meados da década de noventa, quando passou a existir um consenso a respeito do escopo das medidas que compreendem a assistência jurídica internacional (ABADE, 2014, p. 307-309), conseqüentemente, houve aumento do número de acordos multilaterais com este intuito. Assim, é inegável o crescimento da utilização da assistência direta, uma vez que, na visão de muitos autores, este veículo é mais célere para o cumprimento de determinações administrativas e judiciais, e, justamente em razão desta característica, nas últimas duas décadas vem ocorrendo a “substituição” da tradicional carta rogatória pelo auxílio direto¹⁹⁰. De certa forma, o aumento da utilização deve ser problematizado e aqui o será.

Neste cenário, da perspectiva de Estado requerido, o juízo brasileiro conhece de pedido de uma pessoa jurídica de direito público internacional – representada pelo Ministério Público Federal ou Advocacia Geral da União – como se nacional fosse, julgando-o¹⁹¹ no mérito¹⁹². Entretanto, não somente a decisão é produzida nacionalmente, bem como todo o procedimento, respeitando-se a distribuição de competências internas tanto para a formulação do pedido quanto para execução de demandas estrangeiras. Por conseguinte, todo o procedimento é regido pela *aplicação imediata dos direitos fundamentais*¹⁹³. Faz-se, inicialmente, esta advertência porque as discussões jurídicas em torno das espécies de cooperação são vinculadas, em regra, à extradição – campo com mais jurisprudência disponível por razões óbvias – de modo a internalizar conceitos não aplicáveis ao auxílio direto, a exemplo: utilização equivocada do referencial *núcleo essencial dos direitos fundamentais*.

¹⁹⁰ Denise Abade (2014, p. 307-310) afirma: “a evolução dos tratados internacionais fez com que ocorresse, nas últimas décadas, um processo de “substituição” dos meios de diplomáticos e da carta rogatória por outro mecanismo de cooperação denominado “auxílio direto” que, basicamente, não se limita a contemplar o pedido de cooperação de um juízo para outro (como na carta rogatória), mas, sim, busca uma decisão genuinamente estrangeira, que se refira a um litígio interno”.

¹⁹¹ “No pedido de auxílio, busca-se produzir uma decisão judicial doméstica e, como tal, não sujeita ao juízo de deliberação” (DIPP, 2007, p. 400)

¹⁹² Abade (2016, p. 7-23) argumenta que “o auxílio direto, portanto, é um procedimento nacional, iniciado por solicitação de Estado estrangeiro para que, caso seja necessária uma ordem judicial, um juiz nacional conheça de seu pedido e seja iniciada uma demanda interna, pelo órgão competente, que na área criminal é o Ministério Público Federal. O juiz nacional competente é o juízo federal, à luz do art. 109, III da Constituição (compete aos juízes federais julgar as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional). [...] O exemplo da atuação da Advocacia-Geral da União e do Ministério Público Federal nos pedidos de auxílio direto criminal é amostra evidente do novo papel do Poder Executivo. Até 2005, a Advocacia Geral da União recebia do Ministério da Justiça os pedidos a ele encaminhados como autoridade central e os promovia perante os juízos federais criminais”.

¹⁹³ §1, art. 5º, da Constituição Federal.

Além da comunicação entre os países cooperantes, as Autoridade Centrais analisam a conformidade dos pedidos, tanto para envio quanto para recebimento, inclusive com a realização de juízo de admissibilidade na qualidade de Estado requerido. Neste aspecto, o auxílio direto tem padrão bifásico, uma vez que, se necessário o cumprimento de diligência judicial, o representante do Poder Executivo, na qualidade de chefe de Estado, se compromete em nível internacional, por convenções específicas ou tratados bilaterais, a organizar a estrutura administrativa para possibilitar a cooperação por assistência direta, o que inclui os procedimentos de envio ao Poder Judiciário, a quem compete decidir matéria protegida por cláusula de jurisdição¹⁹⁴. Dito de outra forma, o auxílio direto é escrutinado inicialmente pelos procedimentos administrativos da Administração Pública e, posteriormente, pelo judiciário, que decide meritoriamente, balizado no ordenamento jurídico nacional, a demanda enviada por uma pessoa jurídica de direito internacional público.

Apesar de pouquíssimo lembrada – talvez por infrequente –, compõe também a natureza jurídica do auxílio direto a possibilidade de dar seguimento a atos que não estão protegidos por cláusula de jurisdição, estando, portanto, à disposição de autoridades administrativas – Administração Pública, autarquias, empresas públicas, dentre outras. O esquecimento desta característica é tão normal que o próprio conceito apresentado pela Procuradoria Geral da República para definição do auxílio direto não versa sobre esta característica “instrumento de colaboração penal internacional, por meio do qual é feito o encaminhamento do pedido de realização de um ato judicial que se faz necessário para a instrução de um procedimento penal em curso no Estado requerente” (ABADE, 2016, p. 13-14). O conceito parte do pressuposto que o requerimento estrangeiro será sempre de um ato judicial.

Ao revés, analisando-se o Brasil como Estado requerente, os pedidos devem ser encaminhados do Ministério da Justiça à Autoridade Central apontada pelo Estado requerido. Após este trâmite, a definição interna de como se formalizará naquele país o pedido brasileiro é regulada pelos procedimentos do direito doméstico de regência. Assim, a autoridade (juiz, promotor ou delegado), ao fazer um pedido, está vinculada aos limites da legislação aplicável no Estado requerente, entretanto, fica a cargo da legislação de regência no Estado requerido o julgamento de mérito da diligência solicitada, isto é, a análise de legalidade é feita pelo menos

¹⁹⁴ Em tom crítico, Eduardo Viscosi (apud CERVINI; TAVAREZ, 2001) aponta que “se tem argumentado que esse critério – também chamado de ‘duplo-controle’ – poderia operar uma qualificação de grau duvidosa constitucionalmente suscetível de alterar o princípio da separação de poderes”.

em dois momentos, dando-se cumprimento ao princípio *locus regit actum*. Dito de outra forma, aquele que pede somente pode pedir nos limites legais do Estado que lhe outorga investidura e competência e, conseqüentemente, não pode esperar que a decisão em juízo estrangeiro se dê em contrariedade à legalidade de regência no Estado requerido.

A apontada característica é própria do auxílio direto e, no nosso ordenamento, o Ministério Público Federal, ao receber do Ministério da Justiça pedido a ser judicializado na Justiça Federal, terá de fazer a conformação com o ordenamento local, averiguando-se sua possibilidade – legalidade. Naturalmente, caberá ao juízo decidir da matéria com base no ordenamento nacional, aplicando-lhe todos os critérios inerentes à jurisdição penal brasileira. É justamente este fenômeno que confere tamanha importância ao estudo do direito penal transnacional como sistema autônomo em relação ao Direito Internacional, especialmente em razão da relevância alcançada e da influência que possui no dia a dia da persecução criminal.

Essas interpretações são possíveis por meio da análise fragmentada do ordenamento jurídico, uma vez que a Constituição Federal e o Código de Processo Penal, livro V (Das relações jurisdicionais com autoridade estrangeira), não trazem sequer referência a respeito da assistência direta, dedicando-se, exclusivamente, aos dispositivos que regulam a homologação de sentença estrangeira, a carta rogatória e a seus respectivos efeitos jurídicos. Tanto é assim que a doutrina usualmente se utiliza da Resolução n. 9 do Superior Tribunal de Justiça para delimitar as diferenças entre o auxílio direto e a carta rogatória. E o pior, a conceituação apresentada pela resolução define o auxílio direto pela negação do que ele não constitui, isto é, em oposição à definição da natureza jurídica da carta rogatória, nos termos da normativa:

Art. 7º As cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios.
Parágrafo único. Os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto.

Ora, a conclusão a partir da leitura é que se for prescindível o juízo de delibação pelo tribunal, o pedido recebido será encaminhado ao Ministério da Justiça para o trâmite por auxílio direto, isto é, a assistência mútua é aquilo que a carta rogatória não é. Evidentemente, o conceito apresentado parte do pressuposto que é pacificado, e de conhecimento geral, a diferença entre cognição ampla de mérito e juízo de delibação, e estão justamente nesta característica as principais limitações que o novo veículo pode vir a apresentar. Em outras palavras, a única

maneira de uma decisão alienígena operar efeitos penais – *contra legem* – em território nacional é por meio de *exequatur*, dando-se cumprimento ao mandamento constitucional, que reconheceu esta hipótese vinculadamente.

Até aqui, foram expostos brevemente os elementos caracterizadores do auxílio direto, o que deve ser feito para além de discriminar as diferenças entre esse veículo e a tradicional carta rogatória. Em razão disso, analisar-se-á, pormenorizadamente, os três elementos centrais que compõem a natureza jurídica da assistência direta.

a) Alçada do Poder Executivo e sua competência para o juízo de admissibilidade

A cooperação jurídica internacional também é abrangida pelo campo das relações diplomáticas, ou seja, a cooperação entre Estados deve ser entendida como um gênero do qual a jurídica é uma espécie. Assim, a cooperação entre Estados envolve todos os interesses diplomáticos: câmbios e ações militares, cooperação agrícola e tecnológica, ações conjuntas de desenvolvimento e, neste cenário, alguns princípios de tradição secular da diplomacia são aplicáveis aos atos de cooperação jurídica, a exemplo da reciprocidade (MELLO, 2004, p. 99-100). Nas palavras de Anor Maciel, somente o Executivo, “a quem compete a orientação dos negócios internacionais, é o árbitro do encaminhamento da solicitação de outro Estado à Justiça, levando em conta as relações entre ambas as nações e fixando a atitude que o país adotará em relação ao Estado requerente” (1954. p. 52-56).

A supracitada passagem é anterior à atual ordem constitucional, entretanto, a Constituição Federal de 1988 também trouxe esta característica no art. 84, incisos VII e VIII, ao prescrever que é competência do Presidente da República: VII - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos; VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. Estes dispositivos nada mais são que a determinação de que é o chefe de Estado que representa o Brasil em nível internacional e é responsável pela diplomacia nacional, o que incluiu, na visão deste autor, a espécie cooperação jurídica entre os Estados. A exceção é, portanto, a competência do Superior Tribunal de Justiça para conceder *exequatur* às cartas rogatórias.

Nesta norma, que é da tradição constitucional brasileira, e que a carta de 1988 preserva, tem sede a titularidade, pelo governo, de toda a dinâmica das relações internacionais: incumbe-lhe estabelecer e romper a seu critério relações internacionais, decidir sobre o intercâmbio consular, sobre a política de maior

aproximação ou reserva a ser desenvolvida em face de determinado bloco, sobre a atuação de nossos representantes no seio de organizações internacionais, sobre a formulação, a aceitação e a recusa de convites para entendimentos bilaterais ou multilaterais tendentes à preparação de tratados. Enquanto não se cuida de incorporar ao direito interno um texto produzido mediante acordo com potências estrangeiras, a autossuficiência do poder Executivo é praticamente absoluta (REZEK, 2018, p. 87).

São precisamente estes fundamentos que determinam que o juízo de admissibilidade administrativo, feito pelo Poder Executivo, englobe as hipóteses de negativa de cooperação por assistência direta previamente. Diz-se isso porque, em regra, os acordos bilaterais, a exemplo dos realizados com a Ucrânia e os Estados Unidos, com redação igual ou muito próxima, estipulam que “a Autoridade Central da Parte Requerida poderá negar assistência se...”. A partir desta leitura, Vladimir Aras (2010, p. 362-363) argumenta que o Poder Executivo não poderia realizar a negativa antes de consultar o Ministério Público Federal e o Judiciário:

A leitura apressada do caput do artigo 3º pode levar à conclusão errônea de que a autoridade central do Estado requerido pode negar a assistência de imediato. Nos Estados Unidos, esta regra tem eficácia plena porquanto a autoridade central compõe a estrutura do Departamento de Justiça, que é capitaneado pelo Procurador-Geral daquela nação. Todavia, no Brasil, a autoridade central não tem competência legal para barrar a tramitação de pedidos de cooperação internacional passiva ou ativa, porquanto o juízo sobre a classificação do fato pertence ao Ministério Público e ao Judiciário. Logo, estes órgãos serão os responsáveis por assinalar a impossibilidade de atendimento do MLA, com base na alínea a, do par 1º, do art. 3º, do Tratado (crime militar próprio ou puro).

Este trecho foi comentado por Carolina Souza, que esclarece que “tal posição parece equivocada, pois um tratado, ao ser internalizado, assume status de lei ordinária (exceção feita aos tratados de direitos humanos, nos termos da Emenda Constitucional nº 45/2004)” e conclui no sentido de que “a própria lei conferiu essa atribuição à autoridade central brasileira, não havendo qualquer empecilho para que ela possa exercê-la” (SOUZA, 2015, p. 235). Assim, quando recebido o pedido pela Autoridade Central, caberá ao órgão a prerrogativa de decidir sobre o *de acordo com o ordenamento brasileiro* e, somente após a admissão, haverá o encaminhamento às autoridades internas (início da fase judiciária do procedimento).

Ainda de acordo com Carolina Souza, “na prática europeia de utilização do Tratado do Conselho da Europa de 1959, a autoridade central decide se o pedido preenche os requisitos de seu ordenamento interno e se deve, discricionariamente, executar o pedido”. Como se pode ver, a autora enfrenta as preposições de Vladimir Aras em dois campos; primeiro: os acordos bilaterais são lei ordinária e determinam competência à Autoridade Central para a realização do juízo de admissibilidade; segundo: o exemplo do Departamento de Justiça dos Estados Unidos

demonstra que aquele ordenamento foge à regra, uma vez que Procuradoria Geral¹⁹⁵ é abrangida pelo executivo, distinguindo-o, portanto, da prática europeia e brasileira.

Ambos os argumentos são colocados com precisão pela autora. Por outro lado, a tese colocada por Vladimir Aras é, ao fim e ao cabo, um argumento de política, nas acepções trabalhadas por Ronald Dworkin¹⁹⁶, isto porque defende uma tecnização de uma competência determinada constitucionalmente e objetivamente pela legislação ordinária na tentativa de deslocar o eixo de análise ao órgão técnico com o pano de fundo argumentativo de independência funcional e de eventual ingerência política. Além disso, há uma confusão prática no argumento. O autor tenta, por meio do direito comparado, sustentar que o juízo de admissibilidade deva ser realizado, em última análise, pelo Procurador Geral da República no Brasil, mas esbarra no ontológico¹⁹⁷ a respeito do tema: a legislação prevê o contrário.

O debate proposto por Vladimir Aras existe, é relevante e deve ser enfrentado, contudo, no campo pertinente: deontológico, a partir do prisma de uma possível violação à separação dos Poderes, o qual constitui razão fundamente das democracias liberais em um Estado moderno. Ademais, sendo a cooperação internacional espécie de ato que envolve necessariamente relação com Estados estrangeiros, a competência do Poder Executivo só poderia ser afastada por determinação constitucional, a exemplo da escolha do Constituinte para a análise de cartas rogatórias, de homologação de sentenças estrangeiras e de extradição; a última foi alvo de debate no Supremo Tribunal Federal em hipótese que houve divergência entre a concessão de *status* de refugiado político à Cesare Battisti e a existência de pedido de extradição, posteriormente concedido¹⁹⁸.

O juízo de admissibilidade e a forma de realização do ato processual no Estado requerente são feitos pelas supracitadas Autoridades Centrais, as quais se definem previamente

¹⁹⁵ Tradução livre de *Attorney General*.

¹⁹⁶ Segundo Dworkin: “Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcança-o, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2002, p. 36).

¹⁹⁷ O ontológico é colocado em uma perspectiva do *positivismo*, isto é, o ordenamento como o objeto científico do cientista do direito.

¹⁹⁸ Naquela oportunidade, o tratamento do Poder Executivo à matéria foi tido como prejudicial ao cumprimento da execução deferida pelo Supremo Tribunal Federal, o que reforça a relevância do Chefe de Estado em decisões que podem vir a ser interpretadas como ilícitos internacionais.

nos próprios acordos bilaterais assinados entre os Estados¹⁹⁹. No Brasil, o Ministério da Justiça figura nesta qualidade na quase totalidade desses acordos bilaterais e, de acordo com o órgão, o Brasil é signatário de 20 acordos desta natureza²⁰⁰. Após o trâmite administrativo no país de origem, encaminha-se às autoridades nacionais do Estado requerido, judiciais ou administrativas, competentes para o cumprimento.

“O Estado-parte requerido poderá denegar a assistência quando: o cumprimento do pedido seja contrário à segurança, à ordem pública ou a outros interesses essenciais do Estado requerido”²⁰¹. Em tom crítico a esta espécie de previsão, Eduardo Vescovi (1993, p 379) argumenta que “a essência da questão [...] habilita a Autoridade Central (portanto, o Poder Executivo) a recusar a assistência [...] [o que] a meu juízo viola o princípio da separação de poderes”. À nossa visão, o argumento apresentado não condiz muito com a natureza jurídica do instituto. Não se está a dizer que a Autoridade Central pode autorizar a cooperação em hipótese em que haja reserva de jurisdição sem passar pelo crivo do judiciário, o que o pacto define é que a interpretação prévia sobre a ordem pública ou de outros interesses essenciais será foro de decisão política *stricto sensu* no âmbito do Poder Executivo.

Ademais, o Chefe de Estado, por determinação constitucional, é quem representa o Estado em todas as suas relações diplomáticas, das quais a assistência direta é uma espécie. Dito isso, complementarmente à citação de Anor Maciel feita acima²⁰², Francisco Rezek (1984, p. 29) leciona que essa competência é comum em regimes democráticos, ainda que parlamentaristas “no que estritamente concerne, porém, ao direito dos tratados, a representatividade ilimitada do chefe de Estado subsiste mesmo no regime parlamentarista, em

¹⁹⁹ Denise Abade (2016, p. 13-14) ressalta que, na definição da Procuradoria-Geral da República, “o auxílio direto baseado nesses tratados internacionais consiste no ‘instrumento de colaboração penal internacional, através do qual é feito o encaminhamento do pedido de realização de um ato judicial que se faz necessário para a instrução de um procedimento penal em curso no Estado requerente’. No auxílio direto, o pedido é recebido pela autoridade central brasileira e, em seguida, é encaminhado ao órgão incumbido internamente dos poderes para realização da diligência. Caso haja, de acordo com o ordenamento brasileiro, a necessidade de autorização judicial para o cumprimento da diligência (por exemplo, quebra de sigilo bancário), a autoridade central enviará o pleito ao Ministério Público Federal, que proporá ação judicial solicitando atendimento do pedido”.

²⁰⁰ Canadá (Decreto n. 6.747), China (Decreto n. 6.282) Colômbia (Decreto n. 3.895), Coreia do Sul (Decreto n. 5.721). Cuba (Decreto n. 6.462), Espanha (Decreto n. 6.681), Estados Unidos da América (Decreto n. 3.810), França (Decreto n. 3.324), Itália (Decreto n. .862), México (Decreto n° 7.595), Nigéria (Decreto n° 7.582), Panamá (Decreto n° 7596), Peru (Decreto n. 3.988), Portugal (Decreto n. 1.320), Suíça (Decreto n. 6.974), Suriname (Decreto n. 6.832) e Ucrânia (Decreto n. 5.984).

²⁰¹ Artigo 5, “e”, do Decreto-lei n. 3.468.

²⁰² “Só o Poder Executivo, a quem compete a orientação dos negócios internacionais, é o árbitro do encaminhamento da solicitação de outro Estado à Justiça, levando em conta as relações entre ambas as nações e fixando a atitude que o país adotará em relação ao Estado requerente”. (MACIEL, 1954, p. 52-56).

que ele é poupado de toda responsabilidade governativa”. Assim, o Estado requerente não se apresenta como Estado-juiz nos pedidos de auxílio direto, tampouco roga que mandado ou decisão judicial sejam cumpridos em território estrangeiro fora de sua jurisdição, a exemplo do que ocorre nos pedidos de cartas rogatórias. Ao contrário, na assistência direta, o Estado requerente se apresenta como administrador (DIPP, 2007, p. 40), fundamentado em acordo de vontades pactuado por acordo bilateral, cujo descumprimento fora das hipóteses pré-pactuadas pode configurar ilícito internacional.

Por óbvio, a defesa deste ponto de vista não abrange que a decisão seja fundamentada no “porque eu quero”, uma vez que qualquer ato que viole ou ameace direitos poderá ser analisado pelo judiciário. Entretanto, o controle judicial de decisão política, que deve ser bem restrito, não pode ser confundido com a competência para o ato em si, sob pena de subversão do sistema jurídico como um todo. Por outro lado, as preocupações demonstradas por alguns autores sobre hipóteses de denegação do auxílio direto, na medida em que tratam de matéria absolutamente jurídica (crime militar, vedação ao *ne bis in idem*), são válidas, uma vez que a Autoridade administrativa pode não ter *expertise* para a resolução destes conflitos, entretanto, como dito anteriormente, seria o caso de intervenção judicial a hipótese de interpretação equivocada a respeito da natureza de crime militar ou não pela Autoridade Central

Em síntese, os tratados reafirmam o princípio da reserva política. A responsabilidade por prestar cooperação em hipótese que gere um cataclismo econômico ou que perturbe a ordem interna nacional é das autoridades judiciais? Se a resposta ao questionamento for positiva, o que se admite a título de debate, sendo facultadas aos juízes somente a interpretação e a aplicação do direito ao caso concreto, estar-se-ia a dizer que os interesses do Estado não poderiam ser analisados no mérito das suas consequências em contraposição aos interesses de pessoa jurídica de direito internacional estrangeira, mesmo diante de pedidos que afrontassem a normalidade e a ordem pública nacional e internacional do Estado requerido. Evidentemente, ao Poder Judiciário não cabe esta possibilidade de análise, justamente porque não se trata de uma decisão jurídica e sim, genuinamente, de uma escolha política.

b) Ampla cognoscibilidade – mérito

A ampla cognição no auxílio direto é constitutiva do relacionamento entre os atores cooperantes – cooperação *stricto sensu* – e da relação entre os ordenamentos – harmonização –

, linhas nas quais se sustenta o sistema da transnacionalidade do direito penal e onde reside sua significativa força normativa, isto porque o acordo de vontades entre os Estados e a aproximação de seus interesses criminais com fundamento em políticas criminais semelhantes exponencia a possibilidade do pedido de um Estado ser juridicamente possível em outro, que o decidirá no mérito. Esta talvez seja a principal característica que distingue as tradicionais cartas rogatórias da assistência direta, uma vez que só é possível falar em trânsito de pedidos quando os ordenamentos são aparentemente compatíveis.

Em suma, a opção pelo trânsito de pedidos coloca Estado requerido na posição de aplicar a integralidade de sua jurisdição, que expressa o poder e determina a posição processual dos atores processuais, neste caso, com representação dos interesses de pessoa jurídica de direito público internacional. Mais do que isso, determina o lugar do Poder Judiciário nos Estados modernos, necessariamente, vinculados ao princípio da separação dos poderes.

Dessa forma, a expressão da soberania do Estado que cabe ao Poder Judiciário é espaço da jurisdição, na formulação de Chiovenda (1923, p. 293)²⁰³:

Entre as três funções da soberania nós vemos uma mais ou menos clara separação conceitual, mas frequentemente difícil de determinar. A contraposição é bastante simples entre a função legislativa e jurisdicional, porque àquela compete determinar as normas reguladoras da atividade dos cidadãos e dos órgãos públicos (supra p. 29), a esta aplicá-las (supra p. 65 e ss.); é menos fácil definir a diferença entre administração e jurisdição, de um modo que valha para todos os casos: porque também a administração pode contrapor-se à legislação como atuação da lei.

É necessário ressaltar a utilização irrestrita do conceito de jurisdição de Chiovenda no direito processual penal. Deve-se fazer o recorte de em quais termos são adaptáveis a este ramo de estudos, para que não se introduza uma lógica privatista na argumentação. Primeiramente, o autor italiano formulou esse conceito tomando por base um processo civil de partes que possuía como característica quase necessária a existência de uma lide a ser julgada; estas premissas levam a uma característica que é antitética em processo penal para caracterizar a manifestação

²⁰³ “Fra le tre funzioni della sovranità noi vediamo una più o meno chiara separazione concettuale ma spesso difficile a determinare. Se la contrapposizione è abbastanza semplice fra funzione legislativa e giurisdizionale, perchè a quella appartiene porre le norme regolatrici dell’ attività dei cittadini e degli organi pubblici (sopra p. 29), a questa attuarle (sopra p. 65 e segg.), è meno facile definire la differenza fra amministrazione e giurisdizione, in modo che valga per tutti i casi: perchè anche l’amministrazione si può contraporre alla legislazione come attuazione di legge” (CHIOVENDA, 1923, p. 293).

da soberania pelo Poder Judiciário: a substitutividade²⁰⁴. O juiz não atua em substituição ao direito das partes. No processo penal, a pretensão acusatória será sempre resistida e cogente, da mesma forma, o direito/dever de ação do acusador não advém de uma representação direta dos direitos da vítima no processo.

De acordo de Luigi Ferrajoli (2002)²⁰⁵, em primeiro momento, o direito penal tem como objetivo a prevenção geral, âmbito que protege a eventual vítima de um crime – por ser a mais fraca naquela relação específica. Entretanto, na relação processual, o direito de ação do acusador representa o poder de punir do Estado, e este enfrenta o particular. Neste ponto, a relação de assimetria de forças se inverte, passando o acusado a ser o mais fraco na situação jurídica, daí advém inicialmente a impossibilidade de ponderar os direitos das vítimas e dos acusados na ação penal. Refuta-se, portanto, que a substitutividade seja característica da jurisdição aplicável ao processo penal.

Em segundo lugar, a subsidiariedade como característica da jurisdição também dificulta a correta interpretação das limitações ao exercício deste poder, notadamente, o princípio do juiz natural e o princípio da indeclinabilidade da jurisdição. Ao fazer a defesa da subsidiariedade da jurisdição na linha de Chiovenda (1934)²⁰⁶, estar-se-ia a considerar o Poder Judiciário como subsidiário à Administração Pública e ao Legislativo, uma vez que seria um poder incumbido

²⁰⁴ Em outro trecho, explica em que sentido se daria a substituição dos cidadãos: “a jurisdição consiste na atuação da lei mediante a substituição da atividade dos órgãos públicos à atividade alheia, seja em afirmar a existência de uma vontade da lei, seja em determinar ulteriormente a sua efetivação” (CHIOVENDA, 1923, p. 292). Em outra passagem, afirma que “a substituição definitiva e obrigatória da atividade intelectual do juiz à atividade intelectual não somente das partes, mas de todos os cidadãos ao afirmar existente ou não existente uma vontade concreta da lei concernente às partes. Pela boca CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzione di diritto processuale civile*. Nápoles, Itália: Jovene, 1934. Volume II. p. 08-09). Em crítica precisa, Clara Roman Borges esclarece que esta característica não aproveita a jurisdição penal: “ao contrário do que defendia Giuseppe Chiovenda e, de acordo com a tese contratualista hobbesiana, o Estado no exercício de seu poder jurisdicional não substitui os cidadãos ao afirmar perante as partes uma obrigação de dar ou de fazer ou até uma punição prevista em lei, mas atua a soberania que lhe é inerente.” (BORGES, 2005, p. 66).

²⁰⁵ Segundo Ferrajoli, (2002, p. 88) “[...] Estado de direito frente a Estado absoluto ou despótico; formalismo frente ao substancialismo, passo a passo para aquelas através das quais o autor expõe sua orientação na política penalista, direito penal mínimo frente a direito penal máximo, o direito do mais fraco frente ao direito do mais forte; em última instância, certeza frente arbitrio”.

²⁰⁶ De acordo com o autor italiano, “[o juiz] não cria nem modifica a lei, mas aplica (mesmo que a considere injusta)” (CHIOVENDA, 1934, p. 24). Esta perspectiva do juiz boca da lei, exercendo somente uma função subsidiária à administração ou ao legislativo, é equivocada. Segundo Clara Roman Borges (2005, p. 64), “para a construção de um novo conceito de jurisdição faz-se necessário descartar este aspecto da conceituação chiovendiana que relega o atuar jurisdicional a uma atividade mecânica que faz valer a vontade do legislador”. No mesmo sentido, Franco Cordero explica a genealogia do argumento do mestre italiano: “ninguém, com olhos abertos, crê ainda na identidade texto-norma, ilusoriamente atestada pelos iluministas devotos da ‘Lei’ e de sua correspondente mitologia, ou das fábulas espalhadas pela Escola da Exegese sobre a hermenêutica-ciência exata: de uma fórmula saem tantas normas quantas são as cabeças dissidentes”.

somente de dizer o direito, ser “a boca da lei”, o que demonstra sua vinculação à Escola da Exegese Francesa do início do século XIX. Pode-se dizer que os iluministas tinham ojeriza ao judiciário porque sua composição no Estado absolutista era feita pelos nobres, pensamento que influenciou determinantemente a apontada escola francesa.

Em linhas gerais, é impossível aplicar o direito sem interpretá-lo. Esta impossibilidade lógica fulmina a possibilidade de existência de um juiz boca da lei e, conseqüentemente, o Poder Judiciário como um poder institucional de menor importância, ou subsidiário à Administração.

Voltando ao tema do tópico após situar a jurisdição como espaço da soberania que cabe ao Poder Judiciário. A cognoscibilidade ampla que o juiz possui no pedido de auxílio direto é, primeiramente, a única que ele pode dar²⁰⁷, ou seja, àquela vinculada ao ordenamento que sua atividade jurisdicional possibilita. Como dito, a decisão produzida na assistência direta é nacional – assim como todo o procedimento –, de acordo com Lobo (2006), “trata-se de um procedimento inteiramente nacional (...) um juiz nacional conheça de seu pedido como se o procedimento fosse interno”. Assim, aplica-se inteiramente o ordenamento nacional com suas respectivas fontes transversais sobre direitos humanos e à legislação internalizada por tratados internacionais, baseando-se nos mesmos critérios de hierarquia legislativa fornecidos pela lei de introdução às normas do direito brasileiro, por exemplo.

Apesar da aparente obviedade da formulação, sua incompreensão pode levar a uma atuação judicial teratológica. Assim, caso seja requerida à autoridade brasileira a quebra de sigilo bancário para a instrução de processo de natureza civil, a decisão judicial deverá se basear nos exatos fundamentos aplicáveis em pedidos ocorridos diretamente por autoridade nacional, isto é, sua absoluta impossibilidade²⁰⁸. Em casos como este, de evidente ilegalidade, caberia à Autoridade Central requerida informar a ausência de compatibilidade normativa do pedido.

²⁰⁷ A execução de sentença *ilegal* (da ótica do direito interno) só é possível através *exequatur*.

²⁰⁸ No ordenamento jurídico brasileiro, o sigilo bancário é protegido constitucionalmente como uma garantia fundamental (art. 5º, X e XII, com regulação do art. 1º, parágrafo 4º, da Lei Complementar n. 105/2001), de modo que o levantamento desta garantia só pode ocorrer em inquéritos criminais ou para a instrução de processos penais. Esta é a interpretação possível a partir dos dois dispositivos citados. Deste modo, pouco dúvida há no ordenamento brasileiro a respeito da impossibilidade de quebra de sigilo bancário em processos de natureza cível.

c) Competência da Justiça Federal e reserva de jurisdição – atuação passiva

As hipóteses de atração de competência das justiças especializadas são expressas na Constituição Federal, entretanto, a competência da Justiça Federal nos pedidos na assistência direta passiva se dá com base em uma interpretação sistemática de alguns dispositivos constitucionais. Esta definição é relevante porque o auxílio direto é instrumento processual vinculado ao ordenamento jurídico do Estado requerido e, evidentemente, nos casos em que os direitos dos investigados sejam protegidos por reserva de jurisdição, será necessária decisão judicial autorizadora, sendo a competência da Justiça Federal.

Usualmente, defende-se esta posição tomando por base o artigo 109, III, da Constituição Federal, na medida em que prescreve que “aos juízes federais compete processar e julgar[...] III - as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional”. A doutrina que defende este ponto está correta, mas o argumento é relativamente impreciso, uma vez que essa interpretação do dispositivo poderia levar ao entendimento de que todo crime de lavagem de dinheiro seria de competência da justiça federal, tendo em vista que a harmonização desse delito se deu em razão de tratado ou convenção internacional; o mesmo poder-se-ia dizer do crime de tráfico de drogas.

A bem da verdade, outros incisos do referido artigo estipulam a competência da justiça federal quando a execução de crime, fundado em tratado internacional, produza resultado em outra jurisdição ou em casos de grave violação aos direitos humanos²⁰⁹. Assim, sempre que houver execução de conduta em mais de uma jurisdição, a competência será da Justiça Federal – desvalor da ação –, não se esquecendo da possibilidade conflito de atribuição de jurisdição com outros Estados, que são superficialmente previstos em Convenções Internacionais²¹⁰. Da mesma forma, em relação ao desvalor do resultado, o resultado lesivo ou a ameaça a bens jurídicos penais – conteúdo normativo do princípio da ofensividade – também serão critérios para atribuição de jurisdição.

De início, é necessário o reconhecimento de que o artigo 109 da Constituição Federal não tratou especificamente da competência da Justiça Federal para a cooperação jurídica internacional. Contudo, os dispositivos constitucionais que fundamentam a cooperação levam a essa interpretação. Primeiramente, as relações com os demais Estados estrangeiros são de

²⁰⁹ Artigo 109, §5º, da Constituição Federal.

²¹⁰ Art. 26 da Convenção de Mérida, por exemplo.

competência da União e, necessariamente, quando há interesse da União, a competência é da Justiça Federal. Outro aspecto a ser analisado é que o auxílio direto é veículo de trânsito de pedidos, assim ao Ministério Público cabe o ajuizamento, ou não²¹¹, de pedido de pessoa de direito público internacional em juízo, o que evidencia o interesse da União na relação com os demais Estados estrangeiros. Ademais, a assistência direta é prevista, fragmentariamente, por tratados e convenções multi e bilaterais, sendo, portanto, seu fundamento legal retirado diretamente dessas avenças internacionais e, ao contrário dos crimes que são harmonizados e que possuem reserva de lei em sentido estrito pela Constituição Federal, isto não necessariamente ocorre com os procedimentos da assistência direta, estando, portanto, nos referidos diplomas internacionais o fundamento legal autorizador.

Conseqüentemente, sendo a competência da Justiça Federal, em representação dos interesses da União, atuam o Advocacia Geral da União e o Ministério Público Federal e, por alguns anos, houve divergência a respeito de qual das instituições deveria atuar na seara criminal. Até 2005, o Poder Executivo era representado nos juízos criminais pela Advocacia Gera da União, em decorrência do artigo 131 da Constituição Federal. Mas havia de se considerar também que, em razão da reserva de atuação prevista no artigo 129 da carta maior, há exclusividade de atuação do Ministério Público Federal nos juízos criminais federais.

A resolução do empasse foi dada pela Portaria Conjunta n. 1/2005 entre Ministério da Justiça, Advocacia Geral da União e Procuradoria Geral da República, que determinou a atuação do MPF nos juízos federais criminais. Esta espécie de regulação feita por portarias demonstra que os conflitos internos, quando da execução de pedidos cooperacionais, são e devem ser discutidos pela ótica do direito doméstico e, tacitamente, assim concordou o Estado requerente ao utilizar o instrumento de assistência direta, tendo em vista que pode optar a dar cumprimento judicialmente a ato decisório estrangeiro por meio de carta rogatória.

Apesar da aparente corretude da solução da portaria, quando se fala em procedimentos processuais penais, a ausência de regulação é ausência de limitação do poder punitivo. Naturalmente, esta escassez de fontes aplicáveis, tanto constitucional quanto infraconstitucional, leva a uma insegurança jurídica em relações aos limites aplicáveis à

²¹¹ O membro do Ministério Público pode não ajuizar o pedido em razão de sua ilegalidade, impossibilidade jurídica ou qualquer outro fator impeditivo previsto no ordenamento jurídico nacional, isto é, a autonomia funcional e a *opinio delicti* são preservadas na assistência direta. Mais uma vez, essa característica advém do procedimento nacional e decorre, em menor medida, da ampla cognição no auxílio direto.

assistência direta e, como se pode ver, nem mesmo a instituição que deve representar os interesses da União é definida por lei.

Por fim, concluindo o tópico sobre assistência direta, as características pontuadas desse instituto jurídico serão utilizadas para a realização do estudo de caso proposto no terceiro capítulo, sendo imprescindível a compreensão dos três elementos da natureza jurídica do instituto trabalhadas neste tópico. Assim, será possível a visualização, no caso concreto, de como deve ser – dimensão prescritiva do trabalho – sua utilização na cooperação interetática.

2.6.2 Carta Rogatória.

As cartas rogatórias são instrumentos tradicionais de cooperação jurídica internacional, previstas na legislação brasileira desde o Império²¹². De acordo com Nádya de Araújo e Caputo Bastos (2001, p. 87), tem-se conhecimento do cumprimento das cartas desde o século XIX, mesmo sem nenhuma espécie de regulação. Mais tarde, o governo imperial editou a Circular n. 1 de 1847, na qual se determinou que as cartas deveriam tramitar pela via diplomática/consular, por remessa direta do interessado.

De uma perspectiva das alterações legislativas, Denise Abade (2014, p. 312-313) faz interessantes colocações:

Importa o conhecimento de alguns aspectos históricos do instrumento para entendermos a existência de peculiaridades que são incomuns em procedimentos análogos em outros Estados.

Assim, embora já existisse durante o Império brasileiro desde o Aviso de 1º de outubro de 1847, a carta rogatória em matéria criminal foi regulada somente pela Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, já em plena República. De acordo com o art. 12, §4º, as cartas rogatórias emanadas de Estado estrangeiro somente seriam cumpridas após o *exequatur* (cumpra-se) dado pelo Governo Federal. A preocupação com o *exequatur* era restrita às cartas rogatórias passivas, que, necessariamente, passavam pelo Poder Executivo.

A autorização do *exequatur* às cartas rogatórias no Império era concedida pelo Poder Executivo, evidentemente, devido à incipiente, ou não desejada, separação de poderes do

²¹² Abade ensina que “carta rogatória é o instrumento pelo qual se solicita a atuação de outra jurisdição para dar, em geral, cumprimento a ato referente ao bom desenvolvimento de um processo cível ou criminal. Veicula pedidos de assistência jurídica, que, na área criminal, podem consistir em atos relativos à fase pré-processual (investigação penal), à fase citatória ou à fase probatória de um processo criminal. A carta rogatória pode ainda conter atos de cunho cautelar, extremamente comuns no processo penal, como o arresto e sequestro de bens (2014, p. 315-316)”.

período imperial; a função de tramitação consular, bem como de julgamento de mérito, era concentrada na figura executiva do Estado, o que foi mantido na primeira lei sobre o tema na República. Posteriormente, a partir da Constituição Federal de 1934, a competência para a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias passou ao Poder Judiciário. Neste cenário, o juízo de delibação passou a ser realizado, à época, pelo Supremo Tribunal Federal, o que só veio a ser alterado pela Emenda Constitucional n. 45/2004, pelo Superior Tribunal de Justiça.

No que tange à amplitude dos pedidos em matéria criminal, este instrumento de Cooperação Jurídica Internacional é o meio pelo qual o Estado requerente roga concessão de *exequatur* ao Estado requerido de decisão própria, isto é, é um canal de trânsito de decisões judiciais, ao contrário, o auxílio direto é um canal majoritariamente de trânsito de pedidos. Por determinação constitucional, cabe ao STJ sua concessão, realizando-se, tão somente o juízo de delibação. De acordo com Antenor Madruga, as características dessa espécie de decisão são:

O conceito de delibação, ao restringir o espaço de contraditório no julgamento do *exequatur* de cartas rogatórias, é construído principalmente no interesse da administração da justiça estrangeira, em favor da cooperação jurídica internacional e em detrimento do interesse do indivíduo alcançado pela medida, cuja defesa é restrita por esse modelo. O conceito do juízo de revisão, por outro lado, é o que mais atende aos interesses individuais contrários à pretensão do Estado rogante, pois amplia espaço de contraditório. Ao juízo de revisão é dado se voltar aos fatos e ao mérito da pretensão estrangeira, à luz de todo ordenamento jurídico do foro e não apenas sob a parte deste ordenamento que expressa a soberania e a ordem pública (MADRUGA, 2011).

Este veículo de cooperação é previsto pelo Código de Processo Penal²³, no qual vige a possibilidade de envio de decisões, através de autoridades diplomáticas, para que recebem *exequatur* em território estrangeiro. A natureza e as consequências jurídicas desse instituto são bem conhecidas, ainda que tenhamos que desenvolver as hipóteses de denegação quando houver violação a matérias de ordem pública dos processos no Brasil, por exemplo. Mas para o que interessa a esse trabalho, especialmente para o terceiro capítulo, as informações já citadas e a tabela comparativa entre esse instituto e o auxílio direto, feito por Denise Abade, são suficientes. Abaixo transcreve-se citada tabela na íntegra (ABADE, 2014, p. 320):

Quadro 2. Tabela comparativa entre Carta Rogatória e Auxílio Direto

²³O código de processo penal regula o instituo nos artigos 783 e seguintes. Capítulo II, Livro V.

Carta rogatória	Auxílio direto
Trata-se de uma solicitação de auxílio por meio do cumprimento de ordem de autoridade competente (CPP, art. 784).	Mesmo que o pedido venha do sistema de justiça (juiz ou promotor), é revestido do pedido internacional da parte de outro Estado, da alçada do Poder Executivo brasileiro.
Juízo de deliberação (cognição restrita)	Juízo de apreciação dos fatos (cognição ampla).
Poder Executivo meramente transmite ao STJ. Concedido o <i>exequatur</i> , o cumprimento cabe a juízo federal.	Ampla atuação do Poder Executivo. Somente se for exigida ordem judicial (caso de direito submetido à reserva de jurisdição) é que o pedido será submetido a juízo federal criminal pelo MPF (Portaria conjunta n. 10/2005 e art. 109, III, da Constituição Federal).
Competência do STJ (<i>exequatur</i>).	Competência da Justiça Federal (artigo 109, III) somente quando existir direito cuja restrição esteja submetida à decisão judicial.
Fundado em tratado ou promessa de reciprocidade.	Fundado em tratado ou promessa de reciprocidade. Se existir tratado internacional de auxílio direto, este será <i>lex specialis</i> .

Fonte: Elaborada por Denise Abade

2.6.3 Homologação de sentença estrangeira.

A homologação de sentença estrangeira é um dos instrumentos de cooperação jurídica internacional, que, ao contrário da carta rogatória e do auxílio direto, está relacionada à execução da sentença criminal estrangeira e a seus efeitos jurídicos²¹⁴, os quais podem, a depender do ordenamento jurídico analisado, variar do total reconhecimento da sentença

²¹⁴ De acordo com Souza (2015, p. 83), “a homologação de sentença estrangeira (*Recognition of Foreign penal Judgments*) destina-se à execução do processo e não ao seu desenvolvimento, pois seu objeto encontra-se em Estado diverso daquele em que desenrolou o processo de conhecimento”.

estrangeira – com a possibilidade de cumprimento de pena restritiva de liberdade –, ao total não reconhecimento.

No Brasil, a possibilidade de cumprimento de pena restritiva de liberdade é vedada, ou melhor, o rol taxativo dos efeitos jurídicos da homologação inclui duas possibilidades: reparação do dano e outros efeitos civis; e imposição de medida de segurança, nas hipóteses em que os países possuem acordo de extradição, caso contrário, somente por expressa requisição pelo Ministério da Justiça. Nos casos em que haja imposição de medida de segurança, o procedimento é enviado à instância ordinária para implementação das medidas civis no local de domicílio do condenado.

A matéria é regulada pelo artigo 9 do Código Penal e pelos artigos 787 a 790 do Código de Processo Penal. Mais recentemente, como já visto, a competência para a concessão do *exequatur* foi alterada pela emenda constitucional 45/2004, passando o Superior Tribunal de Justiça a ser o competente para a análise da matéria, assim como na carta rogatória²¹⁵. A homologação de sentença estrangeira é ação de natureza jurisdicional, tendo em vista a instauração do contraditório no procedimento (SILVA, 2018, p. 39).

Os efeitos civis da sentença penal condenatória, previstos no artigo 9 do Código Penal, prescindem da concessão de *exequatur* pelo Superior Tribunal de Justiça, que realiza juízo de deliberação da sentença estrangeira, analisando-se tão somente as características formais da decisão que, nos moldes do artigo 5º da Resolução n. 9/STJ, são: I - haver sido proferida por autoridade competente; II - terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; III - ter transitado em julgado; e IV - estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil.

²¹⁵ O aprofundamento sobre a competência e a regulação do instituto é feito com acuidade por Vasconcellos: “a Resolução n. 09 do STJ, a qual, ao dispor exaustivamente sobre o *exequatur* às cartas rogatórias e acerca dos pedidos de homologação de sentença estrangeira, fixa as bases da Cooperação Jurídica Internacional no Brasil. Até o seu surgimento, entendia-se que se aplicava ao tema o Regimento Interno O Supremo Tribunal Federal, tanto à concessão de *exequatur* quanto à homologação de sentença estrangeira, em razão do que dispunha a anterior Resolução n. 22, também do STJ – a qual, como vimos, versou, em caráter transitório, sobre a legislação aplicável à matéria, em virtude da competência recém-adquirida pelo STJ naquele período, com o advento da Emenda Constitucional n. 45” (VASCONCELLOS, 2013. p. 73).

2.6.4 Extradicação.

A extradição é o instrumento cooperacional cuja regulação é mais antiga e os efeitos jurídicos são por todos conhecidos; a finalidade deste instituto é a discussão sobre a necessidade de envio de pessoa a outro país para responder por acusação formal ou para execução de sentença penal condenatória. Pode-se dizer que, em decorrência do princípio do *pacta sunt servanda*, existe uma obrigação jurídica de extraditar, para além da simples ideia de cortesia internacional. Entretanto, essa obrigação jurídica passa pelas análises de pressupostos constitucionais, convencionais e legais do ordenamento do Estado extraditando. Além disso, a formulação do princípio *aut dedere aut punire* remonta ao ano de 1624, quando Hugo Grotius formulou que os Estados teriam o dever de extraditar ou punir, ideia que guarda paralelo com a compreensão de que a jurisdição penal é um lugar de poder/dever²¹⁶.

A primeira regulação da extradição no Brasil foi feita na lei n. 2.416/1911, sucedida – naturalmente com as revogações das legislações anteriores – pelo Decreto Lei n. 394/1938, pelo Decreto Lei n. 9.41/1969 e pela Lei n. 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro). Recentemente, entrou em vigor a Lei n. 13.445/2017, denominada Lei de Migração, que regula infraconstitucionalmente o procedimento administrativo e o processo judicial de extradição. Aqui, a ideia é traçar os elementos centrais do instituto e não adentrar na forma de execução da demanda estrangeira. Outro dado relevante dessa legislação é a previsão do princípio da dupla incriminação como requisito da extradição. A bem da verdade, é deste instrumento de cooperação que deriva o conteúdo normativo deste princípio.

A Constituição Federal determina a competência do Supremo Tribunal Federal para julgamento do processo judicial de extradição²¹⁷, no qual é necessário que o extraditando seja assistido por defesa técnica e que haja respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, ainda que restritas pelas hipóteses legais de denegação. Como consabido, não é permitida a extradição de brasileiro nato, já o naturalizado poderá sê-lo, caso haja comprovação

²¹⁶ JR KHALED, Salah Hassan. “A idéia de jurisdição como poder (mais ou menos condicionado, dependendo do contexto histórico jurídico em questão) tem preponderado. No bojo desta noção de poder, no que se refere à jurisdição penal, está a idéia (acolhida por Carnelutti) de que o poder jurisdicional se conheça sob o nome de direito de punir, coincidindo o poder de punir e o poder de jurisdição penal” (2010. p. 65-66).

²¹⁷ Art. 102, I, “g”, da Constituição Federal.

do tráfico ilícitos de entorpecentes²¹⁸. Ainda sobre tipicidade penal, como critério de vedação à extradição, o Brasil não extradita em razão de crimes políticos e de opinião²¹⁹.

Ademais, a Lei de Migração permite que o Estado requerente formalize pedido de prisão cautelar com objetivo de assegurar a exequibilidade da medida de extradição, que pode ser recebido por via diplomática ou por meio de Autoridade Central²²⁰. Naturalmente, a prisão cautelar não pode figurar como o eixo das cautelares em processo penal, tendo em vista ser a mais gravosa e, conseqüentemente, a mais excepcional – especialmente após a inclusão da nova redação do art. 319 do Código de Processo Penal, sobre isso, Lopes Junior (2020, p. 929) argumenta que “quaisquer das medidas previstas no art. 319 do CPP se apresentar igualmente apta e menos onerosa para o imputado, ela deve ser adotada, reservando a prisão para os casos graves, como *ultima ratio* do sistema”. Assim, cabe ao juízo brasileiro a análise dos elementos concretos para o deferimento de medida cautelar, bem como a possibilidade de substituição por medida menos gravosa ou, evidentemente, o indeferimento total do pedido.

Nos termos das características narradas sobre o auxílio direto acima, é um dado presente nos instrumentos de cooperação, ainda que não em sentido estrito, que o Poder Executivo seja competente para analisar os requisitos de admissibilidade dos procedimentos antes de enviá-los às autoridades judiciais, mesmo na hipótese que há competência concentrada do Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, a Lei de Migração demarca a importância do Executivo²²¹, isso decorre necessariamente do mandamento constitucional de que as relações entre Estados são uma prerrogativa do Chefe de Estado. Quando há exceção, esta deve ser prevista, da mesma forma, constitucionalmente, a exemplo da designação jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça para a concessão de *exequatur*.

²¹⁸ Art. 5º, LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

²¹⁹ Art. 5º, LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião;

²²⁰ Art. 84. Em caso de urgência, o Estado interessado na extradição poderá, previamente ou conjuntamente com a formalização do pedido extradicional, requerer, por via diplomática ou por meio de autoridade central do Poder Executivo, prisão cautelar com o objetivo de assegurar a exequibilidade da medida de extradição que, após exame da presença dos pressupostos formais de admissibilidade exigidos nesta Lei ou em tratado, deverá representar à autoridade judicial competente, ouvido previamente o Ministério Público Federal.

²²¹ Art. 88. Todo pedido que possa originar processo de extradição em face de Estado estrangeiro deverá ser encaminhado ao órgão competente do Poder Executivo diretamente pelo órgão do Poder Judiciário responsável pela decisão ou pelo processo penal que a fundamenta.

§ 1º Compete a órgão do Poder Executivo o papel de orientação, de informação e de avaliação dos elementos formais de admissibilidade dos processos preparatórios para encaminhamento ao Estado requerido.

2.6.5 Transferência de pessoas presas.

Ao longo das últimas décadas, especialmente em razão da expansão do direito penal, aumentou o número de pessoas condenadas que cumprem penas distantes dos seus locais de residência fixa ou nacionalidade de origem. Especialmente por razões humanitárias, a partir dos anos 70, iniciou-se a temática de transferência de presos e, conseqüentemente, da execução penal, para os que os apenados pudessem ficar próximos de suas famílias, evitando sua re penalização em razão do isolamento em outro país (SILVA, 2018, p. 38) e reforçando a função declarada de ressocialização das penas. É essencial ainda levar em consideração que esse procedimento depende da anuência do preso; este tema é na pauta da ONU²²² e o Brasil é signatário de alguns acordos bilaterais e regulou o instituto na Lei de Migração, que foi sancionada em 24/05/2017.

Como articulado sobre execução de sentença penal estrangeira, não é concedido *exequatur* com a finalidade de cumprimento de pena em território brasileiro. Ocorre que a transferência de pessoas condenadas se fundamenta no cumprimento de pena no país receptor, mas o decreto condenatório é estrangeiro. Neste sentido, Ana Gonzatti (2018, p. 37) explica que “a execução é regida pelo ordenamento jurídico do Estado executor, de maneira que só a ele compete tomar decisões a respeito”, isto é, “a partir da homologação, o País receptor aplicará, apenas, o seu próprio direito, não havendo que se falar em lei mais favorável” (ARAÚJO JÚNIOR, apud SILVA, 2018).

O órgão do Poder Executivo Federal responsável pelo processamento administrativo da transferência de presos é o Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça (FISHER; ARAS, apud ARAS; SARAIVA; SILVA, 2016, p. 184). Contudo, o procedimento nacional possui problemas, na medida em que não é requisitada a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça para que se conceda o *exequatur*, nos termos do artigo 105, inciso I, “i”, da Constituição Federal. Tanto pior, há a superação dos limites previstos para os efeitos de

²²²Denise Abade (2013, p. 789) explica que “a chamada Declaração de Caracas, adotada pela Resolução n. 35/171 da Assembleia Geral da ONU, tratou de vários tópicos sobre a prevenção e punição de crimes e abordou a questão da transferência de presos, instando ‘os Estados-membros a cogitarem da instituição de procedimentos em cujos termos tais transferências de delinquentes possam ser efetuadas, admitindo que qualquer um dos ditos procedimentos só pode ser aplicado com a concordância de ambos os países, o remetente e o recebedor, cada um deles com o consentimento do preso ou no interesse dele’”.

sentença penal condenatória no artigo 9º do Código Penal, aparentemente, há a violação do regime de homologação de sentença estrangeira prescrito pela legislação nacional.

Por outro lado, o procedimento é previsto em diversas convenções internacionais multilaterais das quais o Brasil é signatário, conforme Vladimir Aras e Douglas Fischer (apud ARAS; SARAIVA; SILVA, 2016, p. 186) explicam:

Com o nome de “transferência de pessoas condenadas”, o instituto também é objeto do art. 17 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo); do art. 45 da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), ali com o *nomen iuris* de “traslado de pessoas condenadas”; e do art. 6º, § 12 da Convenção de Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas.

No plano bilateral, há 12 acordos em vigência com Argentina²²³, Angola²²⁴, Bolívia²²⁵, Canadá²²⁶, Chile²²⁷, Espanha²²⁸, Panamá²²⁹, Paraguai²³⁰, Peru²³¹, Países Baixos²³², Portugal²³³ e Reino Unido²³⁴. Assim, cabe sobre esse tema a discussão de hierarquia de normas produzidas por meio dos tratados multi e bilaterais relacionados. Por fim, concordamos com o caráter de proteção dos direitos humanos e da aparente convergência desses procedimentos com as funções declaradas da pena, notadamente, a facilitação da ressocialização do apenado.

²²³ Decreto n. 3.875/2001.

²²⁴ Decreto n. 8.316/2014.

²²⁵ Decreto n. 6.128/2007.

²²⁶ Decreto n. 2.547/1998.

²²⁷ Decreto n. 3.002/1999.

²²⁸ Decreto n. 2.576/1998.

²²⁹ Decreto n. 8.050/2013.

²³⁰ Decreto n. 4.443/2002.

²³¹ Decreto n. 5.931/2006.

²³² Decreto n. 7.906/2013.

²³³ Decreto n. 5.767/2006.

²³⁴ Decreto n. 4.107/2002.

Capítulo 3 – Inversão da posição processual da Petrobras – de vítima a ré.

A pergunta de pesquisa delimitada na introdução parte do pressuposto de que a Petrobras foi tratada como vítima no âmbito da operação Lava Jato. Várias são as razões para fazer essa assunção, a primeira delas e principal é que a Sociedade de Economia Mista, nos termos do artigo 61 da Lei n. 9.478/1997²³⁵, figurou como Assistente de Acusação em boa parte das ações penais no contexto da referida operação na Justiça Federal²³⁶. Ademais, a narrativa oficial dos órgãos de persecução é neste sentido, uma vez que a empresa teria sido vítima dos atos de corrupção perpetrados por seus gestores²³⁷. Assim, o estudo a respeito da inversão processual de vítima das pessoas jurídicas para ré tem como premissa que tenham sido consideradas vítimas em algum dos ordenamentos jurídicos envolvidos na relação cooperacional, sobre o que abordaremos depois da realização do estudo de caso proposto.

A competência da Justiça Federal no caso encontra fundamento na natureza das condutas investigadas, em razão de investigação de crimes ocorridos transnacionalmente e contra o sistema financeiro nacional, por exemplo. Consequentemente, somente o Ministério Público Federal pode atuar nos juízos federais criminais, de acordo com o artigo 129 da Constituição Federal, sendo, portanto, o titular do direito privativo de ação²³⁸, neste caso, pública incondicionada, apta a proteger os interesses das pessoas jurídicas de direito privado instituídas pelo poder público. Assim, a defesa do patrimônio da Petrobras em razão dos fatos

²³⁵ Lei 9478/1997. “Art. 61. A Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRÁS é uma sociedade de economia mista vinculada ao Ministério de Minas e Energia, que tem como objeto a pesquisa, a lavra, a refinação, o processamento, o comércio e o transporte de petróleo proveniente de poço, de xisto ou de outras rochas, de seus derivados, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, bem como quaisquer outras atividades correlatas ou afins, conforme definidas em lei [...]”.

²³⁶ Sobre a competência dessa Justiça, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento na Súmula n. 508 de que “compete à Justiça Estadual, em ambas as instâncias, processar e julgar as causas em que for parte o Banco do Brasil S.A”, isto é, não se retira fundamento direto para a competência da Justiça Federal para julgamento de ações penais cujas sociedades de economias mistas sejam as vítimas patrimoniais do artigo 109, inciso I, da Constituição Federal²³⁶. Existem outros comandos sumulares no mesmo sentido. Súmula 508 do STF: “Compete à Justiça Estadual, em ambas as instâncias, processar e julgar as causas em que for parte o Banco do Brasil S.A”. Súmula 556 do STF: “É competente a Justiça Comum para julgar as causas em que é parte sociedade de economia mista”. Súmula 42 do STJ: “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar as causas cíveis em que é parte sociedade de economia mista e os crimes praticados em seu detrimento.”

²³⁷ Os membros da Força-Tarefa afirmam nas informações prestadas na ADPF n. 568 que “Já em 2015, ao verificar a possibilidade de que houvesse, nos Estados Unidos, punição à Petrobras, considerada pelos integrantes da Força-Tarefa da Lava Jato como vítima do esquema de corrupção” p. 2 do Anexo X.

²³⁸ “Art. 257. Ao Ministério Público cabe: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código”.

apurados na Lava Jato foi realizada pelo Ministério Público Federal, tanto que foi direcionado à Sociedade de Economia Mista o dinheiro recuperado dos ex-empregados e empreiteiras.

Portanto, podemos concluir que a Petrobras figurou nas ações penais no contexto da Lava Jato como ofendida patrimonialmente. A habilitação como assistente de acusação reforça essa compreensão, ainda que não haja previsão legal para essa atuação, isso porque o Código de Processo Penal prevê como regra que poderá atuar como assistente o ofendido ou seu representante legal (referindo-se aos casos de ação penal privada) e, excepcionalmente, prevê as hipóteses em que órgãos ou entidades nas ações penais públicas como assistentes quando há previsão legal (LOPES JR, 2020, p. 878). É evidente que o representante legal das pessoas jurídicas de direito privado instituídas pelo poder público é o próprio Ministério Público, mas, ainda assim, é comum na prática jurisprudencial esse tipo de habilitação redundante.

Lopes Junior (2020, p. 879) descreve os casos excepcionais nos quais o interesse público pode ser duplamente defendido no polo ativo da ação penal: “[nos] crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, a Lei n. 7.492, no seu art. 26, parágrafo [e nos] [...] crimes contra as relações de consumo, determinam os arts. 80 c/c 82, III e IV, ambos da Lei n. 8.078”. Naturalmente, qualquer outra hipótese para habilitação de pessoas jurídicas de direito público ou as privadas do poder público como assistente de acusação não é permitida pela legislação processual, logo, não podem ocorrer e, nas palavras do referido professor, “não caberá a intervenção de pessoa jurídica de direito público como assistente” (LOPES JR, 2020, p. 879). Para além disso, há ainda o caráter de privatização do processo penal ao habilitar assistente de acusação somente com interesses patrimoniais: “isso constitui a derrocada completa do processo penal, que deixa de ser portador de justiça para se converter em simples instrumento de tutela de interesses privados” (LOPES JR, 2020, p. 884).

De forma mais ampla, a competência para o exercício do direito de ação do Ministério Público para a proteção do patrimônio, e demais bens jurídicos legítimos, dos entes federativos e pessoas jurídicas de direito público em geral, é condicionada à natureza da lesão ou do perigo de lesão sofrido, que são necessariamente representados no polo ativo da Ação Penal. Dito de outra forma, ainda que não se considere a Petrobras no caso concreto como vítima, há de se reconhecer que seus interesses foram representados tão somente no polo ativo das ações penais, que ensejaram o estudo de caso proposto neste capítulo.

Essa é a interpretação jurídica sobre a posição da Petrobras no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente sobre os casos da Lava Jato. Nos Estados Unidos, a empresa assinou

acordo penal para que não houvesse um processo criminal, intitulado de *non-prosecution agreement* com o Departamento de Justiça. O acordo realizado está englobado pela nomenclatura *plea bargain*, que é um gênero geral que define acordos realizados por empresas, ou particulares, com intuito de concluir investigações (KAAL; LACINE, 2014, p. 2-3). Deste gênero podem surgir dois tipos de acordo na seara criminal: o DPA (*deferred prosecution agreement*) ou o NPA (*non prosecution agreement*). A grande diferença entre esses dois institutos é o momento no qual são aceitos, ou seja, se a oferta aceita ocorre após a acusação formal ser realizada ou não. Assim, o DPA ocorre após a acusação formalizada, ao revés, o NPA, ainda na fase investigativa.

O fato é que ambos os institutos revelam a tradição jurídica de acordos, os quais chegam a ser a base do sistema de justiça criminal estadunidense (ANITUA, 2015, p. 44). A dispensa do processo possibilita ainda que o Departamento de Justiça imponha penalidades, multas, restituição e mudanças institucionais²³⁹. Este tipo de resolução de conflito interessa ao Departamento de Justiça porque possibilita a imposição de condutas específicas, tais como a criação e a reforma de programas de *compliance* (CHRISTIE; HANNA, 2006); nestes casos, a empresa geralmente fica obrigada a abrir investigação interna conjuntamente com a continuidade da cooperação com o DOJ (FIRST, 2010, p. 23). Ambas as penalidades foram aplicadas à Petrobras, o que se pode constatar no Anexo I.

A interpretação dos termos do acordo evidencia que a punição imposta à empresa brasileira foi de natureza criminal, o que já seria aferível pela natureza jurídica do instituto como vimos demonstrando. A partir desta análise, busca-se compreender de que forma o Departamento de Justiça estadunidense foi municiado com os elementos de informação utilizados no NPA – muitos deles advindos de fatos que ensejaram ações penais no Brasil. Em

²³⁹ De acordo com os autores, N/DPAs “[...] are contractual arrangements between a corporation and the government and often function as a pretrial diversion method. In the case of both Non-Prosecution Agreements (“NPAs”) and Deferred Prosecution Agreements (“DPAs”), a corporation enters into an agreement with the government, and the government imposes sanctions, such as fines, restitution, and institutional changes, or the government demands additional reporting duties during the term of the N/DPA. If the corporation abides by the agreed upon provisions for the allotted time, it can avoid criminal indictment. In exchange for the sanctions specified in N/DPAs, the government agrees not to prosecute in the case of NPAs or to dismiss filed charges in the case of DPAs. Several indicia suggest that the use and application of N/DPAs is likely to increase in the next ten years. After introducing N/DPAs in the early 1990s, prosecutors expanded their application incrementally. While N/DPAs were traditionally the domain of the Department of Justice (“DOJ”), in 2013 the SEC also started issuing DPAs against individuals and corporations. Moreover, the Antitrust Division of the Department of Justice entered its first DPA in 2013. Several factors can help explain the proliferation of N/DPAs. First, prosecutors and corporations have strong incentives to enter into N/DPAs and avoid a trial. Once prosecutors have investigated and identified corporate wrongdoing, they can use N/DPAs to avoid an expensive trial against a sophisticated and well-funded corporate defendant” (KAAL; LACINE, 2014, p. 3-4).

outras palavras, de que forma se deu o *enforcement* da legislação penal extraterritorial dos Estados Unidos. Como dito na introdução, a existência de uma lei penal em abstrato explica somente o “porquê” a empresa foi punida, mas deixa em aberta resposta acerca do “como”. É o que se passa a analisar do estudo de caso.

3.1. Estudo de caso proposto.

Utilizando-se do estudo de caso como principal método de pesquisa, que tem o objetivo aprofundar exaustivamente o conhecimento sobre algum tema. Aqui, o tema é delimitado pela cooperação jurídica internacional ocorrida entre o Brasil e os Estados Unidos no contexto da operação Lava Jato de Curitiba, que desencadeou a punição descrita na delimitação do objeto de pesquisa em desfavor da Petrobras. Naturalmente, a pesquisa é também documental, na medida em que analisar-se-ão: os autos dos processos descritos na decisão de homologação do acordo de criação da Fundação Lava Jato; os autos da ADPF n. 568 que foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal; o Acordo de não Persecução Criminal entre Petrobras e o Departamento de Justiça dos Estados Unidos; e os procedimentos de cooperação, especificamente auxílios diretos²⁴⁰.

Serão, ainda, utilizados os materiais colhidos no furo de reportagem publicamente conhecido como Vaza Jato que guardem relevância para a resposta do problema de pesquisa. O empréstimo de veracidade dado a esses elementos advém das informações públicas de que as perícias, apresentadas ao Supremo Tribunal Federal, especialmente em decorrência da operação *spoofing* da Polícia Federal, concluíram pela inexistência de indícios de fraude. Além disso, o cruzamento das informações constantes dessas conversas com eventos públicos, como visitas oficiais de comitivas estrangeiras e julgamentos judiciais, são elementos autônomos a corroborar a veracidade dos elementos que se teve acesso por fontes livres de informação.

Por fim, a análise do caso concreto terá como base o método indutivo, prescrevendo-se soluções em abstrato para os problemas identificados na delimitação do tema do trabalho, isto é, confrontar-se-ão a parte teórica da pesquisa e os fatos delimitados no estudo de caso. Portanto, ao final do capítulo, pretende-se a partir do aprendizado dedutivo com o estudo de

²⁴⁰ Outros documentos poderão ser analisados se as situações fáticas e interpretações dos documentos apontados exigirem para a interpretação correta dos acontecimentos.

caso, responder ao problema de pesquisa abstratamente, isto é, a possibilidade de inversão da posição processual das pessoas jurídicas em atos cooperacionais de assistência direta.

3.1.1. A busca pelos auxílios diretos do caso.

Quando o problema de pesquisa desta dissertação foi formulado, não se tinha conhecimento público das conversas divulgadas pelo furo de reportagem intitulado de Vaza Jato. Tinha-se conhecimento tão somente da punição sofrida pela Petrobras nos Estados Unidos. Na versão oficial do caso, alegava-se que a cooperação entre Brasil e aquela jurisdição havia possibilitado a manutenção em território nacional de valor expressivo da multa criminal aplicada à empresa. A partir disso, regendo a produção do problema de pesquisa pela boa-fé objetiva, imaginou-se, inicialmente, que a inversão da posição processual teria ocorrido em razão da assistência direta, que poderia estar desvinculada de uma correta instrumentalidade processual penal, e a partir deste ponto desenvolveu-se o projeto.

Ainda há disputa judicial para a comprovação da existência ou não da cooperação formal entre os dois países²⁴¹. A defesa do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva teve a segurança concedida em uma ação de impugnação para ter acesso aos dados formais da cooperação que envolveu a Petrobras²⁴². Contudo, há informações públicas que informam que o Governo Federal não conseguiu achar a cooperação entre a Lava Jato e as autoridades estadunidenses²⁴³, o que também pode ser depreendido do teor das conversas da divulgadas pelo *The Intercept*.

Entretanto, antes de ter acesso a essas informações, desenvolvemos uma estratégia de buscas de possíveis decisões em recursos ou ações impugnativas para possibilitar a narrativa sobre os procedimentos que levaram a punição, concentradas no Superior Tribunal de Justiça, a partir da utilização dos números de origem apontados pela decisão homologatória da criação da fundação Lava Jato, pela 13ª Vara Federal do Paraná, oportunidade na qual a decisão apontou os processos em que teria ocorrido a cooperação, em repetição ao pedido do Ministério Público

²⁴¹ No dia 17/02/2020, o Ministro Ricardo Lewandowski intimou o Ministério da Justiça a informar no prazo de 5 dias a existência de cooperação formal no caso da Petrobras. A intimação foi feita em ação da defesa do ex-presidente, que afirma existência de cooperação extraoficial.

²⁴² Decisão colegiada proferida no Mandado de Segurança n. 26.672 proferida pela 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em 18/11/2020.

²⁴³ Informação publicada pela Conjur em 30/11/2020: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-30/governo-nao-encontra-pedido-cooperacao-entre-lava-jato-eua>. Acesso em 10 fev. 2021.

Federal²⁴⁴. Assim, procedeu-se a busca no endereço eletrônico do referido tribunal com a utilização como critério de busca todos os números apontados na decisão homologatória, da qual retornou 301 resultados processuais.

Todas as decisões monocráticas e colegiadas dos 301 resultados foram lidas em busca de termos pré-definidos pela temática e delimitação do tema, em busca essencialmente dos seguintes termos: “cooperação jurídica internacional”; “auxílio direto”, “autoridade central”, “departamento de recuperação de ativos”, “*department of justice*”, “DOJ”. Somente o recurso ordinário em *habeas corpus* 70064 demonstrou aparente relevância para o tema da pesquisa, descartado em razão de ser ação judicial sobre prisão preventiva determinada contra particular que se encontrava em Portugal, preparatória para processo extradicional. Para a ausência de resultados relevantes foram formuladas três hipóteses: ausência de questionamento judicial dos atos cooperacionais no contexto especificado pelo juízo referido acima; os investigados não puderam recorrer em razão de acordos de delação premiada; ou a inexistência de autos formais de cooperação entre Brasil e Estados Unidos. Baseando-se nas informações disponíveis publicamente, a última hipótese é a mais provável.

Diante da impossibilidade da análise dos auxílios diretos, que não se sabe se existiram, faremos a análise do *non-prosecution agreement*, que é dividido em “termos do acordo” e “anexos do acordo”, e dos demais documentos públicos à disposição. Fortuitamente, o trabalho que buscava comprovar a utilização da assistência direta em descompasso com uma instrumentalidade processual constitucional encontrou a ausência completa de política pública para a cooperação jurídica internacional, cujas mensagens da Vaza Jato ajudam a demonstrar no caso concreto. O cenário atual no tema é a prescrição da existência de um instrumento jurídico e todas as questões circunstanciais devem ser presumidas da análise sistêmica do ordenamento jurídico, o que abre caminho para excessos acusatórios.

Para a compreensão do tema, iniciamos com a análise do acordo em questão.

²⁴⁴ O presente acordo vincula-se diretamente à cooperação jurídica internacional entre Brasil e os Estados Unidos, podendo-se destacar os processos 5053343-32.2014.04.7000, 5003455-60.2015.4.04.7000, 5005238-87.2015.4.04.7000, 5009225-34.2015.4.04.7000, 5020678-26.2015.4.04.7000, 5039152-45.2015.4.04.7000, 5039688-56.2015.4.04.7000, 5057296-67.2015.4.04.7000, 5031752-43.2016.4.04.7000, 5036358-17.2016.4.04.7000, 5004569-63.2017.4.04.7000, 5019137-84.2017.4.04.7000, 5033702-53.2017.4.04.7000. Relata o MPF que em decorrência dos fatos descobertos no âmbito da assim denominada Operação Lava Jato, a Petrobrás celebrou acordos com as autoridades norte-americanas, o Departamento de Justiça (DOJ) e a Securities and Exchange Commission (SEC). P. 2 do Anexo III.

3.1.2. Análise dos Termos do *Non-Prosecution Agreement*.

O *non-prosecution agreement* foi assinado pela pessoa jurídica da Petróleo Brasileiro S.A, em 26/09/2018, representada por defesa técnica patrocinada pelo escritório Gibson, Dunn e Crutcher LLP, com a Divisão de Fraudes do Departamento de Justiça dos Estados Unidos e com a Procuradoria Geral dos Estados Unidos para o Distrito do Leste da Virgínia. O acordo traz informação inicial que o Conselho de Administração da Petrobras autorizou e outorgou poderes para a realização do acordo, sendo aparentemente legítima a atuação. Não houve punição à subsidiária com atuação nos Estados Unidos, e sim à matriz sediada no Brasil que operava na Bolsa de Valores de Nova Iorque através de ADRs²⁴⁵.

Evidentemente, as hipóteses de responsabilidade nesta modalidade são ramo de estudos do Direito Econômico, aqui nos ateremos às questões jurisdicionais criminais das obrigações assumidas e dos fatos que as ensejaram.

O acordo traz especificamente que as autoridades estadunidenses citadas acima “não irão iniciar qualquer ação criminal ou cível contra a Companhia [...] referente a qualquer conduta descrita na Inicial”²⁴⁶. Ainda nas considerações iniciais da avença, a Petrobras não recebeu crédito por divulgação voluntária, uma vez que não houve em tempo hábil a comunicação às autoridades de persecução dos Estados Unidos, mas “a Companhia contratou firmas de advocacia externas para conduzir uma investigação independente, e notificou [as autoridades] sobre sua investigação e intenção de cooperar integralmente”²⁴⁷. Mais especificamente, o acordo credita à Petrobras a cooperação integral de sua investigação interna, constatando o compartilhamento proativo, fatos em tempo real de informações que, por outro meio, não estariam à disposição autoridades de persecução.

Neste contexto, há narrativa de que empresa teria facilitado “entrevistas e informações de testemunhas estrangeiras”²⁴⁸, não havendo qualquer menção às investigações da Lava Jato

²⁴⁵ A sigla significa *American Depositary Receipt*, a Bolsa de Valores de São Paulo também possui o *Brazilian Depositary Receipt* cuja tradução é certificado de depósito de valores mobiliários. O certificado é um título imobiliário atrelado ao título original negociado em outra bolsa de valor.

²⁴⁶ Disponível na página 2 do acordo traduzido. A tradução juramentada foi realizada por Aluisio Cesar de Matos, tradutor público e intérprete comercial no idioma inglês, matrícula n. 253. Tivemos acesso a este documento no sítio do Supremo Tribunal Federal, que fora juntado pela Procuradoria Geral da República.

²⁴⁷ Disponível entre as páginas 2 e 3 do acordo traduzido.

²⁴⁸ Disponível na página 3 do acordo traduzido.

no Brasil, tampouco se houve colaboração do Ministério Público Federal para a realização das investigações e das punições nos Estados Unidos.

Após essas considerações, a Petrobras se comprometeu a atualizar seu programa de *compliance* e aderiu a diversas recomendações sobre a organização da sociedade no Brasil, a exemplo de: Substituição do Conselho de Administração e da Diretoria Executiva; Expansão dos programas de governança, especificamente com a criação da Divisão de Governança e Compliance, sendo que este diretor não poderia ser “destituído” sem aprovação de um membro do Conselho que representa os acionistas minoritários; Implementação de uma *hot-line* para denúncias confidenciais; Criação de uma Comissão de Ética e Implementação de programa de *due diligence* de integridade, baseado no risco, para potenciais contratadas.

Houve, como se pode ver, extensa gama de obrigações assumidas pela Petrobras, cuja aplicação se daria sob jurisdição brasileira e, inclusive, tendentes a reduzir o controle do acionista majoritário da sociedade, que é a União.

Ainda a respeito das investigações, houve assunção de responsabilidade por continuar a cooperar a respeito de quaisquer investigações futuras na empresa, referentes a suas subsidiárias, afiliados e de seus diretores, conselheiros, funcionários, agentes, parceiros comerciais, distribuidores e consultores, com relação à violação da FCPA²⁴⁹. Como se verá adiante, a punição foi em razão de crime que, em interpretação, seria de repassar às autoridades informações inidôneas, uma vez que não houve comunicação dos fatos criminosos acontecidos no contexto da Petrobras. Assim, estar-se-ia a dizer neste trecho que qualquer conduta material ocorrida no Brasil geraria como reflexo imediato uma punição por crime formal em outras jurisdições – repassar informações inidôneas –, caso essa interpretação seja aplicada posteriormente, tal como no acordo em questão, estar-se-ia a dizer que, ainda que não haja responsabilidade criminal da pessoa jurídica no Brasil, a Petrobras seria punível por esses fatos nos Estados Unidos²⁵⁰.

A culpa criminal admitida pela Petrobras foi descrita da seguinte forma²⁵¹:

A Companhia admite, aceita e reconhece que ela é responsável de acordo com as leis americanas pelos atos de seus diretores, conselheiros, funcionários e agentes, tal como expostos na Inicial anexada, e que os fatos ali descritos são verdadeiros e corretos. A

²⁴⁹ Disponível na página 6 do acordo traduzido.

²⁵⁰ Na página 9 o acordo estipula o prazo de 3 anos para as obrigações assumidas.

²⁵¹ Disponível na página 9 do acordo traduzido.

companhia também admite, aceita e reconhece que os fatos descritos na Inicial anexada constituem uma violação da lei, especificamente da Lei Americana Anticorrupção no Exterior (“FCPA”), título 15, Código dos Estados Unidos, Seção 78m. A companhia expressamente acorda que ela não irá através de atuais ou futuros advogados, diretores, conselheiros, funcionários, agentes ou qualquer outra pessoa autorizada a falar pela Companhia, fazer qualquer declaração pública, em processo judicial ou de outra forma maneira, contradizendo a aceitação pela Companhia de responsabilidade por violação criminal da FCPA, estabelecida acima, ou os fatos descritos na Inicial anexada (g.n)

A assunção de culpa engloba a impossibilidade de questionar a qualquer tempo a jurisdição estadunidense e o cometimento de crime previsto na FCPA, através de pessoas que falam em nome da empresa. A consequência desta obrigação é a impossibilidade de reconstrução dos fatos que levaram à penalidade, uma vez que os processos nos quais houve trânsito de informações por auxílio direto são sigilosos: os delatores no Brasil que colaboraram com a Lava Jato se obrigaram a manter sigilo sobre os termos do acordo de delação e a Petrobras não pode se manifestar sobre o assunto.

A publicidade dos atos, cuja possibilidade de análise da legalidade do procedimento é pressuposto de um Estado Democrático de Direito, é afastada com a utilização de obrigações de sigilos em várias camadas transnacionais a partir da previsão em acordos, homologados judicialmente. Naturalmente, o processo penal privatizado dessa forma se afasta do sistema acusatório, haja vista que a publicidade é princípio orientador desse sistema (COUTINHO, 1998, p. 163-198, 1998). Evidentemente, as críticas estão sendo colocadas com base em referências axiológicas do sistema acusatório, e não no sentido de que tenha havido naquela jurisdição a aplicação de cláusulas incomuns à Petrobras. Ainda que sejam comuns, serão criticadas, tomando-se por base os princípios orientadores de um processo penal democrático.

A Petrobras se incumbiu de cooperar integralmente com as outras partes representadas no acordo e, por solicitação delas, anuiu que a “companhia também deverá cooperar integralmente com outras autoridades e agências policiais e regulatórias nacionais ou estrangeiras, assim como os Bancos Multilaterais de Desenvolvimento”²⁵², englobando todas as pessoas que falam em nome da empresa sobre quaisquer dos assuntos delimitados no acordo. Aqui é visualizável um contraste entre as cláusulas, o sigilo sobre os atos pré-processuais e a impossibilidade de questioná-los publicamente com obrigação de cooperar sobre eles com outras agências regulatórias. Neste contexto, a Sociedade se comprometeu a envidar esforços

²⁵² Disponível na página 11 do acordo.

para disponibilizar entrevistas e depoimentos de executivos anteriores e dos presentes diretamente nos Estados Unidos, constatando exemplificativamente a obrigação de comparecer perante eventual *grand jury*²⁵³ ou em julgamentos federais, bem como em outras instâncias regulatórias e jurisdições criminais.

Este compromisso tem o objetivo de evitar os trâmites formais de cooperação, na medida em que se estabelece que a pessoa jurídica tem obrigação apresentar fontes e elementos de provas diretamente à jurisdição do acordo. Este tipo de cláusula estabelece competências²⁵⁴ em processo penal pelas partes, tal como no direito internacional privado, quando na verdade é matéria de ordem pública e referente à organização judicial dos Estados. Ao fim e ao cabo, este ato unilateral, da perspectiva de imposição de obrigações de um Estado a um particular, será interpretado dentro dos acordos de *plea bargain* como uma liberalidade, permitindo a violação de princípios aceitos internacionalmente de atribuição de jurisdição criminal²⁵⁵, isso porque, ao contrário das relações cíveis, o foro em processo penal é definido mediante critérios de exercício de poder, e não por escolhas individuais das partes processuais.

A inexistência da voluntariedade é uma crítica usual aos acordos de *plea bargain*, que se fundam na mítica premissa de que os particulares e o Estado se encontram em pé de igualdade e realizam acordos, alcançando-se um consenso. Sobre isso, Schünemann (2013, p. 257) argumenta que “o princípio do consenso é então, de um ponto de vista prático, uma ficção e, em termos teóricos, leva à destruição do liame de conexão entre processo penal e o direito penal material”. Em relação à punição de pessoas jurídicas, um outro aspecto da privatização narrada acima é que o processo penal passa a visar, exclusivamente, à resolução de demanda econômicas, com o consequente encerramento de demandas cíveis²⁵⁶.

²⁵³ Um *grand jury* é composto, em regra, por 23 membros reunidos em segredo. Tem a função de, em diversas oportunidades, durante determinado espaço de tempo, apreciar as provas apresentadas apenas pela acusação, sem a presença das partes e decidir se há indícios suficientes de que o suspeito tenha praticado um crime. Se a decisão for afirmativa, ela é expressa por escrito em um instrumento chamado *bill of indictment* ou *true bill*. Como resultado, de suspeito, o indivíduo passa a réu e é levado à presença de um juiz durante uma audiência denominada *arraignment* para declarar-se culpado ou inocente. Dependendo da resposta, o acusado é levado a julgamento por júri. O julgamento é realizado por um corpo de jurados menor, – normalmente, por 6 a 12 jurados, que compõem o chamado *petit jury* (júri ou pequeno júri), perante o qual, ao contrário do que ocorre no *grand jury*, comparecem ambas as partes e seus respectivos representantes.

²⁵⁴ A terminologia não é adequada, mas é assim que se trabalha o conceito quando se trata de jurisdição em direito internacional privado. A crítica é no sentido de que as partes em relações cíveis internacionais determinam jurisdição e não competência ao dizer que determinam o foro tal para julgamento.

²⁵⁵ Trabalhamos estes critérios nos tópicos 1.1.11 e 1.1.12.

²⁵⁶ “the Company settled a private class action shareholders' suit, In re Petrobras Securities Litigation, No. 14-cv-9662 (S.D.N.Y.), relating to conduct described in the Statement of Facts, pursuant to which it has agreed to pay the settlement class \$2.95 billion;” na página p. 2 do acordo.

Essa assimetria gerou uma discussão entre os acordantes sobre como deve ser o relacionamento futuro, prescrevendo normas de natureza jurisdicional, sendo, portanto, a máxima discricionariedade possível aos órgãos de acusação. Dito de outra forma, o processo penal cria a relação de direito material que busca punir; é a inversão completa da lógica de funcionamento da jurisdição penal, sendo correta a afirmação do autor de que “este liame é o único substrato que permite uma condenação com base na verdade material, e não como base em qualquer consentimento do acusado” (SCHÜNEMANN. 2013, p. 257).

O argumento está colocado desta forma porque a obrigação de cooperação não está vinculada à conduta de falsidade de livros contábeis apresentados nos Estados Unidos, conduta sobre a qual se transacionou. Dizemos isso porque há uma completa desconexão entre a prova que inicia o procedimento e o desenrolar de qualquer investigação – a exemplo do que pode acontecer com a aceitação sem critérios do encontro fortuito de provas²⁵⁷ –, ao contrário, a obrigação foi atribuída sobre os fatos descritos no anexo, que ocorreram territorialmente no Brasil, ou seja, o acordo entre as partes cria hipóteses de poder punitivo não previstos no local das “condutas”²⁵⁸. Citamos o critério territorial porque tem preferência em relação aos demais princípios de atribuição de jurisdição.

Neste sentido, o ordenamento dos Estados Unidos se torna suplementar, sob o pretexto de evitar a impunidade, ao ordenamento brasileiro, cuja resposta é negativa para a hipótese. Esta forma de organização judicial brasileira guarda convergência com os ditames do direito penal internacional, como melhor será exposto adiante. Por isso é tão importante saber em como se chegou ao acordo, porque é necessário saber se aqueles incumbidos de proteger o interesse da Petrobras agiram em desconformidade com esta obrigação legal.

Há, ainda, previsões de regras de contabilidade e a forma de organização do *compliance* da Petrobras após a celebração do acordo. Um outro elemento que resulta do acordo é a narrativa uníssona sobre o produto do processo – a pena. O acordo não traz uma menção sobre a colaboração ou auxílio da Lava Jato para se ter acesso à Petrobras, o que é justificado como uma notificação voluntária da empresa nos Estados Unidos e dos esforços para colaborar com

²⁵⁷ “Trata-se de uma vinculação causal, em que a autorização judicial para a obtenção da prova naturalmente vincula a utilização naquele processo (e em relação àquele caso penal), sendo assim, ao mesmo tempo, vinculada e vinculante. Essa decisão, ao mesmo tempo em que está vinculada ao pedido (imposição do sistema acusatório), é vinculante em relação ao material colhido, pois a busca e apreensão, interceptação telefônica, quebra do sigilo bancário, fiscal etc., está restrita à apuração daquele crime que ensejou a decisão judicial” (LOPES JR, 2008, p. 619-620).

²⁵⁸ Há relevante discussão sobre a capacidade de conduta das pessoas não naturais.

o Departamento de Justiça, quando se sabe, atualmente, especialmente após o escândalo da Vaza Jato, que todos os contatos foram intermediados, informalmente, pela Força-Tarefa, do que se falará adiante, mas o que importa, neste momento, é a visualização da narrativa única sobre o processo, que se demonstrou notoriamente inverídica e foi possível com o sigilo imposto aos atos pré-processuais.

Por fim, o acordo aplicou “penalidade criminal total”²⁵⁹ de US\$ 853.200.000 (oitocentos e cinquenta e três milhões e duzentos mil), dos quais 10% deveriam ser pagos ao tesouro dos Estados Unidos e 10% à SEC. Assim, restou designado que 80% do valor total da multa seria pago a autoridades brasileiras porque a Petrobras colaborou através de sua investigação independente, bem como porque foi vitimada pelas condutas dos diversos executivos que cometeram crimes durante grande intervalo de tempo. O valor da multa a ser pago no Brasil foi no valor de US\$ 682.560.000 (seiscentos e oitenta e dois milhões e quinhentos e sessenta mil), valor sobre o qual a Lava Jato realizou acordo de assunção de efeitos cíveis do acordo criminal, que foi anulado pelo STF; passamos a análise dos fatos ensejaram o acordo.

3.1.3. Análise dos Anexos do *Non-Prosecution Agreement*.

O anexo dos termos do acordo é dividido em três partes principais: A, B²⁶⁰ e C²⁶¹. Para o objeto da pesquisa, o bloco A versa sobre as partes do acordo, sobre as quais já se falou no tópico anterior, e sobre os fatos criminosos que receberam interpretação criminal nos Estados Unidos, sendo, portanto, pertinente à pesquisa. Sobre os fatos, o acordo dividiu entre as principais investigações da Lava Jato, iniciando-se pelo título de “Esquemas de propina e de Desvio de Dinheiro”, no qual foram descritos, majoritariamente, crimes contra a administração pública e possíveis atos de lavagem de dinheiro, realizados por executivos da Petrobras, “os executivos e gerentes da Petrobras, incluindo o Executivo 1, o Executivo 2, o Executivo 3, o Executivo 4 e o Gerente 1, [que] participavam no recebimento de propinas”²⁶².

Utilizando-se dos critérios de atribuição de jurisdição penal definidos no primeiro capítulo, este tópico busca identificar se os fatos narrados no anexo atraem a jurisdição estadunidense. Para tanto, nos utilizaremos das narrativas fáticas para identificar a existências

²⁵⁹ Disponível na página 16 do acordo.

²⁶⁰ Programa de Compliance Corporativo. P. 45 do Acordo traduzido.

²⁶¹ Relatórios de Compliance Corporativa. P. 55 do Acordo traduzido.

²⁶² Disponível na página 33 do acordo.

de potenciais conflitos de jurisdição, que presumem, necessariamente, duas jurisdições sobre as condutas investigadas, analisadas pelo critério referido acima.

Inicialmente, constata-se que para além dos executivos da Petrobras e da própria empresa, o acordo trata as demais pessoas jurídicas investigadas no Brasil como “empreiteiras corruptas” e como beneficiárias da corrupção na Petrobras²⁶³, sem pretender descrever fatos e condutas de seus gestores investigados:

As empreiteiras que se engajaram na corrupção tipicamente pagavam propinas totalizando aproximadamente um a três por cento do valor dos contratos obtidos da Petrobras, que eram então, tipicamente, divididos entre alguns executivos da Petrobras, políticos brasileiros, partidos políticos brasileiros, e outros indivíduos que ajudavam a facilitar o pagamento das propinas. (g.n)

Como se pode ver do primeiro trecho, essas primeiras condutas narradas ocorreram e produziram resultados típicos no Brasil, não havendo, nos termos da Convenção de Mérida, um conflito entre jurisdições. Posteriormente, é feita a introdução de que a Petrobras teria contabilizado como legítimos custos em razão de fatos ilícitos²⁶⁴:

Os valores inflacionados pagos às empreiteiras corruptas eram contabilizados como custos legítimos e ocultados como parte dos contratos em questão, que foram registrados nos livros da Companhia, falsamente inflacionando o valor de alguns ativos da empresa. (g.n)

O acordo se refere ao falseamento dos livros contábeis, que provavelmente foram feitos no Brasil e entregues a autoridades reguladora nos Estados Unidos, uma vez que a Petrobras atuava como emissária de títulos naquele país através de ADRs e não por constituição de subsidiária ou filial. A inexistência do processo nos impede de saber em que ano as condutas teriam ocorrido, quais livros contábeis foram falseados, a especificação da fraude e a individualização do prejuízo acarretado em cada das condutas e quem as teria cometido. A depender dos agentes identificados em cada um dos atos, esse falseamento poderia variar entre mero pós facto impunível, englobado pelo direito de não autoincriminação, a uma conduta autônoma por terceiros não envolvidos nos crimes antecedentes.

²⁶³ Idem.

²⁶⁴ Disponível na página 34 do acordo.

Naturalmente, não se pode presumir que a ocorrência de crimes de resultado – ou de resultado possível – na jurisdição brasileira causaram crimes e fraudes contábeis em outra jurisdição. Essa linha argumentativa carece de comprovação, isto é, de prova, que é critério de racionalidade das ciências criminais modernas²⁶⁵. Reiteramos esse referencial porque, após a apontada introdução, o acordo traz que “seguem-se exemplos dos esquemas de corrupção”²⁶⁶, sendo necessário investigar se os fatos ocorridos no Brasil foram utilizados para presumir as fraudes na contabilidade corporativa. Adiante, em tópico próprio, versaremos sobre o crime que a Petrobras assumiu culpa criminal nos Estados Unidos

O primeiro dos exemplos de corrupção trazidos no acordo é a Refinaria de Abreu e Lima, definido como o caso em que “por volta de 2005, a Petrobras anunciou sua intenção de concluir a Refinaria Abreu e Lima (“RNEST”) no estado de Pernambuco, no nordeste brasileiro. O projeto da RNEST gerou mais de 300 contratos e mais de 950 aditivos”²⁶⁷. Inferindo-se a possibilidade de ocorrência de crimes licitatórios. Posteriormente, são descritos pagamentos de propina pelas empresas vencedoras, o que guarda convergência com a narrativa dos casos da Lava Jato, da seguinte forma: “depois de vencer a licitação para os contratos UDA e HDT, o Executivo 1 disse a um membro do consórcio para pagar R\$ 15 milhões a um partido político brasileiro e R\$ 15 milhões ao Executivo 1”²⁶⁸.

Aponta-se, também, que os empregados da Petrobras receberam propina no contexto das obras da refinaria: “o consórcio pagou outros R\$ 30 milhões em propinas ao Executivo 2 e ao Gerente 1 em troca de, entre outras coisas, o Gerente 1 ajudar o consórcio com quaisquer problemas que pudessem surgir do projeto”²⁶⁹. Sobre o primeiro exemplo, não verificamos a existência de potenciais conflitos de jurisdição.

Posteriormente, a avença cita o “projeto do Complexo Petroquímico do Rio de Janeiro (“COMPERJ”) também envolveu maciças corrupção e propina. O COMPERJ cobriu área de 42 quilômetros quadrados e envolveu vários contratos de grande porte em um período de mais de dez anos”²⁷⁰. O acordo especificou a função dos executivos da Petrobras nesses fatos,

²⁶⁵ O sistema penal moderno racionalizou a verdade processual em torno da ideia da prova, ou seja, a formação de culpa – em termos mais amplos, como estipulado por Ferrajoli, na obra *Direito e Razão* passou a prescindir de evidências racionalizáveis para que pudesse ser constituída (KANT DE LIMA apud FERRAJOLI, 2002).

²⁶⁶ Disponível na página 34 do acordo.

²⁶⁷ *Idem*.

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 36.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 36-38.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 38.

afirmando que “o Executivo 1, o Executivo 2 e o Gerente 1 também receberam milhões de dólares em propinas de empreiteiras que conseguiram negócios da Petrobras, em associação com o projeto do COMPERJ”²⁷¹. Mais uma vez, a narrativa oficial é de pagamento de propinas, que pode configurar diversos crimes contra a administração pública e repasse de dinheiro para políticos influentes, sem a descrição de condutas realizadas transnacionalmente.

Um outro assunto mencionado foram as “Sondas de Perfuração e Estaleiros”, no qual há menção a pagamentos de propinas e vantagens no processo licitatório no Brasil. Há uma menção que afirma que “a empresa de navegação ganhou o contrato diretamente, sem se submeter a um processo licitatório competitivo”²⁷², o que pode ser conduta atípica, tem em vista a previsão de dispensa de licitação na lei de regência brasileira²⁷³, quando há notória especialidade e impossibilidade de oferta de serviço ou produto semelhante.

Neste contexto, o acordo menciona a influência que um Ministro de Estado teria sobre o Executivo 3 e repasse de propinas no caso²⁷⁴:

Por volta de 2007, o Executivo 3 foi pressionado por um ministro do governo, cujas responsabilidades, direta ou indiretamente, incluíam a supervisão da Petrobras e suas atividades, a pagar uma dívida de campanha de aproximadamente R\$ 50 milhões que era devida a banco pelo partido político do ministro, o Executivo 3 solicitou a assistência de outro executivo, e juntos, os executivos acordaram em que a Companhia iria adjudicar negócios a uma empresa da navegação que era afiliada com o banco, para reembolsar o banco pela dívida devida pelo partido político.

Sobre a questão de possível cometimento de crime de forma transnacional, a empresa vencedora do projeto era de Cingapura, *joint venture* com empresa estadunidense, e teria sido responsável por pagamento da valores para ser beneficiada com o contrato da Petrobras²⁷⁵. Entretanto, não há descrição de pagamentos realizados em contas sediadas em outros países, tampouco de atos de lavagem para integralização dos pagamentos ilícitos, isto é, ao que tudo indica, os atos ilícitos teriam ocorrido no Brasil.

De forma geral, o que se percebe da narrativa desses eventos, foi o objetivo de descrever fatos que possam ter gerado a necessidade de que os gestores da Petrobras alterassem

²⁷¹ Pagina 38 do acordo traduzido.

²⁷² Ibidem, p. 39.

²⁷³ Regramento feito pelo art. 26 da lei n. 8.666/1993 (lei de licitações).

²⁷⁴ Ibidem, p. 39.

²⁷⁵ “A empresa de Cingapura autorizou o consultor a pagar propinas e por volta de 2010 a *joint venture* ganhou o projeto. Utilizando comissões que ele recebeu sob o contrato de consultoria, o consultor pagou aproximadamente US\$ 8.8 milhões em propinas ao partido político brasileiro e ao Gerente 1” (Ibidem, p. 40).

documentação contábil da empresa, o que como dito anteriormente, era apresentado às autoridades reguladoras do mercado financeiro nos Estados Unidos. Assim, a disposição desses fatos não buscou, a partir da individualização das condutas, atrair jurisdição penal daquele país, ao contrário, tinha, tão somente, o objetivo de pressupor o cometimento de fraude e a consequente falsidade contábil, que como se disse, nunca foi especificada.

Evidentemente, a relação entre Estados é regida pela horizontalidade²⁷⁶, inexistindo sobreposição de normas entre os mais diversos ordenamentos, tampouco a subsidiariedade de fontes, que pressupõe a existência de verticalidade, assim como ocorre em relação aos Tribunais Internacionais, que, mesmo nessas hipóteses, por serem subsidiários, têm atuação restrita à inércia material dos Estados. Assim, respeitando-se os critérios de atribuições legítimas de jurisdição: territorialidade, personalidade ativa, passiva e interesses essenciais dos Estados – reconhecida a premência do primeiro sobre os demais²⁷⁷. Não se pode pretender criar hipóteses de punição sob o argumento de combate à impunidade, isso porque existe uma política criminal no local daqueles fatos que estipulam um “não” para crimes de pessoas jurídicas.

A preocupação teórica dessa afirmação é com a criação de novos espaços de criminalização, notadamente das pessoas jurídicas, a partir de narrativas públicas de violação aos deveres administrativos de verdade informacional em um país, contraposto ao *nemo tenetur se detegere* por fatos ocorridos em outros países. Pode-se dizer que, nestes casos, criam-se hipóteses de criminalização subsidiária de um ordenamento em relação ao outro.

Sobre os fatos trazidos no acordo, pode-se afirmar que o local dos fatos narrados, as ações e os resultados, os meios e as fontes de prova estavam sob jurisdição brasileira e, mais do que isso, foram investigadas extensivamente no contexto da Lava Jato. Além disso, o acordo demonstra a ciência das sentenças condenatórias sobre esses fatos no Brasil pelas autoridades estadunidenses, o que serviu, aparentemente, como fundamento de presunção de fraudes contábeis naquela jurisdição penal.

Além disso, todos os fatos narrados são anteriores à lei 12.846/2013, que estipulou as hipóteses de punição cível e administrativa às empresas por atos ilícitos contra a administração pública nacional ou estrangeira. Mais uma vez, a opção legislativa brasileira optou por não responsabilizar criminalmente as pessoas jurídicas, o que não afasta a convergência com os

²⁷⁶ Princípio geral de direito internacional público que é previsto no artigo 4º da Constituição Federal.

²⁷⁷ Conforme trabalhado nos tópicos 1.1.11 e 1.1.12.

compromissos assumidos em Convenções Internacionais com intuito de harmonização do direito penal transnacional, especificamente a Convenção de Mérida²⁷⁸.

3.1.3.1. Identificação dos colaboradores citados – das pessoas relevantes.

O acordo realizado entre a Petrobras e o DOJ não identificou os nomes dos colaboradores da investigação na jurisdição estadunidense, em uma interpretação processual de análise de provas, é aplicada uma multa criminal com base na confissão da pessoa jurídica e informações não especificadas, reconstruídas historicamente a partir de relatos de pessoas não identificadas. Estes vários níveis de sigilo, em relação ao procedimento, às pessoas e às provas são características de um sistema inquisitorial, cuja narrativa única do processo é da confissão²⁷⁹. Entretanto, os termos do acordo apontam que suas identidades são conhecidas pelas partes e apresentam uma pequena definição de cada um, especialmente a nacionalidade, função exercida no esquema de corrupção de acordo com a narrativa da Lava Jato e o período dessas atividades.

O interesse de tentar identificar essas pessoas advém do fato que todos são brasileiros, o que reforça, inicialmente, a presunção da necessidade de cooperação jurídica internacional para ter acesso a essas fontes de prova²⁸⁰. Além disso, a dinâmica da Lava Jato, como há muito vem sendo discutido, baseou-se na utilização das delações premiadas, fazendo com que os delatores estivessem à disposição dos investigadores, nos termos dos principais acordos de delação.

O acordo cita seis pessoas ao todo, quatro na qualidade de “executivos”, um como “gerente” e um “intermediário”. Somente o último não era funcionário dos quadros da Petrobras. Para tentar identificá-los, selecionamos trechos de denúncias oferecidas pela Força

²⁷⁸ Art. 26 (Responsabilidade das pessoas jurídicas).1. Cada Estado Parte adotará as medidas que sejam necessárias, em consonância com seus princípios jurídicos, a fim de estabelecer a responsabilidade de pessoas jurídicas por sua participação nos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção. 2. Sujeito aos princípios jurídicos do Estado Parte, a responsabilidade das pessoas jurídicas poderá ser de índole penal, civil ou administrativa.

²⁷⁹ “La publicidad del proceso no tiene nada que ver con la resonancia o espectacularidad, que muy bien pueden conciliar-se con el secreto en la obtención y formación de las pruebas”. (FERRAJOLI, 2014, p. 618).

²⁸⁰ Trata-se do encargo que pesa sobre as partes de buscar as fontes de prova e introduzi-las no processo, pelos meios de prova” (BADARÓ, 2003, p. 181). Naturalmente, visualizamos a cooperação jurídica internacional em matéria penal como instrumental à ação penal, sendo, portanto, o meio de acesso a provas pelo Estado-acusação.

Tarefa para cruzar as identificações contidas no *non-prosecution agreement*, utilizando-se a função exercida na Petrobras e o período temporal como os principais critérios. No contexto da operação Lava Jato, foi comum um capítulo de contextualização das investigações, em que era feita a referência ao esquema de corrupção que vitimou a Petrobras em três núcleos principais: a) os representantes das empreiteiras brasileiras; b) os funcionários corruptos da empresa; e c) doleiro e operador Alberto Youssef, identificado na primeira ação penal em desfavor de Carlos Habib Chater.

Para tanto, produziu-se uma tabela de identificação, abaixo exposta, para analisar a descrição que cada colaborador recebeu no acordo em questão e, a partir destes trechos de identificação, cruzar os dados com trechos de denúncias da Lava Jato:

Quadro 3. Identificação dos executivos referidos no *non-prosecution agreement*

	Termos do Acordo	Informações oficiais
Executivo 1	“um cidadão e residente no Brasil, cuja identidade é conhecida dos Estados Unidos e da Petrobras, era chefe de uma divisão da Petrobras de 2004 a 2012. O executivo 1 foi nomeado para seu cargo sob influência de um partido político”.	O segundo núcleo, integrado por Paulo Roberto Costa, Renato Duque e outros empregados do alto escalão da Petrobras, foi corrompido pelos integrantes do primeiro núcleo, passando a auxiliá-los na consecução dos delitos de cartel e licitatórios. Enquanto <u>Paulo Roberto Costa foi diretor de Abastecimento da Petrobras, entre 14/05/2004 e 29/04/2012 (Anexo 01)</u> ²⁸¹ . P. 12
Executivo 2	“um cidadão e residente do Brasil, cuja identidade é conhecida dos Estados Unidos e da Petrobras, era o chefe de uma divisão da Petrobras de 2004 a 2012. O executivo 2 foi nomeado para seu cargo sob influência de um partido político.”	“Em 28 de abril de 2016, foram denunciados o operador Zwi Skornicki, os publicitários Mônica Moura e João Santana, o ex-gerente de Engenharia da Petrobras Pedro Barusco, o ex-diretor de Serviços da <u>estatal Renato Duque, o ex-tesoureiro do Partido dos Trabalhadores (PT) João Vaccari Neto</u> , o ex-diretor presidente da Sete Brasil, João Carlos Ferraz e o ex-gerente geral da área internacional da Petrobras Eduardo Musa.” ²⁸²
Executivo 3	“um cidadão e residente no Brasil, cuja identidade é conhecida dos Estados Unidos e da Petrobras, era o chefe de uma divisão da Petrobras de 2003 a 2008, e o Diretor Executivo Financeiro de uma das maiores subsidiárias da Petrobras por volta de 2008 a 2014. O Executivo 3 foi	“Nestor Cerveró, ocupante do cargo de <u>Diretor Internacional da estatal entre 2003 e 2008</u> , como também foram utilizados operadores financeiros profissionais da

²⁸¹ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso/curitiba/acoefs/processo-penal-15/denuncia/arquivo>. Acesso em 15 fev. 2021.

²⁸² Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/acoefs>. Acesso em 20 fev. 2021. Resumo sobre a ação penal 5013405-59.2016.404.7000.

	nomeado para seu cargo sob influência de um partido político”.	lavagem de dinheiro, como, por exemplo, o denunciado Fernando Soares” [...]” ²⁸³ .
Executivo 4	“um cidadão e residente do Brasil, cuja identidade é conhecida dos Estados Unidos e da Petrobras, era o chefe de uma divisão da Petrobras de 2008 a 2012. O Executivo 4 foi nomeado para seu cargo sob influência de um partido político.”	Pessoa não identificada.
Gerente 1	“um cidadão e residente do Brasil, cuja identidade é conhecida dos Estados Unidos e da Petrobras, era um <u>gerente de alto escalão em uma divisão</u> da Petrobras. De cerca de <u>2004 a 2011</u> , ele se reportava ao Executivo 2.”	“Este segundo núcleo era composto por Pedro Barusco, João Ferraz e Eduardo Musa. Pedro Barusco <u>havia sido Gerente Executivo de Engenharia da Petrobras de 2003 a 2011</u> ” [...] “Em acordo de colaboração firmado com o Ministério Público Federal, Pedro Barusco revelou que, durante <u>todo o tempo em que trabalhou em conjunto com o ex-Diretor de Serviços Renato Duque</u> ” ²⁸⁴
Intermediário 1	“um cidadão e residente do Brasil, cuja identidade é conhecida dos Estados Unidos e da Petrobras, era um intermediário responsável por transferir pagamentos de propina de empreiteiros para o Executivo 1, para políticos brasileiros e partidos políticos brasileiros.”	“[...] ofereceram, prometeram e de fato efetuaram o pagamento de R\$ 5.631.000,000 a <u>Paulo Roberto Costa e ao Partido Progressista, por intermédio dos operadores financeiros Alberto Youssef e Waldomiro de Oliveira</u> ” ²⁸⁵ .

Neste ponto, é importante cruzar as informações encontradas e descritas na tabela comparativa com outras informações da Lava Jato, tanto em processos judiciais quanto em narrativas públicas oficiais da Força-Tarefa. Nos moldes do organograma da Petrobras à época, o acordo deixa claro que os diretores citados acima eram Diretores Executivos e que, hierarquicamente, estavam abaixo da Conselho de Administração da empresa. “O Executivo 1 (2004 a 2012), o Executivo 2 (2004 a 2012), o Executivo 3 (2003 a 2008) e o Executivo 4 (2008 a 2012) eram membros da Diretoria Executiva”.

Além disso, a Lava Jato produziu imagens e organogramas explicativos dos fatos apurados, o que reforça a ideia de que a identificação está correta²⁸⁶:

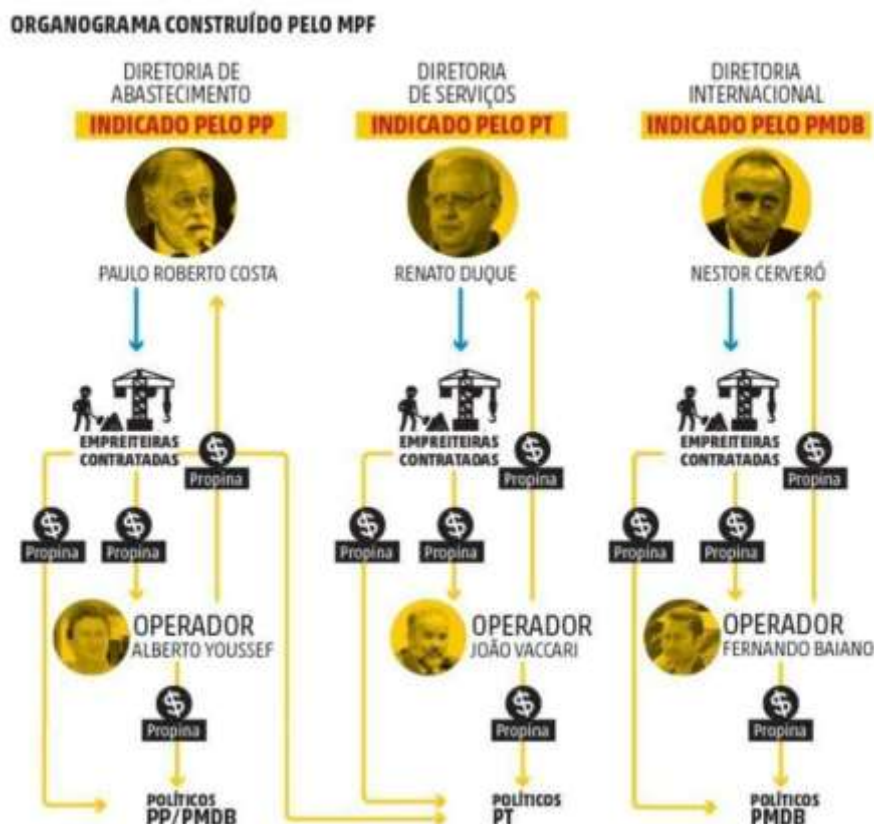
²⁸³ Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/copy_of_pdfs/denuncia-pg_7.pdf/view. Acesso em 15 fev. 2021.

²⁸⁴ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/docs/lava-jato/denuncia-joao-santana-e-zwi-skornicki>. Acesso em 15 fev. 2021.

²⁸⁵ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/docs/2019-12-12-denuncia-waldomiro.pdf>. Acesso em 15 fev. 2021.

²⁸⁶ Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2015/03/mpf-detalha-funcionamento-do-esquema-de-desvios-na-petrobras-4714413.html>. Acesso em 15 fev. 2021.

Figura 1. Organograma construído pelo MPF para explicar a Lava Jato.



Essa imagem produzida pela Força-Tarefa coloca Alberto Youssef como operador da Diretoria de Abastecimento, quando ocupada por Paulo Roberto Costa, fazendo com que possamos identificá-lo com a definição apresentada no acordo de que o Intermediário 1 seria “intermediário responsável por transferir pagamentos de propina de empreiteiros para o Executivo 1”. Assim, é bastante provável e acurada a identificação de Paulo Roberto Costa e Alberto Youssef como Executivo 1 e Intermediário 1, respectivamente. A informação utilizada pode ser encontrada de diversas outras formas, isto porque foi parte da narrativa das diversas denúncias da Lava Jato, que utilizou a versão por eles produzida na qualidade de delatores.

Analisando a linha do tempo de denúncias e ações da Lava Jato no endereço eletrônico oficial do Ministério Público Federal, consta uma síntese sobre o objeto da ação penal 5057686-95.2019.404.7000, onde encontramos referência da subordinação da gerência executiva, ocupada por de Pedro Barusco, à Diretoria de Serviços ocupada por Renato Duque. Inicialmente, eles foram identificados com Gerente 1 e Executivo 2, o que está provavelmente correto. Da mesma forma, coincide a informação de que o Executivo 2 seja Renato Duque pela

proximidade descrita entre João Vaccari o identificado com o Gerente 1. O trecho citado adiante é um elemento autônomo que reforça essa hipótese, isso porque cita expressamente que²⁸⁷:

A denúncia, cujo sigilo foi levantado nesta segunda-feira (4), aponta que de 2008 a 2010 os executivos da Empresa Industrial Técnica (EIT) Marcus – dono da EIT, Paulo César e Tanel ofereceram e realizaram pagamento de propinas milionárias ao então diretor de Serviços da Petrobras Renato Duque, e a Pedro Barusco, ex-gerente de Engenharia ligado à Diretoria de Serviços (g. n).

Utilizando-se do mesmo endereço eletrônico citado acima, foi possível encontrar referência na síntese sobre a ação penal 5073841-76.2019.04.7000, na qual foi denunciado o Sr. Aníbal Gomes por ter cometido crimes a partir de 2006. Gomes é apontado como sustentador político da permanência de Nestor Cerveró na Diretoria Internacional da Petrobras²⁸⁸:

Denúncia contra o ex-deputado Aníbal Gomes e o então assessor Luis Carlos Batista Sá pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, cometidos a partir de 2006. Atualmente suplente pelo DEM, Gomes não está em exercício. Na época dos crimes, era deputado federal pelo PMDB e as provas apontam que usou sua influência para sustentar politicamente a permanência de Nestor Cerveró à frente da Diretoria Internacional da Petrobras. Por intermédio de Cerveró, solicitou e aceitou vantagem indevida no valor de US\$ 6 milhões, dos quais efetivamente ao menos US\$ 3.686.869,21 foram pagos por Julio Gerin de Almeida Camargo, representante da Samsung Heavy Industries.

Como se pode ver, os crimes teriam ocorrido a partir de 2006 e por intermédio de Nestor Cerveró enquanto Diretor Internacional. Assim, este elemento autônomo é apto a confirmar que a identificação realizada na tabela guarda verossimilhança com o contexto e a narrativa dos fatos pela operação Lava Jato. Concluindo-se, portanto, que o Executivo 1 é o Sr. Paulo Roberto Costa, o Executivo 2 é o Sr. Renato Duque, o Executivo 3 é o Sr. Nestor Cerveró e que o Intermediário 1 é o Sr. Alberto Youssef. Como se pode depreender, não foi possível a identificação do Executivo 4.

Por fim, quando da análise dos fatos, também descritos no anexo, serão possíveis fazer novos cruzamentos de dados para afirmar a identificação feita, ou refutá-la.

²⁸⁷ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/acoef>. Acesso em 15 fev. 2021.

²⁸⁸ Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/acoef>. Acesso em 15 fev. 2021.

3.1.3.2. Situação jurídica dos identificados no Brasil.

O acordo traz que “[os executivos e o gerente] foram todos condenados no Brasil por crimes relacionados à sua participação na corrupção na Petrobras que é descrita a seguir”. Logo depois, consta a informação que “[com exceção do executivo 4] admitiram – cada um deles – que participaram na corrupção na Petrobras”. Em razão da afirmação, verificamos a situação jurídica de cada um deles, relevando a existência de acordos de delação premiada em relação a todos os identificados no tópico anterior. Estabeleceu-se, a partir disso, a necessidade de análise do acordo para investigar se houve assunção de obrigação atípica nos acordos de colaboração premiada para prestar informações em outras jurisdições ou se eles o fizeram em razão de suas liberalidades. Durante estas buscas, foram encontradas cláusulas padrões de criação de efeitos transnacionais dos acordos de delação premiada.

As cláusulas identificadas operam três características principais: obrigam os colaboradores a cooperarem em jurisdições estrangeiras através da Lava Jato; renúncia do direito de questionamento judicial em qualquer instância de qualquer das jurisdições envolvidas; e estabelecem que a prova produzida é válida para instrução de qualquer processo sancionatório, cível ou criminal, transnacionalmente. Naturalmente, os delatores identificados no *non-prosecution agreement* possuíam essas obrigações em acordos homologados judicialmente no Brasil, isto é, além dos benefícios atípicos, a amplitude da cooperação efetiva com a persecução dessas delações devem ser estudadas.

O Sr. Paulo Roberto Costa aceitou acordo de delação premiada com a Lava Jato em 27/08/2014, que foi comumente atribuído como um dos principais acordos para o desenrolar das investigações²⁸⁹. Os acordos realizados pela Força-Tarefa se notabilizaram pela utilização de benefícios atípicos, pressupondo, a partir de uma interpretação equivocada da teoria dos poderes implícitos da Suprema Corte dos Estados Unidos, que podiam oferecer qualquer benefício aos delatores, tendo em vista que a lei havia permitido até o mesmo o perdão judicial – expressão do poder máximo. Assim, foi comum o estabelecimento *contra legem* de regime de cumprimento de pena, desistência de persecução de membros da família dos delatores, perdão por quaisquer condutas anteriores, dentre outros muitos exemplos.

²⁸⁹ As narrativas oficiais e jornalísticas colocam a delação de Paulo Roberto Costa como uma das principais para todo o contexto investigativo, sendo citado resumo de grandes casos no endereço eletrônico do Ministério Público Federal no Paraná.

A atipicidade dos benefícios oferecidos aos delatores, posteriormente homologado, transforma o Poder Judiciário em lugar de convalidação de ilegalidades, argumento também utilizado por Zilli (AMBOS; MENDES, 2020, p. 55): “o papel da homologação não é o de cristalizar ilegalidades, mas sim o de delimitar os contornos da relação jurídica entre acusador e colaborador”. No que interessa ao objeto da pesquisa, o delator citado acima se comprometeu a conferir acesso aos órgãos de persecução de todas suas contas ativas sob seu controle e, da mesma forma, entregar todos os dados bancários de movimentação financeira a elas vinculadas²⁹⁰. Estas obrigações foram analisadas por Vinicius Vasconcellos sobre a perspectiva de qual limite existe em relação à prestação de efetiva colaboração à persecução criminal²⁹¹.

O acordo de delação do Sr. Paulo Roberto Costa consta, na cláusula 7ª, que “o colaborador autorizará o Ministério Público ou outros órgãos, nacionais ou estrangeiros indicados pelo Ministério Público, a acessarem todos os dados de sua movimentação financeira no exterior”²⁹². Como se pode ver, a Força-Tarefa se autoatribuiu a competência para realização de eventuais concessões de acesso dessas informações para outras jurisdições, rompendo com a necessidade e o trâmite adequados pelas Autoridades Centrais, o que seria os primeiros passos da cooperação informal notabilizada pela Lava Jato. Naturalmente, o descumprimento dessa cláusula levaria ao rompimento do acordo, com o conseqüente aproveitamento de provas e

²⁹⁰ Cláusula 6ª. O colaborador renuncia, em favor da União, a qualquer direito sobre valores mantidos em contas bancárias e investimentos no exterior, em qualquer país, inclusive mantidos no Royal Bank of Canada em Cayman (aproximadamente USD 2,8 milhões so nos nomes dos familiares Marcio e Humberto) e os aproximadamente USD 23 (vinte e três) milhões mantidas na Suíça (em contas em nome de Marici, Paulo Roberto e Arianna), controladas direta ou indiretamente por ele, ainda que mediante empresas *offshores* e familiares, incluindo os valores mantidos por meio das *offshores* AQUILA HOLDING LTD, ELBA SERVICES LTD., GRACIER FINANCE INC, INTERNATIONAL TEAM ENTERPRISE LTD, LAROSE HOLDING AS, OMEGA PARTNERS AS, QUINUS SERVICES SA, ROCK CANYON INVEST SA, SAGAR HOLDING SA, SANTA CLARA PRIVATE EQUITY, SANTA TEREZA SERVICES LTD, SYGNUS ASSETS SA, os quais reconhece serem todos, integralmente, produto de atividade criminosa. O colaborador se compromete a prontamente praticar qualquer ato necessário à repatriação desses valores em benefício do país, assinando, em anexo, desde logo, termo nesse sentido. Anexo VII.

²⁹¹ Em outro termo de colaboração, estabeleceu-se que o delator autoriza os órgãos de persecução “a acessarem todos os dados de sua movimentação financeira no exterior, mesmo que as contas não estejam no seu nome” (cláusula 9ª, acordo na Pet. 5.244 SFT). Essas medidas são correlatas à prestação de efetiva colaboração à persecução penal, com a indicação de elementos probatórios relacionados ao caso investigado” (VASCONCELLOS, 2018, p. 193).

²⁹² Cláusula 7ª. O colaborador autorizará o Ministério Público ou outros órgãos, nacionais ou estrangeiros indicados pelo Ministério Público, a acessarem todos os dados de sua movimentação financeira no exterior, mesmo que as contas não estejam em seu nome (p. ex., em nome de *offshores* ou interpostas pessoas, inclusive familiares), o que incluiu, exemplificativamente, todos os documentos cadastrais, extratos, cartões de assinaturas, dados relativos a cartões de crédito, aplicações e identificação de depositantes e beneficiários de transações financeiras, assinando, desde logo, termo anexo nesse sentido. Anexo VII.

suspensão dos prêmios concedidos pela delação premiada, em um contexto de renúncia a qualquer recurso judicial.

Cronologicamente, a delação do Sr. Paulo Roberto Costa é uma das primeiras da Lava Jato, mas já constam cláusulas que fazem com que a interpretação de cooperação efetiva à persecução seja relacionada a camadas transnacionais. Destacamos este fato porque a versão oficial sobre a punição da Petrobras nos Estados Unidos é de que os delatores voluntariamente colaboraram naquela jurisdição e sem intermediação da Lava Jato. Entretanto, o próprio acordo já coloca os delatores sob disponibilidade de outras jurisdições sobre pena de anulação da delação premiada. A primeira pergunta é qual a possibilidade epistêmica de afirmar a voluntariedade após a deflagração de investigações contra os delatores, superado isso – se possível –, existe voluntariedade em apresentação em outra jurisdição sob condição de rompimento de acordo no país de residência?²⁹³

Alguns meses depois, o Sr. Alberto Youssef também firmou acordo de delação premiada com o Ministério Público Federal do Paraná, que foi homologado pelo Supremo Tribunal Federal, em razão de existirem anexos sobre autoridades com foro privilegiado. Nota-se a mesma dinâmica da delação do Sr. Paulo Roberto Costa, quem se comprometeu a dar acesso de contas também a autoridades estrangeiras. A validade da prova foi afirmada para quaisquer instâncias de controle inclusive transnacionalmente e a renúncia ao direito de defesa também englobou processos em outras jurisdições. Em 19/11/2014, o Sr. Pedro Barusco também firmou acordo de delação premiada na Lava Jato com cláusulas de disponibilidade transnacional, intermediadas diretamente pelo Ministério Público Federal, acesso a contas e à movimentação financeira por autoridades estrangeiras²⁹⁴. Há repetição de cláusula de impossibilidade de impugnar os termos do acordo de colaboração, por qualquer meio, no Brasil ou no exterior.

²⁹³ Langbein compara a voluntariedade nos acordos de delação com a necessidade de convalidação dos investigados no dia seguinte a sua confissão sob tortura durante o período inquisitorial, ou seja, a confissão durante o ato de tortura carecia de confirmação, o problema é que a consequência direta da não confirmação era novos atos de tortura. In order to achieve a verbal or technical reconciliation with the requirement of the formal law of proof that the confession be voluntary, the medieval lawyers treated a confession extracted under torture as involuntary, hence ineffective, unless the accused repeated it free from torture at a hearing that was held a day or so later. Often enough the accused who had confessed under torture did recant when asked to confirm his confession.”. LANGBEIN, JOHN. Torture and Plea Bargaining. p. 7

²⁹⁴ Cláusula 9ª. O colaborador autorizará em anexos próprios o Ministério Público Federal ou outros órgãos, nacionais ou estrangeiros, indicados pelo Ministério Público, a acessarem todos os dados de sua movimentação financeira no exterior, mesmo que as contas não estejam em seu nome (p. ex.: em nome de *offshores* ou interpostas

As delações de Renato Duque e Nestor Cerveró, ainda que citadas em portais de notícias²⁹⁵, não foram encontradas para análise. Para evitar a citação repetida de cláusulas iguais, tendo em vista a compreensão que existiu um padrão no texto do acordo, exporemos em uma tabela exemplificativa os termos relevantes para o objeto desta pesquisa.

Quadro 4. Cláusulas padrões dos acordos de delação com a Lava Jato

Identificação	Tema	Redação padrão – pequenas variações entre os acordos
(a)	Cooperação com outras jurisdições intermediado pelo Ministério Público Federal – atribuição de jurisdição.	O colaborador autorizará o Ministério Público ou <u>outros órgãos, nacionais ou estrangeiros indicados pelo Ministério Público, a acessarem todos os dados de sua movimentação financeira no exterior</u> , mesmo que as contas não estejam em seu nome (p. ex., em nome de <i>offshores</i> ou interpostas pessoas, inclusive familiares), o que incluiu, exemplificativamente, todos os documentos cadastrais, extratos, cartões de assinaturas, dados relativos a cartões de crédito, aplicações e identificação de depositantes e beneficiários de transações financeiras, assinando, desde logo, termo anexo nesse sentido.
(b)	Validade da prova na seara civil, administrativa e penal no Brasil, bem como em outras jurisdições.	A prova obtida mediante a presente avença de colaboração premiada, após devidamente homologada, será utilizada validamente para a <u>instrução de inquéritos policiais, procedimentos administrativos criminais, ações penais, ações cíveis e de improbidade administrativa e inquéritos civis, podendo ser emprestada também ao Ministério Público dos Estados, à Receita Federal, à Procuradoria da Fazenda Nacional, ao Banco Central do Brasil e a outros órgãos, inclusive de países e entidades estrangeiras</u> , para a instrução de procedimentos e ações fiscais, cíveis, administrativas, (inclusive disciplinares) , de responsabilidade bem como qualquer outro procedimento público de apuração de fatos, mesmo que rescindido este acordo, salvo se a essa rescisão se der por descumprimento desta avença por exclusiva responsabilidade do Ministério Público Federal.
(c)	Renúncia ao direito de defesa transnacionalmente.	não impugnar, por qualquer meio, o acordo de <u>colaboração</u> , em qualquer dos inquéritos policiais ou ações penais nas quais esteja envolvido, <u>no Brasil ou no exterior</u> , salvo por fato superveniente à homologação judicial, em função de descumprimento

peças, inclusive familiares), o que inclui, exemplificativamente, todos os documentos cadastrais, extratos, cartões de assinatura, procurações, dados relativos a cartões de crédito, aplicações e identificação de depositantes e beneficiários de transações financeiras, assinando, desde logo, termo anexo nesse sentido. Anexo IX.

²⁹⁵ Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2016/06/acordo-de-delacao-preve-que-cervero-deixe-prisao-dia-24-e-devolva-r-17-mi.html> e <https://oglobo.globo.com/opiniao/delacao-de-duque-nova-ameaca-lula-ao-pt-22641455>. Acesso em: 15 fev. 2021.

		do acordo pelo MPF ou pelo Juízo de homologação ou ainda com o objetivo de dar efetividade à colaboração.
(d)	Sigilo da cooperação com o Ministério Público Federal.	O colaborador e seu(s) defensor(es) se comprometem a preservar [sigilo] perante qualquer autoridade distinta do Ministério Público, Poder Judiciário e Polícia Federal responsáveis pela administração do acordo de colaboração, <u>enquanto o Ministério Público entender que a publicidade prejudicará a efetividade das investigações.</u>

A cláusula (a) prevê que o Ministério Público Federal apontará as autoridades com as quais os delatores devam cooperar. Primeiramente, a cooperação jurídica internacional tem fundamento constitucional e a interpretação sistemática dessas normas explicita a necessidade de que as relações entre Estados, exceto para concessão para *exequatur*, seja realizada pelo Poder Executivo. Em segundo lugar, a prova se dirige a processos, sendo que seu compartilhamento depende de autorização do juiz natural do caso em que ela tenha sido produzida, especificamente no auxílio direto, após trâmite pela Autoridade Central, e encapamento pelo Ministério Público Federal de pedido depreendido por pessoa jurídica de direito público internacional.

Da mesma forma, nos casos em que a Lava Jato fosse requerente ativo da assistência direta, o compartilhamento de delação premiada dependeria de autorização judicial prévia.

No que se refere à cláusula (b), a questão do compartilhamento em processos de outras naturezas para autoridades brasileiras é ainda bastante discutida, especialmente em razão das diversas camadas de controle administrativo no Brasil. Entretanto, sobre o trânsito transnacional desses elementos, é importante que se diga que os acordos de auxílio direto estão vinculados a instrução de investigações e processos penais, isto é, produção de prova penal. Atualmente, é notória informação de que a Autoridade Central da Suíça não presta cooperação com o Brasil para instrução de improbidade administrativa, uma vez que é ação desconhecida naquele ordenamento e não é de natureza criminal²⁹⁶. Assim, a previsão de trâmite de elementos de informação para instrução de quaisquer processos administrativos em outras jurisdições é medida processual penal atípica, não prevista nas Convenções Internacionais multilaterais sobre o tema, tampouco nos acordos de cooperação. O trâmite é, evidentemente, ilegal.

²⁹⁶ A informação sobre as negativas de prestação na Suíça em casos de ações de improbidade administrativa foi dada pela Procuradora Federal do Ministério Público da Suíça Maria Schenebli, no *podcast* Direito ao pé do ouvido da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, no episódio Aspectos Práticos da Cooperação Jurídica Internacional.

A ausência de uma política pública de cooperação impossibilita o exercício de defesa, inerente à jurisdição (sua legitimadora), e faz com que tenhamos que nos debruçar sobre obviedades como o acordo de assistência direta em material penal se prestar a instruir processos penais. Situações que, diante das dúvidas, e da obscuridade possibilitada pelo trâmite administrativo das Autoridades Centrais ocorrem no dia a dia prático sem maiores questionamentos. Ademais, assuntos sensíveis de interesses nacionais ficam à disposição descentralizada de agentes públicos não preparados para lidar com essas situações (ao contrário dos membros da diplomacia) cuja preocupação política-criminal e ideológica é com o discurso de combate a determinadas criminalidades.

A cláusula (c) prevê a renúncia de qualquer direito de impugnação do acordo de delação premiada em quaisquer jurisdições. Inicialmente, o acordo processual de uma autoridade brasileira não pode impor condições e renúncias ao direito de defesa em outros países, uma vez que, como dito, a mesma jurisdição penal que outorga a competência vincula os atos processuais das autoridades públicas, e esta previsão não existe na legislação processual brasileira e, ainda que existisse, careceria de válida extraterritorialmente. Além disso, a impossibilidade de impugnar o acordo é a consolidação de que eventuais ilegalidades, as quais não poderiam ter sido homologados judicialmente, operam efeitos independente de prova de ausência de voluntariedade ou da confissão falsa em razão de benefícios e do risco do processo penal.

Portanto, a impossibilidade de impugnação é defender que o Estado acusação pode se ancorar em uma pretensão evidentemente inverídica, em outras palavras, pretender a condenação de inocentes, que seria protegida por um trânsito em julgado formal de uma decisão homologatória. Como se sabe, até mesmo a sentença penal transitada em julgada pode ser desafiada por revisão criminal em caso de prova superveniente²⁹⁷. A lei 13.850 foi alterada em 24/12/2019 pela lei 13.964 e passou a prever a invalidade de pleno direito da renúncia ao direito de impugnação dos acordos de delação premiada²⁹⁸. Diante disso, *ex vi lege*, atualmente, a cláusula (c) é vedada pela legislação de regência, apesar de axiologicamente inválida em qualquer tempo no Brasil, dirá com efeitos em jurisdições penais estrangeiras.

A cláusula (d) estipula o sigilo sobre as investigações pré-processuais enquanto “o Ministério Público entender que a publicidade prejudicará a efetividade das investigações”,

²⁹⁷ Capítulo VII, Código de Processo Penal, art. 621 e seguintes.

²⁹⁸ § 7º-B. São nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

poder-se-ia dizer enquanto houver conveniência da acusação. A bem da verdade, o processo existe para reduzir os espaços de conveniência do acusador, especialmente em relação ao produto de sua investigação, o que no sistema acusatório é garantido a partir da publicidade e da possibilidade de reconstrução do procedimento. Assim, os delatores no Brasil, também não identificados nos Estados Unidos, estavam à disposição da Lava Jato para colaboração transnacional, ilegalmente como explicado, e podem ter auxiliado por esta razão aquela jurisdição sob pena de perda dos benefícios atípicos acordados com o Ministério Público Federal.

Naturalmente, pode-se concluir que a utilização dos acordos de delação premiada na Lava Jato contribuiu para o sigilo da cooperação entre os Estados Unidos e o Brasil sobre a Petrobras, com anuência ilegal da Força-Tarefa. Ademais, a privatização do processo com acordos entre partes permitiu o domínio da acusação sobre as fontes de prova, possibilidades de compartilhamento e validade transnacionalizada, cláusulas protegidas por homologação judicial, sobre as quais não há possibilidade de impugnação por terceiros interessados²⁹⁹, que é vedada por lei. O processo penal moderno racionaliza-se a partir das provas, no contexto estudado, o domínio sobre elas foi exclusivo do Estado acusação pelas razões expostas. Mas, afinal, sobre quais fatos os delatores colaboraram? É o que analisaremos no tópico seguinte.

3.1.4. O crime cometido sob jurisdição dos Estados Unidos.

O escândalo do *watergate* é mundialmente conhecido, especialmente por ter sido a causa da renúncia do presidente estadunidense Richard Nixon. Um outro lado dessa história é o início da preocupação do Congresso do Estados Unidos com o financiamento de campanhas eleitorais através de pagamentos transnacionais por corporações de capital aberto, o que ocorreu em razão das investigações conduzidas pelo promotor especial do caso *watergate*, conjuntamente aos trabalhos da comissão de investigação do senador Frank Church, que juntos encontraram evidências de diversos pagamentos ilegais a campanhas eleitorais feitos através de maquiagem financeira e de fraude de livros contábeis apresentados à SEC) – órgão regulador dos valores imobiliários. Além disso, com o decorrer das investigações, foi identificado que diversas

²⁹⁹ A própria nomenclatura demonstra a privatização da questão.

empresas utilizavam dos mesmos métodos para influenciar as disputas eleitorais de outros países³⁰⁰.

A percepção dos parlamentares estadunidenses era de que o pagamento de propina e o financiamento de campanha em outros países estavam englobados no custo de operação de grandes empresas e, mais do que isso, passaram a ser sua forma de garantir *market place*. O caso mais emblemático que fomentava essa conclusão na opinião política era o da *Lockheed*, fabricante de aeronaves civis e militares, que foi enxergada como uma grande distribuidora de propinas. As investigações do Senado estadunidense comprovaram o pagamento de propina para a Alemanha Ocidental, Itália e Japão para manutenção de negócios e, concomitantemente, a empresa era a principal contratada pelas forças armadas de seu país³⁰¹. Estas percepções fomentaram a discussão da necessidade da FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*), uma vez que os pagamentos a autoridades estrangeiras não eram crimes nos Estados Unidos, estando os agentes identificados somente sob regulação administrativa da SEC.

Da perspectiva do mercado financeiro, a realização desses pagamentos era motivo de preocupação para a Comissão de Valores Imobiliários, isso porque as corporações de capital aberto eram realizadas de forma a não permitir o controle da Comissão e nem dos investidores. Inicialmente, algumas técnicas para mascarar os pagamentos foram identificadas durante aquelas investigações em conjunto: reembolso a funcionários corporativos por contribuições eleitorais, utilização de subsidiárias *offshore*; sociedades anônimas depositárias de propina em contratos de compra e venda; pagamento de consultorias especializadas no exterior que repassavam dinheiro às campanhas eleitorais; pagamentos diretos a empresas e funcionários de governos, dentre outras formas³⁰². Assim, duas percepções emergem deste cenário de investigações; a ausência de criminalização dos agentes que pagavam propina no exterior e a posição de fragilidade em que o mercado de capital aberto ficava diante das novas revelações.

É neste contexto, portanto, que em 1977 é aprovada e sancionada a FCPA. Em relação ao conteúdo penal da nova legislação, esta segue na linha do que descrevemos ao longo do

³⁰⁰ Mike Koehler (2012, p. 934) explica que “Gulf Oil principally involved contributions to the political campaign of the President of the Republic of Korea. Northrop principally involved payments to a Saudi Arabian general. Exxon principally involved contributions to Italian political parties. Mobil Oil also principally involved contributions to Italian political parties. Lockheed principally involved payments to Japanese Prime Minister Tanaka, Prince Bernhard (the Inspector General of the Dutch Armed Forces and the husband of Queen Juliana of the Netherlands), and Italian political parties”.

³⁰¹ (KOEHLER, 2012. p. 942).

³⁰² (KOEHLER, 2012. p. 936).

capítulo e ancora todo o significado do crime em normas administrativas de regulação, instituindo o *compliance* para as empresas de capital aberto, com modelo de regulação muito parecido com o aplicado às instituições financeiras, sendo que os tipos penais previstos se aplicam às pessoas naturais e jurídicas. A criminalização da corrupção de funcionários públicos estrangeiros parece proteger bens jurídicos penalmente relevantes. Ocorre que esta perspectiva cria possíveis conflitos de jurisdição, uma vez que o país em que o sistema jurídico nacional – estrangeiro para os Estados Unidos – foi subornado pode, da mesma forma, investigar o fato.

Neste contexto de potenciais conflitos de jurisdição que a FCPA proporciona se insere a punição à Petrobras, é sobre um dos tipos penais dessa legislação que a empresa transacionou. O que pode ser visto no último dos assuntos do anexo de fatos: “Livros e Registros Incorretos”, no qual se afirma que, “enquanto os vários esquemas de propinas e de fraudes em licitações estavam em curso, as ADRs da Petrobras eram negociadas na Bolsa de Valores de Nova York, e a Petrobras era “emitente” dentro do significado de 5 U.S.C. § 78, dd-1”. Há, inicialmente, uma vinculação entre os fatos trazidos no acordo, analisados anteriormente, e a condição jurídica da Petrobras no ordenamento jurídico dos Estados Unidos. Emprestando significado ao conteúdo de emitente, o acordo afirma que “a Petrobras era obrigada a registrar um relatório anual, incluindo demonstrativos financeiros, junto à SEC [...] utilizando o Formulário 20-F, que é o principal documento de divulgação utilizado por emitentes privados estrangeiros”³⁰³.

Posteriormente, foram articuladas as condutas criminosas atribuídas à Petrobras, que serão transcritas na íntegra para que a subjetividade do interlocutor interfira minimamente³⁰⁴:

Durante o esquema, a Petrobras deixou de elaborar e manter livros, registros e contas que pudessem refletir, de modo exato e justo, a capitalização do ativo imobilizado da Companhia (“PP&E”), que foi sobreavaliado no Formulário 20-F como resultado das propinas sendo geradas pelas empreiteiras da Companhia com a cooperação de alguns executivos da Petrobras”

Além disso, o Executivo 1, o Executivo 2 e o Executivo 4, cada um deles assinou sub-certificações Sarbanes-Oxley (SOX) 302, enquanto estavam envolvidos, e tinham conhecimento de outros executivos da Petrobras estavam envolvidos em obter e facilitar o pagamento de milhões de dólares em propinas para eles mesmos, para políticos brasileiros e para partidos políticos”.

As sub-certificações da SOX 302 assinadas pelos executivos corruptos da Petrobras exigiam que os executivos certificassem na parte relevante, que o Formulário Form 20-F que a Companhia estava registrando junto à SEC, não continha declarações substancialmente falsas ou enganosas, e que as informações contidas no mesmo eram precisas e corretas. Os executivos que assinaram, ou fizeram com que fossem assinado, o Formulário 20-F, não divulgaram ao mercado os enormes esquemas de

³⁰³ Todas as citações do parágrafo estão na p. 41 do acordo.

³⁰⁴ Disponível entre as páginas 41 e 43 do acordo.

corrupção de propinas que estavam ocorrendo na Companhia, e cada um dos executivos corruptos da Petrobras sabia, na ocasião em que assinaram as sub-certificações SOX 302, que o Formulário 20-F não incluía essa divulgação.

Da mesma forma, o Executivo 3, enquanto Diretor Executivo Financeiro de uma subsidiária da Petrobras, assinou uma carta de declaração da administração que foi fornecida a auditores externos da Petrobras, declarando, entre outras coisas, que ele não tinha conhecimento de qualquer fraude afetando a subsidiária que envolvesse funcionários que desempenhavam uma importante função nos controles internos, ou de fraudes que poderia afetar, de modo significativo, os demonstrativos financeiros da subsidiária. O Executivo 3 sabia, na ocasião, que um esquema de propina estava em curso na Petrobras, em que diretores nomeados de algumas divisões facilitavam as propinas a políticos e a partidos políticos, e de fato eles mesmos recebiam as propinas. Ele também sabia que existiam propinas pagas a ele e a políticos e a partidos políticos com relação aos múltiplos projetos de negócios da subsidiária da Petrobras.

Antes de analisar o teor da citação, faremos a explicação dos termos e das obrigações citados pelo *non-prosecution agreement* em questão. O SOX 302 é a abreviação de Sarbanes-Oxley Act, que é uma lei aprovada pelo Congresso dos Estados Unidos em 2002, em decorrência dos escândalos de contabilidade empresarial ocorridos na Enron e na WorldCom³⁰⁵. A nova lei não altera a FCPA, mas determina novas formas de regulação e divulgação dos controles contábeis internos pelas empresas, englobando a obrigação de reportar violações descobertas internamente. Apesar de o nome da FCPA se referir ao pagamento de propinas transnacionais, a maioria dos casos abertos pela SEC são referentes aos casos SOX 302, isto é, a respeito do controle contábil das empresas que operam nas bolsas estadunidenses. Em 2002, sete investigações do DOJ e da SEC foram abertas, em 2004 – ano contábil seguinte –, o número foi de dezesseis investigações³⁰⁶, o que demonstra um aumento considerável.

O formulário “Form 20-F³⁰⁷” é emitido pela SEC todos os anos e as empresas estrangeiras que emitem título nas bolsas dos Estados Unidos devem preenchê-lo. É necessária a divulgação de balanços patrimoniais no período estipulado pela reguladora, bem como a divulgação da análise de risco dos investimento em andamento. A punição da Petrobras tem como fundamento a declaração falsa das informações prestadas neste formulário pelos altos executivos da empresa, que de acordo com Nathaniel Stephens, estão obrigados a fazê-lo

³⁰⁵ Ambos noticiados no Brasil à época. Ver em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,o-escandalo-da-enron-saiba-o-que-esta-acontecendo,20020207p24521>;

<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2207200205.htm>, respetivamente. Acesso em 15 fev. 2021.

³⁰⁶ SHEARMAN & STERLING LLP. Digests of Cases and Review Releases Relating to Bribes to Foreign Officials Under the Foreign Corrupt Practices Act of 1977. Nova York: Danforth Newcomb, 2004.

³⁰⁷ É possível acessar ao modelo neste endereço eletrônico: <https://www.sec.gov/files/form20-f.pdf>. Acesso em 15 fev. 2021.

periodicamente, “*this section [404 da SOX] requires that CEOs and CFOs certify in each quarterly and annual report that they have evaluated the company’s internal controls*”.

A SOX 302 preenche administrativamente o conteúdo de como os livros contábeis devem ser produzidos e divulgados, sendo que a FCPA criminaliza a falsidade contábil das informações apresentadas pelas empresas à SEC. O formulário 20-F é um dos documentos de apresentação obrigatória para empresas estrangeiras que operam por ADRs nas bolsas estadunidenses. Contudo, não se pode aceitar o espelhamento de condutas, passíveis de constatação de resultados no Brasil (crimes materiais, crimes de resultado cortado, etc), como prova – presunção – de cometimento de falsificação de livros contábeis em outra jurisdição. Esta hipótese representaria a criação de uma punição suplementar ao ordenamento dos Estados Unidos ao brasileiro, a qual deve ser corretamente tratada nos atos cooperacionais.

Os executivos identificados praticaram todas as condutas referidas no *non-prosecution agreement* da Petrobras no Brasil, que podem ser englobadas em declarações falsas das sub-certificações SOX 302, aumento patrimonial no Form 20-F e apresentação de carta de declaração com informações falsas a auditorias externas. Em tese, era possível a prova dessas fraudes e seus eventuais prejuízos por investigações naquela jurisdição, mas a redação do acordo deixa clara a linha que se traça entre acontecimentos no Brasil e a consequente prestação de informações falsas, isto é, a punição da Petrobras se deu em razão das condutas assumidas por antigos gestores, pelos mesmos fatos que foi considerada vítima na Lava Jato e em todas as instâncias do Poder Judiciário. Além disso, os crimes são por violar a verdade informacional para cumprimento de obrigações de *criminal compliance* – regulação administrativa.

Como se pode ver, a regulação administrativa, que visa o aumento da aderência dos particulares às normas jurídicas, requer dos particulares que cometeram ilícitos a autoincriminação para proteção da verdade informacional às agências reguladoras. Ao analisar a situação da sobreposição de normas administrativas de *criminal compliance* e o direito penal, em situação mais branda, Ricardo Gloeckner (2014, p. 165) afirma que “o não cumprimento dos deveres compliance estabelecidos nas regras, como já referido inúmeras vezes, sujeitará o agente omissor às sanções administrativas de alta magnitude”. Neste particular, o *nemo tenetur se detegere* não se relativiza com a possibilidade de sanção administrativa, é pior, configura crime a falsidade de informação do omissor; neste acordo, os executivos já identificados. Em outras palavras, aos particulares é estabelecido o crime por não comunicar os efeitos contábeis de crimes prévios na documentação apresentada aos reguladores.

Estes dispositivos têm funções declaradas e não declaradas (GLOECKNER; SILVA, 2014. p. 165), dentre as últimas estão a criação de um direito penal apto a proteção das análises de risco futuras pelos *players* do mercado financeiro, que não podem se fundar em informações falsas, criando um ambiente de *total enforcement*, mesmo que desconectado dos seus princípios orientadores, como o direito a não autoincriminação. Nas palavras do referido autor:

Além da relativização do princípio do *nemo tenetur se detegere*, seria possível associar os denominados deveres compliance a uma tentativa forçosa de, com o recurso ao direito administrativo sancionador como uma maneira velada de se obter, no plano da investigação preliminar, uma *total enforcement*.

Não discutimos a legitimidade do bem jurídico verdade informacional que, como explicado por Marcelo Ruyvo, é um bem jurídico protegido na lei de crimes tributários, mas, para a configuração típica dos delitos é necessário que ocorra, conjuntamente, a criação de perigo à arrecadação tributária³⁰⁸. Poderíamos trabalhar analogicamente essa formulação para estabelecer as possibilidades de criminalização para proteção desse bem jurídico, mas acreditamos que a solução jurídica não está nesta limitação. A sociedade do controle estabeleceu diversas camadas de regulatórias transnacionalmente na intenção de criar um direito penal espelhado aos interesses econômicos de uma sociedade de consumidores, isto é, avesso ao risco e, neste sentido, constrói uma sistemática em que o direito de resistência ao Estado é criminalizado a partir sobreposição de normas de natureza administrativa.

Diversos autores estão se dedicando a estudar os conflitos entre as normas regulatórias das empresas e o direito de resistência e não autoincriminação dos executivos, o que colateralmente interessa a esse objeto de pesquisa. Entretanto, atendo-se à dinâmica do acordo da Petrobras nos Estados Unidos, não existe vinculação probatória entre a punição assumida “consensualmente” entre os fatos narrados, acontecidos todos no Brasil, com as violações de natureza contábil naquela jurisdição. Ao contrário, o reconhecimento de fatos criminosos em outra jurisdição é utilizado como argumento de presunção absoluta, tais como “a capitalização do ativo imobilizado da Companhia (“PP&E”), que foi sobreavaliado no Formulário 20-F como

³⁰⁸ “A incriminação do art. 1º busca proteger também a verdade informacional lesada pela fraude. A razão de ser da fraude é fazer que o falso aparente ser verdadeiro, diante do dever do contribuinte de manifestar a verdade sobre as operações tributáveis. A verdade informacional é o valor nuclear do dever de prestação de informações imposto ao contribuinte pelo Estado, que recebe tutela penal específica pelos crimes de falsificação de documento particular (art. 297 do CP)” (RUIVO, 2019, p. 73).

resultado das propinas sendo geradas pelas empreiteiras da Companhia com a cooperação de alguns executivos da Petrobras”.

Com a inexistência de processo penal, uma vez que o acordo foi feito em fase anterior a formalização, nem se poderia falar em produção de prova. Entretanto, o que se pretende provar no anexo de fatos do *non-prosecution agreement* é desconectado da razão da condenação. Em outras palavras, não existe causalidade entre a prova e o objeto condenação, tão simplesmente a tentativa de criar uma presunção absoluta neste sentido.

O acordo foi realizado nos Estados Unidos e, segundo a versão oficial, a partir de iniciativa voluntária da Petrobras, o que em tese, afastaria a necessidade atos de cooperação. Assim, respeitando a autonomia do ordenamento estadunidense para a realização desses atos processuais, projetaremos a discussão sobre a conexão entre condenação e prova, e entre prova e pedido do Estado acusação – imposição do sistema acusatório³⁰⁹ – nos atos de cooperação, ou pelo menos, na sua imprescindibilidade. Diz-se isso porque todas as discussões colocadas na análise desse acordo, que contêm informações sensíveis, só encontram limitação nos procedimentos processuais penais. Em termos mais amplos, o poder punitivo é limitado pelo processo penal³¹⁰. Assim, a informalidade impede, ao fim e ao cabo, o controle de legalidade, sendo que somente aos atores processuais seria possível a reconstrução dos atos que levaram à punição, o que não encontra convergência com princípios republicanos.

Por fim, é imprescindível a análise da forma de cooperação entre Brasil e Estados Unidos para investigar como se deu eventual discussão sobre os pontos sensíveis levantados no

3.2 Análise dos Anexos do *Non-Prosecution Agreement*.

3.5. Versão oficial e oficiosa sobre a punição à Petrobras.

3.5.1. A Versão oficial.

A força tarefa da Lava Jato em Curitiba realizou acordo com a Petrobras para a criação de uma fundação, na qual participaria enquanto conselho curador, com o objetivo de gerir 80% da multa criminal que a sociedade aceitou em acordo com autoridades estadunidenses, como já

³⁰⁹ (LOPES JR, 2020, p. 621), tratando de encontro fortuito de prova.

³¹⁰ Segundo LOPES JR (2008, p. 401), “[a jurisdição penal é] destinada a conhecer da pretensão acusatória (e de seu elemento objetivo, o caso penal) para, acolhendo-a, exercer o poder de penar que detém o Estado-juiz”.

delimitado anteriormente. Este papel de preponderância dos membros da operação foi colocado na narrativa oficial dos procuradores como decorrência da contribuição valiosa de cooperação jurídica internacional com os Estados Unidos, o que, como repetido diversas vezes por eles, foi a causa de manutenção no território nacional de valor tão expressivo de multa aplicada à Petrobras, uma vez que, como regra, somente 3% dos valores são repatriados pelos países que tiveram empresas punidos nos termos da FCPA³¹¹.

Para reconstruir a narrativa oficial da Lava Jato sobre o acordo, utilizamos as informações prestadas na ADPF n. 568 e as manifestações oficiais do grupo feitas por meio da assessoria de imprensa da Força Tarefa. Analisamos a referida ação de controle concreto de constitucionalidade e constatamos que só houve uma manifestação nos autos. No que diz respeito à assessoria de imprensa, sob o domínio oficial do Ministério Público Federal, existe uma aba específica para a função de imprensa da Lava Jato, que pode ser encontrada no endereço eletrônico <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa>. A assessoria de imprensa disponibiliza ferramenta que permite o filtro das buscas por tema³¹², data e palavras chaves. Em um desses critérios pré-fixados por tema, cooperação internacional é aparentemente relevante ao tema da pesquisa, em razão disso, nos utilizamos de duas formas de delimitar as informações sobre o caso da Petrobras.

Assim, a primeira forma foi a utilização da pesquisa por tema cooperação internacional juntamente com o filtro por data, compreendendo o intervalo entre 01/09/2018 e a data de realização da busca, 20/12/2020. Nenhum resultado voltou dessa pesquisa, nenhum dos materiais analisados foram encontrados com o primeiro método.

A data de 01/09/2018 foi utilizada porque o acordo de não persecução penal da Petrobras nos Estados Unidos foi firmado em 26/09/2018, sendo impossível existir notícia a seu respeito antes de sua existência. O mesmo critério temporal foi utilizado conjuntamente com o critério de palavras-chaves, no qual trabalhamos o termo DOJ, abreviação outras vezes utilizadas pela Lava Jato para se referir a *Department of Justice*, órgão da administração pública federal dos

³¹¹ “Em média, apenas 3% dos recursos nesse tipo de acordo retornam para o país de origem. Nesse caso, graças aos esforços da força-tarefa da Lava Jato, as autoridades norte-americanas concordam que até 80% da multa fossem pagos no Brasil”. P. 6. Reportagem de 12/03/2019, “Força-tarefa Lava Jato busca garantir que R\$ 2,5 bilhões, frutos do acordo com a Petrobras, sejam usufruídos pela sociedade brasileira”. Anexo VI.

³¹² A busca por *tema* é pré-fixada com os seguintes critérios de busca, é possível a escolha dos seguintes temas: combate à corrupção, comunidades tradicionais, concursos, constitucional, consumidor e ordem econômica, controle externo da atividade policial, cooperação internacional, criminal, direitos do cidadão, eleitoral, fiscalização de atos administrativos, indígenas, meio ambiente, patrimônio cultural, patrimônio público, sistema prisional, transparência.

Estados Unidos que abrange o Ministério Público³¹³. Desta forma de busca, obtive-se seis resultados, todos relacionados ao tema do presente estudo de caso, isto é, sobre o acordo com a Petrobras.

O primeiro resultado é de 27/09/2018, um dia após a celebração do acordo da Petrobras nos Estados Unidos. A Lava Jato divulgava, segundo manchete da assessoria de imprensa que “MPF e Petrobras realizam ajustes para constituir fundo em favor da sociedade brasileira”. Como se verá adiante, a forma de direcionamento dos 80% do valor da multa não previa necessariamente a destinação à Força Tarefa, mas a proximidade das datas leva à compreensão de que eram de conhecimento da Lava Jato os fatos acontecidos nos Estados Unidos, sendo que o acordo de destinação de dinheiro com a Petrobras só viria a ser firmado em 23/01/2019.

Os outros cinco resultados são dos dias 30/01/2019, 12/03/2019, 13/03/2019 e 15/03/2019, respectivamente com as seguintes manchetes: “Petrobras deposita R\$ 2,5 bilhões que serão revertidos em benefício da sociedade, em razão do acordo feito com a força-tarefa Lava Jato”; “Força-tarefa Lava Jato busca garantir que R\$ 2,5 bilhões, frutos do acordo com a Petrobras, sejam usufruídos pela sociedade brasileira”; “Lava Jato: procuradores esclarecem dúvidas sobre acordo com a Petrobras”; “Força-tarefa Lava Jato requer à JFPR envio de informações sobre o fundo para o STF” e “Lava Jato: força-tarefa do Paraná apresenta esclarecimentos sobre o acordo firmado com a Petrobras”. Como se pode notar, com exceção do primeiro resultado, todos são posteriores ao acordo entre Petrobras e Lava Jato do Paraná.

O conhecimento do público a respeito da punição da Petrobras nos Estados Unidos se deu pelo primeiro resultado citado acima, pela notícia do dia 27/09/2018. O texto da assessoria de imprensa informava que a Lava Jato “ajustou com a Petrobras a constituição de um fundo em favor da sociedade brasileira, que receberá US\$ 682,4 milhões (2,75 bilhões), correspondente a 80% das penalidades com que a companhia deverá arcar por força do acordo celebrado nos Estados Unidos”. Na mesma oportunidade, informou que a destinação do dinheiro seria para programas sociais e educativos, bem como para a promoção da cidadania. Sobre a competência daquela jurisdição, a notícia afirma que “as acusações decorreram do fato de a Petrobras ter atuado no mercado acionário norte-americano”.

³¹³No sistema constitucional estadunidense, o que no Brasil seria o Ministro da Justiça e a Procuradoria Geral da República é concentrado em um único cargo: *Attorney General*, que é indicado pelo Presidente da República.

Em notícia veiculada em 12/03/2019, a assessoria de imprensa informou que “a Petrobras se obrigou perante autoridades norte-americanas a pagar multa substancial em razão da ofensa à lei daquele país”. Posteriormente, articulou que “em média, 3% dos recursos nesse tipo de acordo retornam para o país de origem. Nesse caso, graças aos esforços da força-tarefa da Lava Jato, as autoridades norte-americanas concordaram que até 80% da multa fossem pagos no Brasil.

No dia seguinte foi publicada outra notícia com intuito de esclarecer as eventuais dúvidas sobre o acordo entre Lava Jato e Petrobras, no qual se afirmou que “desde 2015, a Petrobras voluntariamente colaborou com as investigações norte-americanas, fornecendo todas as informações solicitadas pelas autoridades estrangeiras”. Em outro momento, no estilo perguntas e respostas, afirma que não teve ingerência alguma no acordo nos Estados Unidos – “não, absolutamente nenhum”, e complementa que a decisão de comunicar às autoridades estadunidenses se deram por “a partir de opinião técnica independente”. Esta notícia de 13/03/2019 utiliza a expressão “em razão da intervenção da Lava Jato” para justificar o fato de que 80% da multa voltaria para projetos de interesse nacional e reforça que “a Petrobras continua sendo considerada como vítima para todos os fins”.

Destas primeiras notícias, é possível concluir que a Petrobras, mesmo reconhecidamente vítima da perspectiva do direito brasileiro e da Lava Jato, teria se obrigado voluntariamente, comunicando às autoridades estadunidenses sobre ilícitos cometidos, colocando a atuação da Lava Jato como uma melhoria aos termos do acordo, e não como causa da punição. Além disso, o caso fugiria à regra, na medida em que o Departamento de Justiça dos Estados Unidos não costuma permitir que as multas sejam revertidas em benefício dos países de origem das empresas punidas.

Os questionamentos sobre a possibilidade de criação da fundação a partir do dinheiro repatriado já eram assunto público a essa altura, tanto que os esclarecimentos e complexidade das manifestações foram aumentando e, após a homologação do acordo pela 13ª Vara Federal de Curitiba, a Procuradoria Geral da República ajuizou ação constitucional para sanar os efeitos jurídicos do Acordo de Assunção de Compromisso celebrado entre o Ministério Público Federal

e a Petrobras³¹⁴. A movimentação da Procuradoria Geral da República gerou a ADPF n. 568, que questionou a constitucionalidade da decisão homologatória e, como se pode ver no trecho abaixo, teve-se a discutir as funções administrativas da Força Tarefa e a impossibilidade de realizar atos de gestão administrativos, especialmente orçamentários (p. 7, Anexo I):

[...] atribui a um órgão do Estado brasileiro – o Ministério Público Federal – o desempenho de função e obrigações que extrapolam os limites constitucionais de sua atuação e que implica verdadeira concentração de poderes entre a atividade de investigar e atuar finalisticamente nos processos judiciais e de executar um orçamento bilionário, cuja receita provém de acordo internacional do qual não é parte nem interessado.

As razões de direito da ação constitucional em nenhum momento questionam os atos de cooperação jurídica internacional com os Estados Unidos em relação às ações penais no âmbito da Lava Jato ou a possível contribuição do grupo de procuradores para a referida punição criminal. Ainda que o tema da ação seja diverso, a documentação pertinente à ADPF interessa colateralmente ao objeto da pesquisa, analisando-se da perspectiva de narrativa oficial da Lava Jato sobre a punição criminal em análise. Neste sentido, no dia 27/03/2019, a Força Tarefa prestou as informações requeridas pelo Supremo Tribunal Federal:

A negociação de ações da Petrobras na bolsa norte-americana sujeitou a empresa à regulação daquele país no tocante a controles internos, registros contábeis e demonstrações financeiras. Em razão da existência de falhas reconhecidas pela própria estatal nesses controles, registros e demonstrações relacionadas ao grande esquema de corrupção, ocorridos durante o período de 2003 a 2012, quando os crimes ocorreram, a Petrobras ficou sujeita à possibilidade de incidência de punição significativa nos Estados Unidos. (g.n)

Como já delimitado desde o projeto da pesquisa, a punição à Sociedade de Economia Mista sempre foi explicada pela lógica de que determinadas condutas, segundo a jurisdição dos Estados Unidos, eram crimes e, em razão disso, a Petrobras foi punida, já que operava na bolsa de valores de Nova Iorque, sendo notória a possibilidade pessoas jurídicas cometerem crimes naquele território. Assim, o trecho guarda linearidade com as demais manifestações públicas dos membros da Lava Jato, que, posteriormente, explicam, na mesma petição, que a Procuradoria Geral da República tinha conhecimento das negociações da Força Tarefa para reduzir o montante da multa criminal que, possivelmente, seria aplicada:

Cabe ressaltar que, no decorrer do caso Lava Jato, houve ampla cooperação jurídica internacional em matéria penal entre Brasil e Estados Unidos para investigar e processar pessoas e empresas que participaram do esquema de corrupção e assim

³¹⁴ Em petição apresentada na ADPF em questão, a PGR afirma a validade do acordo entre Petrobras e Estados Unidos “Primeiramente, esclareço que esta ação objetiva garantir a necessária correção, sob a ótica de descumprimento de preceitos fundamentais, da forma de aplicação dos valores destinados ao Estado brasileiro pelo Acordo DoJ-NPA e pelo Acordo SEC-Order Instituting Cease-And-Desist Proceedings, validamente e celebrados pela Petrobras e U.S. Department of Justice e a Securities and Exchange Commission.” P. 3. Anexo XI.

lesaram a Petrobras. Especificamente para a investigação norte-americana sobre a responsabilidade da Petrobras, a própria Petrobras prestou às autoridades norte-americanas todas as informações que lhe foram solicitadas sobre o esquema de corrupção, o que foi feito com objetivo de obter relevante desconto de eventual punição que pudesse vir a ser aplicada. p. 3. (g.n.)

Neste ponto, os procuradores informam que a Petrobras notificou as autoridades estadunidenses sobre as irregularidades cometidas, isto é, sendo uma liberalidade da empresa a comunicação³¹⁵, a Força Tarefa não teria concorrido para a punição nos Estados Unidos e, ao contrário, atuava para remediá-la. Diante da visível impossibilidade de evitar a punição, a Lava Jato informou ao Supremo que a Procuradoria Geral da República tinha sido alertada por diversas vezes sobre a necessidade de cooperar com os Estados Unidos para reduzir eventual multa aplicada e que, em meados de abril de 2016, já havia conseguido a repatriação da multa no valor de 60% (Anexo X, p. 3):

No dia 14 de abril de 2016, comunicou-se à Procuradoria-Geral, por meio da Secretaria de Cooperação Jurídica, que a negociação já tinha permitido que se alcançasse uma posição preliminar no sentido de que pelo menos 60% dos valores poderiam ser revertidos em favor do Brasil. (g.n)

Às vésperas da divulgação do acordo, a Força Tarefa informa que a Procuradoria Geral tinha conhecimento dos esforços para que os valores fossem destinados ao Brasil e defenderam sua competência para regular os efeitos cíveis de acordos criminais no âmbito da Lava Jato.

Após essa comunicação sobre o andamento do acordo da Petrobras com autoridades norte-americanas, os procuradores que integram a Força-Tarefa Lava Jato prosseguiram envidando esforços para conferir, em território nacional, feição jurídica aos efeitos cíveis de crimes reconhecidos no exterior por meio do ajuste celebrado nos Estados Unidos.

[...]

A celebração do Memorando de Entendimento foi amplamente veiculada pelo Ministério Público Federal, em nota divulgada na data de 27/09/2018, na qual também foi esclarecido que, no futuro acordo que viria a ser celebrado entre a Força-Tarefa Lava Jato e a Petrobras seriam destinados valores a programas sociais e educativos, para a promoção da cidadania, da integridade no setor público e da transparência, e que poderiam também ser usados em parte para o ressarcimento de investidores do mercado acionário brasileiro. p. 5.

³¹⁵ Naturalmente, em caso de comunicação espontânea de fatos, as pessoas naturais e jurídicas podem dispor de elementos de informação às autoridades administrativas. Neste cenário, a voluntariedade dispensaria os trâmites cooperacionais para o envio de informações sob jurisdição diversa. Não estamos analisando a regulação administrativa a que sociedades de economia mistas no Brasil são sujeitadas e a que autoridade competiria esta tomada de decisão interna.

Por fim, a análise destas informações oficiais e manifestações judiciais apresentam versão de que a Petrobras foi protegida pelos membros da Lava Jato, que atuaram para remediar as condutas praticadas por seus ex-gestores. Além disso, o bom relacionamento fez com que, gradativamente, a Força-Tarefa aumentasse os referências percentuais de recursos a serem retornados ao Brasil. Pode-se concluir, portanto, que, segundo a versão oficial, a punição da Petrobras nos Estados Unidos não teria ocorrido em razão da Lava Jato, tampouco por ela iniciada, ao contrário, houve amenização dos efeitos da pena, que se passa a contrastar com a versão, dita oficiosa, reconstruída a partir das mensagens divulgadas pela Vaza Jato.

3.5.2. Versão oficiosa.

A versão oficial da Procuradoria Geral da República e da Lava Jato de Curitiba, que se retirou de documentos oficiais protocolados em processos judiciais ou declarações oficiais à imprensa não condizem com a reconstrução fática possível após o escândalo jornalístico da Vaza Jato. A partir das descobertas do jornalista Glenn Greenwald, que teve acesso a conversas do aplicativo *Telegram* de diversas autoridades brasileiras, incluindo entre elas, o então juiz Sérgio Moro e o procurador da república, Deltan Dallagnol, responsável pela Força-Tarefa em Curitiba, foi possível a reconstrução precária dos fatos que envolveram o acordo da Petrobras nos Estados Unidos, podendo-se afirmar, de início, que essa versão infirma a versão divulgada publicamente e oficialmente em várias situações.

Em razão disso, afirmamos haver uma versão oficial e outra oficiosa neste caso.

O jornal eletrônico *The Intercept* formou um consórcio jornalístico com seis outros veículos de comunicação no Brasil para a análise das conversas e a divulgação de partes relevantes, especialmente sobre a operação Lava Jato. A repercussão do caso da Petrobras foi jornalística e jurídica, especialmente em relação à criação de um *endowment* privado para gerir parte da multa criminal repatriada ao território nacional, mas pouco se questionou publicamente sobre como a punição teria sido possível, explicando-se, em regra, a partir da existência de uma norma penal em abstrato na jurisdição estadunidense, o que explica muito pouco ou quase nada sobre o procedimento para se ter acesso aos elementos de informação que possibilitaram a punição, sobre o que a versão oficial diz não ter havido colaboração. Eis a razão da análise dessas conversas disponibilizadas por diversos meios de comunicação brasileiros.

No dia 05/10/2015, a assessoria de imprensa da Lava Jato em Curitiba entra em contato com Deltan Dallagnol para informá-lo que a imprensa tinha tomado conhecimento da vinda de uma delegação dos Estados Unidos para Curitiba e o questiona sobre possibilidade de confirmar a informação e qual acesso seria dado à imprensa na visita. O procurador responde que não é de interesse dos “americanos” a divulgação³¹⁶:

5 de Outubro de 2015 – CHAT COM [ASSESSOR DE IMPRENSA]

Assessor de Imprensa – 12:32:00

Oi, dr. Só para o sr. ficar sabendo: imprensa está em polvorosa com a vinda de agentes/promotores dos EUA para cá esta semana, perguntam sobre onde será a reunião, se pode filmar o início, coisa do gênero. eu estou dizendo que o MPF não confirma que vão [sic] haver reuniões, ok? se houver outra orientação, me avise. Obrigada, [APAGADO]

Deltan Dallagnol – 17:47:16

Ok

Deltan Dallagnol – 17:47:38

Americanos não querem que divulguemos as coisas

Dois dias depois, no início da madrugada, o coordenador da Lava Jato conversou com Vladimir Aras, à época Secretário de Cooperação Internacional da Procuradoria Geral da República, e apresenta algumas respostas a questionamentos sintéticos, no qual informa que não ocorrerão atos de investigação no Brasil, tão somente conversas, e que o contato com o Ministério Público Federal é oficial e volta a afirmar que o DOJ, em referência ao Departamento de Justiça dos Estados Unidos, quer a manutenção da confidencialidade da diligência. Ademais, Deltan Dallagnol ironiza o ciúme do Poder Executivo com o relacionamento direto entre a Lava Jato e as autoridades estadunidenses. Em resposta, Vladimir Aras afirma que eles, em referência ao Executivo, já sabiam da viagem pela imprensa e que a informação não foi bem recebida³¹⁷:

7 de Outubro de 2015 – CHAT FTS MPF:

Deltan Dallagnol – 00:13:36

1. Para conversar, sim. Não para praticar atos de inv.
2. Sugiro que VC sugira que eles consultem o DOJ, porque eles pediram que mantenhamos confidencial. Caso VC entenda que deve abrir, de segunda a sexta.
3. Sim, contato oficial com o MPF.
4. Conversas em benefício das investigações no caso Lava Jato.

³¹⁶ Pg. 21, anexo XII.

³¹⁷ Pg. 30-31, anexo XII.

5. Sugiro que VC sugira que eles consultem o DOJ, porque eles pediram que mantenhemos confidencial. Caso VC entenda que deve abrir, posso te mandar a lista, mas sugiro reflexão, porque isso pode gerar ruídos com os americanos.

6. Os contatos estão sendo feitos de acordo com as regras nacionais e internacionais. Sugiro que sugira que o DRCI pare ter ciúmes da relação SCI/MPF com outros países rs.

Se precisar de algo mais, Vlad, estou à disposição.

Deltan Dallagnol – 00:15:57

Estou apenas colocando respostas sintéticas, diante do questionamento do MJ, pq, é claro, VC já estava a par das tratativas e da visita...

Vladimir Aras – 00:50:36

Valeu, Delta. Na verdade, eles sabiam. Algo já tinha saído na imprensa. Mas o tempo fechou. Vou desanuviar.

Ainda no mesmo dia, em um grupo da Força-Tarefa no *Telegram*, alguém cujo aplicativo não o(a) identifica afirmou que havia conversado com Patrick Stokes, integrante sênior da delegação dos estadunidenses, e que ele seria o responsável por resolver a situação de potencial vazamento sobre as diligências. Duas mensagens são encaminhadas, provavelmente de Patrick Stokes, as quais informam que a investigação tinha sido publicizada nos Estados Unidos e que não haveria comentários sobre as razões de estarem no Brasil, e reiterou que o FBI (*Federal Bureau of Investigation*) confirmaria a presença. Alguns minutos depois, Vladimir Aras diz que a embaixadora dos Estados Unidos tinha falado muito e entrado em contato com o Ministro das Relações Exteriores do Brasil, afirmando que o “executivo” estava indignado com a situação e comenta em tom jocoso que era medo da FCPA³¹⁸:

7 de outubro de 2015 – CHAT FTS MPF

08:29:08 – pessoa não identificada

Eu conversei sobre confidencialidade e ruídos na imprensa ontem com Patrick Stokes, que é o integrante mais sênior da delegação e assumiu o encargo de resolver, pelo lado americano, possível vazamento. Vou reproduzir aqui as mensagens que ele me enviou:

08:29:32

@ (@We made the investigation public in the U.S. so our press person will simply confirm that fact but not comment on the investigation or our presence in Br

08:29:52

@ (@azil. As I mentioned, the FBI will confirm its presence in Brazil but will not comment on the reason or the investigation.

Vladimir Aras – 09:07:24

A embaixadora americana falou demais já

Vladimir Aras – 09:07:32

Ligou para o chanceler e provocou celeuma

³¹⁸ Pg. 26-27, Anexo XII

Vladimir Aras – 09:16:08

O executivo está “indignado” (foi o que me disseram) com a presença da delegação americana em CWB. Acho que o nervosismo é por causa da FCPA. Tem gente com medo de cair na grade americana. Já prevejo viagens internacionais de fim de ano sendo canceladas.

No final da noite do dia 07/10/2015, Vladimir Aras combinava com Deltan Dallagnol a resposta a ser dada aos questionamentos sobre os quais haviam conversado na madrugada daquela data. O rascunho do e-mail tinha como vocativo inicial o nome de Ricardo Saadi, então Diretor de Recuperação de Ativos do Ministério da Justiça, que é o órgão apontado pelo acordo bilateral de assistência direta entre Brasil e Estados Unidos como Autoridade Central³¹⁹, inferindo-se que os questionamentos feitos pela manhã por e-mail teriam sido enviados por Ricardo Saadi. Não podemos afirmar que houve o envio das respostas, mas elas informariam que a delegação viria ao Brasil para realização de reuniões de trabalho e não atos de investigação, pelo período compreendido entre 05/10/2015 e 09/10/2015.

Além disso, há afirmação de que “como se trata de caso concreto, os contatos com as contrapartes italianas [provável erro de digitação] foram feitos pelos procuradores da FT/LV em Curitiba”. O trecho chama muita atenção porque é nos casos concretos em que se discute o cerceamento de direitos individuais autorizados pelo processo penal, aparentemente, a mensagem comunica o inverso do que pretendia, isto é, a cooperação informal que é prevista por algumas convenções internacionais é autorizada em abstrato sobre assuntos de organização judiciária, jurisprudência, possibilidade de utilização de determinados meios de prova, e não definitivamente, para cercear direitos em concreto. O projeto de resposta afirma que o contato serviria para facilitar pedidos futuros, sendo, portanto, de interesse da justiça brasileira³²⁰.

7 de Outubro de 2015 – CHAT COM VLADIMIR ARAS

Prezado Saadi, Em atenção ao seu e-mail, presto os seguintes esclarecimentos:

1. O MPF tem conhecimento sobre eventual vinda de autoridades norte-americanas para o Brasil para conversar com autoridades brasileiros e/ou para praticar atos de investigação?

R – De fato, como informado ao DRCI por meio eletrônico em fins de setembro, há uma equipe de procuradores e investigadores dos Estados Unidos em Curitiba. Segundo informações dos membros do MPF que atuam em Curitiba, a missão limita-se a reuniões de trabalho.

³¹⁹ Artigo II, 2. Para a República Federativa do Brasil, a Autoridade Central será o Ministério da Justiça. No caso dos Estados Unidos da América, a Autoridade Central será o Procurador-Geral ou pessoa por ele designada. Decreto n. 3.810/2001.

³²⁰ P. 30-32, Anexo XII.

2. Em caso positivo, qual o período que ficariam em solo nacional?

R – as reuniões com o MPF estão agendadas para o período de 5/10 a 9/10. Delas também participam autoridades americanas que têm sede funcional na Embaixada dos EUA em Brasília.

3. Foi feito algum contato oficial nesse sentido?

R – Como se trata de caso concreto, os contatos com as contrapartes italianas foram feitos pelos procuradores da FT/LV em Curitiba.

4. Quais seriam as atividades desenvolvidas pelos norte-americanos em solo nacional?

R – sobretudo apresentação de linhas investigativas adotadas pelo MPF e pela PF e pelos norte-americanos no caso Lava Jato. A presença dessa missão americana é de interesse da justiça brasileira, porque facilita a formalização de futuros pedidos de cooperação, por intermédio da autoridade central.

5. O MPF teria nome/função das autoridades americanas que viriam?

R – lista anexa.

6. Outras informações que entender relevantes.

Tais autoridades americanas não vieram realizar diligências de investigação no Brasil, o que seria irregular. Todos os atos de cooperação têm observado os tratados aplicáveis e a legislação brasileira. Lembro que missão semelhante foi realizada por procuradores brasileiros que visitaram o DOJ em fevereiro de 2015, em Washington, para reuniões com autoridades dos EUA, no caso Lava Jato. Contatos entre autoridades de investigação são corriqueiros no Brasil, neste e noutros casos, sendo comuns na Polícia Federal, na Receita Federal e também no Ministério Público. Equipe americana: Patrick Stokes (DOJ Fraud Section), Chris Cestaro (DOJ Fraud Section), Derek Ettinger (DOJ Fraud Section), Lorinda Laryea (DOJ Fraud Section), Grace Hill (DOJ EDVA) Mary Butler (DOJ Asset Forfeiture and Money Laundering Section) Jennifer Wallis (DOJ Asset Forfeiture and Money Laundering Section) George “Ren” Mceachern (FBI) Leslie Backshies (FBI) Carlos Fernandes (FBI) Tania Cannon (translator) Steve Moore (FBI Legat) Dave Williams (FBI ALAT) Peça classificação dessa informação, conforme a LAI.

Vladimir Aras – 20:07:20

SUGESTÕES?

Deltan Dallagnol – 23:22:16

Item 3 fala italianas por lapso. Eu tiraria a lista anexa e diria para consultarem os americanos, para evitar ruídos e porque me parece uma “cobrança indevida”, mas VC que sabe. Eles podem também usar essa info contra nos pelo tamanho da delegação. Não é suficiente informar os órgãos de origem? Isso é bom pq não inclui SEC. Mas VC quem manda. Depois ligo pra te atualizar de um ponto importante de hoje

8 de Outubro de 2015

Não vejo problemas em Divulgar os nomes. Delta. Quando fomos lá, os nossos saíram na imprensa. Mas gostei da alternativa. Quais são os órgãos? DOJ, FBI e quem mais?

Deltan Dallagnol – 23:05:16

DOJ, FBI e ICE(DHS)

O rascunho do e-mail apresenta o nome das autoridades estadunidenses que estavam no Brasil, **Patrick Stokes**, Chris Cestaro, Derek Ettinger, Lorinda Laryea, Grace Hill, Mary Butler, Jennifer Wallis, George “Ren” Mceachern, Leslie Backshies, Carlos Fernandes, Tania Cannon, Steve Moore e Dave Williams. Os nomes das pessoas sublinhados constam formalmente no acordo assinado pela Petrobras nos Estados Unidos.

Existe também convergência entre a lista apresentada em 2015 à Vladimir Aras por Deltan Dallagnol e o acordo que viria a ser assinado em 26/09/2018 – três anos após a data da

diligência e da informação prestada. Outra informação sobre a qual não se fará nenhuma inferência nesta pesquisa é o fato de Patrick Stokes ser atualmente advogado no escritório que representou a Petrobras nos Estados Unidos, anteriormente identificado³²¹.

Não se sabe se o rascunho chegou a ser enviado, e talvez tenha sido sem a lista dos nomes no final, tendo em vista que Deltan Dallagnol considerou uma “cobrança indevida” seu envio. Há uma assimetria na vinculação de regras que o coordenador da Força-Tarefa confere importância, isto porque o sigilo pedido por autoridade estrangeira, que divulgou no seu país de origem à investigação, é tido com preocupação. Por outro lado, um pedido formal de informações enviado pelo responsável da Autoridade Central é interpretado como uma cobrança indevida, ao que parece, há uma confusão entre a coisa pública e a privada, com a consequente dificuldade de compreensão de que a autoridade pública age por vinculação legal, isso para ficar tão somente nos critérios administrativos. Logo depois, a sugestão de Deltan Dallagnol foi contestada e ele concordou com divulgação, que envolvia DOJ, FBI e DHS³²², e a expressão de que era bom que não constassem representantes da SEC na comitiva.

A análise contextualizada das mensagens deixa claro que a intenção da comitiva dos Estados Unidos era de realizar atos próprios de investigação no Brasil. Depreende-se essa informação do fato de que o acordo formal foi assinado por agentes públicos que estiveram em Curitiba em 2015, o coordenador da Lava Jato expunha preocupação com o conhecimento pelo Poder Executivo e, internamente, usava abertamente expressões de cunho investigativo.

Ademais, a versão que foi apresentada ao Poder Executivo – previamente combinada com o procurador da República que ocupava cargo superior hierárquico, da perspectiva administrativa – foi alterada de acordo com os interesses pessoais de Deltan Dallagnol, que claramente escolheu o que deveria ser publicizado pelo MPF. Essas interpretações também estão respaldadas em documentos sobre o roteiro de investigação levada a cabo no Brasil e suas consequências jurídicas posteriores, o que se passa a explicar no tópico seguinte.

³²¹ Disponível em: <https://www.gibsondunn.com/lawyer/stokes-patrick-f/>. Acesso em 15 fev. 2021. Link no qual é possível verificar que ele virou sócio do escritório que representou a Petrobras.

³²² *United States Department of Homeland Security*, que, em tradução livre, é Departamento de Segurança Interna dos Estados Unidos.

3.5.2.1 Roteiro das atividades das agências estadunidenses em Curitiba.

A essa altura, já temos conhecimento de que a versão oficial de que a delegação dos Estados Unidos não praticou atos de investigação no Brasil é falsa. Pela mesma razão é ilegal, isso porque foram recebidos por autoridades que não tinham competência para autorizar nenhum ato de investigação no Brasil, o que somente poderia ter acontecido por meio de Autoridade Central, que teria que verificar se o pedido do Estado requerente era possível segundo ordenamento brasileiro, na qualidade de Estado Requerido, observando-se a necessidade de decisão judicial em caso de previsão de reserva de jurisdição. Em razão disso, não se pode dizer que os atos praticados foram no âmbito de cooperações jurídicas internacionais, tampouco que houve cooperação, tendo ocorrido tão somente atos unilaterais de investigação e busca de prova que contaram com a contribuição de autoridades incompetentes para delas dispor a outras jurisdições penais, no caso, os procuradores da Lava Jato.

Conforme cronograma de atividades da Força-Tarefa, foram realizadas apresentações sobre a investigação no Brasil e encontros com as defesas de réus e investigados relevantes para o contexto das investigações entre os dias 06/10/2015 (terça-feira) e 09/10/2015. O calendário de atividades está bem detalhado, o que nos permite saber o que aconteceu em cada um dos dias e os membros da Lava Jato responsáveis por cada atividade. Tratar-se-á o calendário em ordem cronológica para facilitar a compreensão e, após a imagem, serão descritos os nomes completos dos citados, funcionais nos processos e a relevância para o *non-prosecution agreement*.

|| Figura 2. Agenda de atos unilaterais de investigação em 06/10/2015³²³.

DATE	TIME	SUBJECT	PARTICIPANTS (BESIDES DOJ, FBI, AND TRANSLATOR)
Oct 6 (Tuesday)	9:30am to 10:00am	Introductions	All Brazilian Prosecutors
	10:00am to 11:00am	Overview of status of Brazilian investigation	Deltan
	11:00am to 1:00pm	Brazilian presentation on ALBERTO YOUSEFF, PEDRO BARUSCO, and PAULO ROBERTO COSTA	Paulo (YOUSSEF and PRC) and Roberson/Welter (PEDRO BARUSCO)
	1:00pm to 2:00pm	Lunch	-
	2:00pm to 5:00pm	Brazilian presentations on JULIO FAERMAN, JULIO CAMARGO, HAMILTON PADILHA, SHINKO NAKANDAKARI, and AUGUSTO MENDONCA NETO	Diogo (HAMILTON PADILHA), Januário (SHINKO), Paulo (AUGUSTO), Renato (FAERMAN), and Roberson/Welter (JULIO CAMARGO)

No início da manhã do dia 06/10/2015, Deltan Dallagnol conduziu uma apresentação geral sobre o andamento da Lava Jato no Brasil. Posteriormente, o procurador Paulo Galvão falou sobre a situação processual do Sr. Paulo Roberto Costa e do Sr. Alberto Youssef, que foi sucedido por Roberson Pozzobon e Antônio Carlos Welter, ambos membros da Lava Jato em Curitiba, que falaram sobre o Sr. Pedro Barusco.

³²³ As figuras de 1 a 5 foram retiradas da pg. 34, Anexo XII.

Rememora-se que todos os investigados foram identificados no acordo da Petrobras nos Estados Unidos como pessoas relevantes. Como se pode ver, não há maiores informações sobre os conteúdos das apresentações naquela manhã, mas as pessoas relevantes para o acordo estudado são mencionadas, bem como os órgãos de persecução envolvidos.

Na parte da tarde, os procuradores expuseram investiações que, aparentemente, não tem relação com o objeto de pesquisa.

|| Figura 3. Agenda de atos unilaterais de investigação em 07/10/2015.

Oct 7 (Wednesday)	9:30am to 1:00pm	Brazilian presentations on MILTON PASCOVITCH, DALTON AVANCINI, EDUARDO LEITE, and RICARDO PESSOA	Januário (RICARDO PESSOA), Athayde (DALTON and LEITE), and Roberson/Welter (MILTON)
	1:00pm to 2:00pm	Lunch	-
	2:00pm to 4:00pm	Brazilian presentations on MARIO GOES, RAFAEL ANGULO LOPES, HUMBERTO MESQUITA, and JOAO PROCOPIO	Paulo (ANGULO), Orlando (PROCOPIO), Roberson/Welter (GOES), and Roberson (HUMBERTO MESQUITA)
	4:00pm to 5:00pm	Discussion regarding prosecution of Petrobras and other companies implicated in the investigation	7

No segundo dia de atividades, os membros da Força-Tarefa continuaram a fazer apresentações sobre investigados e sobre empresas que estão implicadas no contexto da Lava Jato. O procurador Januário Paludo expôs o caso do Sr. Ricardo Pessoa; Athayde Ribeiro Costa apresentou sobre Sr. Dalton Avancini, ex-presidente da empreiteira Camargo Corrêa, e sobre Sr. Eduardo Leite, ex-vice presidente da mesma empresa.

Seguindo a mesma dinâmica, o procurador Paulo Galvão falou sobre o Sr. Rafael Ângulo, apontado como “operador” nas sentenças da Lava Jato. Orlando Martello expôs o caso do Sr. João Procópio, apontado como braço de poio do Sr. Alberto Youssef; Roberson Pozzobon e Antônio Carlos Welter explicaram o caso do Sr. Mario Góes e, por último, Pozzobon tratou do caso do Sr. Humberto Mesquita, genro de Paulo Roberto Costa.

|| Figura 4. Agenda de atos unilaterais de investigação em 08/10/2015.

Oct 8 (Thursday)	9:30am to 10:30am	Discussion with Brazilians regarding any ongoing negotiations with other potential cooperators	7
	10:30am to 11:00am	Meetings with defense counsel	ALBERTO YOUSSEF
	11:00am to 11:30am		PEDRO JOSÉ BARUSCO FILHO
	11:30am to 12:00pm		JULIO GERIN DE ALMEIDA CAMARGO
	12:00pm to 12:30pm		RICARDO PESSOA
	12:30pm to 1:00pm	HAMILTON PINHEIRO PADILHA JÚNIOR	i) Celso Sanchez Vilardi ii) Luiz Rodrigo de Aguiar Barbuda Brocchi
	1:00pm to 2:00pm	Lunch	-
	2:00pm to 2:30pm	Meetings with defense counsel	PAULO ROBERTO COSTA
	2:30pm to 3:00pm		HUMBERTO SAMPAIO DE MESQUITA
	3:00pm to 3:30pm		AUGUSTO RIBEIRO DE MENDONÇA NETO
3:30pm to 4:00pm	RAFAEL ANGULO LOPEZ		
4:00pm to 4:30pm	JULIO FAERMAN		
4:30pm to 5:00pm	SHINKO NAKANDAKARI		

A dinâmica se altera na quinta-feira. Ao que tudo indica, após as exposições dos casos pelos membros da Força-Tarefa, foram realizadas *meetings with defense counsel*. Não é possível saber se os investigados estavam na sede do Ministério Público Federal no Paraná, mas

seus advogados são qualificados e o teor do compromisso pressupõe a ocorrência de reuniões entre autoridades estadunidenses e advogados, com intermediação da Lava Jato. Naturalmente, não é possível presumir o conteúdo dos encontros, mas é possível que a obrigação de comparecerem ao compromisso decorresse de cláusulas de efetiva colaboração.

|| Figura 5. Agenda de atos unilaterais de investigação em 09/10/2015.

Oct 9 (Friday)	9:30am to 10:00am		MILTON PASCOWITCH	Elaine Angel/Theodomiro Dias Neto/Philippa Alves do Nascimento
	10:00am to 10:30am		DALTON DOS SANTOS AVANCINI	Pierpaolo Cruz Bottini/Ana Fernanda Ayres Delosso
	10:30am to 11:00am	Meetings with defense counsel	EDUARDO HERMELINO LEITE	Marius Herberio Ams de Oliveira/Mariana N. Mechelotto
	11:00am to 11:30am		JOAO PROCOPIO	Eduardo Sanz de Oliveira e Silva
	11:30am to 12:00pm		MARIO FREDERICO DE MENDONÇA GOES	Rogério Marcolini de Souza/Livia Novak de Assis/Marco Aurelio Porto de Moura
	12:00pm to 13:00pm	Closing discussion		

A mesma situação fática se repete na sexta-feira com outros investigados, muitos deles já citados anteriormente, especialmente em razão da relevância para o acordo realizado pela Petrobras nos Estados Unidos. Não é possível presumir o teor das reuniões, mas há uma situação jurídica que produz um *link* entre todos eles – além de terem sido investigados e condenados em processos da Lava Jato, todos realizaram acordo de delação premiada. Provavelmente, a dinâmica de disponibilidade dos delatores é a mesma realizada no tópico 3.2 sobre a situação jurídica dos identificados no *non-prosecution agreement*.

Seguramente, a possibilidade de ocorrência de atos de investigações que envolveram diversos advogados, autoridades estrangeiras e membros da Força-Tarefa só foi possível em razão do sigilo imposto nas delações, cuja conveniência dos investigadores é o critério de definição da abrangência. Em segundo lugar, a disponibilidade de colaboração é decorrência dos compromissos assumidos no contexto de efetiva cooperação com as autoridades de persecução, cujas homologações judiciais permitiram a autopromoção de competência da Lava Jato para dispor de provas transnacionalmente com outras jurisdições.

Do ponto de vista de viabilidade processual, os atos unilaterais praticados pelas autoridades estadunidenses obtiveram acesso, tão somente, a meios de obtenção de provas, que são insuficientes para aceitação de deflagração de ação penal que se pretenda orientada pela reconstrução fática a partir de provas, sob regramento do sistema acusatório.

3.5.2.2 Produção de estratégias para burlar a cooperação formal.

Apesar da impossibilidade de apreender o teor dos atos de investigação realizados pela delegação estadunidense, podemos tão somente presumir que as situações jurídicas dos investigados na Lava Jato possibilitaram a pretensão de sigilo sobre as diligências e sua disponibilidade em relação ao Ministério Público Federal. Contudo, outros trechos de conversas divulgadas permitem que conheçamos as consequências e as estratégias decorrentes daqueles atos. A palavra estratégia é propositalmente usada porque um rascanho de e-mail do procurador Orlando Martello, requerendo autorização de envio aos “americanos”, propõe quatro formas de burlar os atos formais de cooperação jurídica internacional para garantir a eficiência da investigação do Departamento de Justiça dos Estados Unidos em relação à Petrobras. O trecho da conversa é bastante longo e está em inglês, já que o objetivo era a comunicação com a delegação estadunidense que havia retornado do Brasil há quatro dias.

Inicialmente, o membro da Força-Tarefa informa ao seu coordenador que havia lhe mandado o e-mail “dos EUA”. Deltan Dallagnol afirma que a mensagem não abriu e pede para que seja encaminhado via *Telegram*, razão pela qual conhecemos seu teor. O procurador Orlando Martello faz cumprimentos de praxe e em tom descontraído comemora o aprendizado que teve durante a vista e afirma que “*we now have another way to convince companies and individuals to unveil the facts: to threaten them to inform ‘the American authorities’*”, em tradução livre, “agora temos um novo meio de convencer empresas e pessoas a revelar fatos: ameaçá-los de informar ‘as autoridades americanas’”. Fala-se abertamente sobre a utilização de instrumentos de ameaça para forçar delações premiadas. É por isso que a ideia de consenso, tal como exposta em citação a Schünemann, em ordem prática e teórica, é fictícia, ao pressupor que o Estado acusação, com todos os meios e possibilidades, está em igualdade a um particular cujo risco do processo penal é a aplicação de pena.

Em razão do tamanho da mensagem, comentar-se-ão os trechos relevantes logo após sua transcrição no trecho, para que se mantenha a melhor coesão³²⁴.

13 de Outubro de 2015 – CHAT COM ORLANDO MARTELLO

Orlando Martello – 11:47:36
Enviei o e-mail dos EUA para o seu e-mail

³²⁴ Pg. 40-42, Anexo XII.

Deltan Dallagnol – 13:39:20
Não abriu mesmo... Envia aqui please?

Orlando Martello – 14:08:40

Dears Patrick and Mary, I hope your trip back was good. It was really interesting and helpful for us to work with you and your team last week. We are able to understand the US proceedings better as well as learning from your expertise in settlements. With this knowledge, we now have another way to convince companies and individuals to unveil the facts: to threaten them to inform “the American authorities” about international corruption and wrongdoings... (lol). Regarding that we had discussed about international cooperation and the MLAT, mainly what Patrick and I discussed in the last day, I’d like to highlight some difficulties, legal questions and options. We are copying Vladimir Aras, our Secretary for international matters, and his deputy Carlos Bruno. Both are experts in international cooperation and can help us find a better way to address these issues. Vladimir is currently on vacation in Germany, but he can contribute with us later. Lets go directly to the point. In order to do the interviews that you and your team have planned to conduct here in Brazil in November, they will have to be conducted by the Brazilian authorities (by federal prosecutors or by federal police). I was not really aware of this fact, but Vladimir Aras reminded me about this understanding of our Supreme Court. It means that Brazilian authorities have to “preside”, to be in charge of, to conduct the interviews [interrompida pelo autor].

O procurador Orlando Martello inicia com a constatação de que, durante a visita, eles planejaram fazer entrevistas no Brasil em novembro e alerta que elas terão que ser presididas por autoridades brasileiras, procuradores da república ou delegados federais, em razão de entendimento do Supremo Tribunal Federal. O membro da Lava Jato afirma que não tinha ciência desse entendimento e que foi alertado por Vladimir Aras. Ora, inexistente permissivo legal para que autoridades estrangeiras realizem atos de investigações diretos no Brasil, esse argumento isoladamente é suficiente para que não haja necessidade de alerta sobre essa situação. Ademais, o entendimento jurisprudencial citado é mera constatação de que a jurisdição é a parcela da soberania dos Estados que cabe ao Poder Judiciário, o que vincula as demais instituições essenciais à administração da justiça. Além disso, buscando fundamentos em fontes transversais, as convenções internacionais multilaterais e os acordos bilaterais se estruturam em normas que prescrevem o respeito ao direito do Estado requerido nos pedidos de assistência direta, como amplamente argumentado no segundo capítulo.

[continuação] The US authorities may accompany all the interviews and can ask questions through the Brazilian authorities. I can be conducted in English (if the defendant/collaborator and the prosecutor speaks enough English) or in Portuguese with the help of a translator. In these interviews, the Brazilian authorities do not need to take notes or to note what the defendants say, but at the end of the interviews, we do write down a brief summary about what occurred during the interviews (report about the act and not about the content of the interviews) [interrompida pelo autor].

A continuação da mensagem informa que as autoridades dos Estados Unidos poderão acompanhar as audiências conduzidas por autoridades brasileiras e afirma que ele poderia conduzi-las em inglês. Primeiramente, com o trâmite formal, é possível que autoridades estrangeiras requeiram audiência para ouvir testemunhas no Brasil; o procedimento é de praxe e não representa nenhum problema, mas, ao que tudo indica, a formalização é o que se busca evitar, uma vez que a Autoridade Central poderia impedir atos de investigação, em razão da proteção de interesses essenciais do Estado requerido.

A condução das audiências em idioma diverso da língua nacional é outra solução completamente atípica com intuito de realizar uma cooperação total, em paralelo à perspectiva de *total enforcement*. Diz-se isso porque o ordenamento brasileiro prescreve a hipótese de realização de audiência mediante intérprete quando o interrogando não falar português³²⁵. Desconhece-se, portanto, essa possibilidade para a autoridade.

[continuação] In parallel, the FBI agents or any other US authorities can make their own notes freely. This procedure could take a lot of time. So, what are the options that we have? a) First option – To hear the defendants in the US. This would be the best option, but I think (as does Patrick) that just part of them will agree to go to the US, especially those who do not have monetary problems, saying that is a good opportunity, because, even though it is probable that US authorities will come to Brazil to conduct the interviews, things can change in the future (we never know what will happen in the future!!!). So, Brazilian authorities would conduct/preside over the procedure, but we would make it more flexible, allowing for direct questions by the US authorities. I think this is the best option because there will be some lawyers, like Odebrecht’s lawyers, who will be aware of this procedure (lawyers talk to each other, especially in this case!) and will complain about it. Odebrecht’s lawyers have already questioned our cooperation with Switzerland for nothing and they will do the same in this case since this is their best chance in the Car Wash Case. Anyway, it could work if we were able to be very careful;

A primeira opção de Orlando Martello é que as oitivas dos investigados sejam nos Estados Unidos, segundo ele, essa é a melhor ideia para Patrick Stokes também. Contudo, acreditam que somente uma parte dos investigados aceitariam viajar para realização da investigação e por isso reafirma a necessidade de os atos serem no Brasil, presididos por autoridades brasileiras, mas com flexibilidade para perguntas diretas dos estadunidenses. A viagem direta aos Estados Unidos até poderia ser enxergada como uma liberalidade dos investigados, desde que a intermediação não fosse realizada pelas autoridades que impuseram

³²⁵ Art. 193 “Quando o interrogando não falar a língua nacional, o interrogatório será feito por meio de intérprete” a art. 223 “Quando a testemunha não conhecer a língua nacional, será nomeado intérprete para traduzir as perguntas e respostas, ambos do Código de Processo Penal.

sua disposição para quaisquer atos de investigação em acordos de delação premiada e que podiam ameaçá-los com o rompimento do acordo e, conseqüente, com aproveitamento de provas e a perda dos benefícios delacionais. Dito de outra forma, se não houvesse utilização de instrumentos jurídicos para burlar a necessidade de atos formais de cooperação.

Orlando Martello – 14:08:40

Third – To conduct the interviews through video conference. In this case, the US authorities would preside/conduct the entire interview. To make thing easier, there would be US authorities here in Brazil and in the US. In this case, even though the act would be conducted from the US, the US authorities in Brazil could ask questions directly and in person to the defendants. The Brazilian prosecutors would be with the quality of the transmission, but I think the US agents here in Brazil. There would be problems with the US agents in Brazil could do a large part of the questions and make notes; d) Forth option (Patrick’s idea) – To conduct the interviews in the US Embassy. So, in this case, in theory, US legislation would be applicable or at least it would be clear that the interviews. I am afraid that the Brazilian Supreme Court may understand this procedure as way to circumvent its decision and rule against us. Anyway, since it is an excellent idea, I would like to hear the opinions of Deltan, Vlad and Carlos Bruno on this option. These are just some ideas, but not all of them, to help to find the best way to conduct the interviews in Brazil. Thanks a lot. Best regards, Orlando.

Deltan Dallagnol – 20:38:12

[Reação positiva, teor da conversa irrelevante para o trabalho]

A proposta de realização de audiências por videoconferência não altera as situações jurídicas citadas acima, funcionando em substituição às presenciais, nos termos permitidos pelo Código de Processo Penal³²⁶. A outra opção é a realização das oitivas na Embaixada dos Estados Unidos, uma vez que, em tese, seria território estadunidense. Explicar-se-á o equívoco de premissa, sendo suficiente para aplicação do que já se disse sobre respeito ao ordenamento do Estado Requerido e do trâmite necessário pelas Autoridades Centrais.

A Embaixada de nenhum país é território estrangeiro, isso é uma mera ficção de Hollywood cuja repetição a transformou em senso comum sem base legal. Dois são os aspectos necessários de compreensão; os Estados aceitam reciprocamente que representações diplomáticas apliquem seu direito civil e administrativo para facilitar a rotina de comunidades que vivem no exterior, mas a qualquer momento, haja vista cismas diplomáticas, uma comitiva pode ser expulsa pelo Poder Executivo. Os Estados Unidos aplicam sua rotina administrativa no Brasil, assim como o Brasil aplica a sua nos Estados Unidos, perpassando atos de emissão de passaporte, vistos e a organização do voto para nacionais que vivem no exterior.

³²⁶ Capítulo III, Código de Processo Penal, art. 185 e seguintes.

Em relação à jurisdição penal, a Convenção de Viena de 1961 – ratificada no Brasil – e outros tratados internacionais preveem que os Estados devam estabelecer e respeitar a imunidade diplomática, que protege a pessoa do embaixador³²⁷, seus pertences pessoais e profissionais³²⁸, o que não se confunde com a aplicação da legislação penal dentro das Embaixadas. Naturalmente, essa exceção jurisdicional deveria ser prevista constitucionalmente e no Código Penal, mas apesar de não ser, vive no imaginário dos leigos e de alguns juristas. Imagine-se a situação de um locatário que aluga uma residência para a Índia. Com base na interpretação de Orlando Martello, poder-se-ia concluir que o locatário é um imperador que cobra impostos sobre um território estrangeiro, evidentemente, a premissa é errônea.

Assim, a premissa de que a Embaixada é território estrangeiro é equivocada, logo a conclusão de aplicabilidade de jurisdição penal de outro país também é. Neste particular, Orlando Martello acertou na previsão de que o Supremo Tribunal Federal iria interpretar os atos de investigação como burla à jurisdição penal brasileira, o que pelo teor das mensagens é possível depreender que era essa a intenção nas ações dos membros da Força-Tarefa.

Não se sabe ao certo as consequências das propostas, tendo em vista que as autoridades estadunidenses vieram ao Brasil em 2016 e realizaram atos de investigação, que, de acordo com a imprensa, teriam sido realizados como trâmite formal de assistência direta. Na sede da Procuradoria Geral da República no Rio de Janeiro, entre 13/07/2016 e 21/07/2016, com a participação da Comissão de Valores Mobiliários e da SEC dos Estados Unidos, representada por Lance Jasper e Carlos Costa Rodrigues, foram interrogados os seguintes investigados e delatores: Sr. Paulo Roberto Costa, o Sr. Nestor Cerveró, o Sr. Agostilde Monaco de Carvalho e o Sr. Rafael Ângulo Lopez.

Constam também discussões sobre o caso Odebrecht em 21/07/2016. Diante da publicidade do ato, da presença de outras autoridades e a ocorrência com conhecimento da Procuradoria Geral da República, é provável que tenha havido autorização formal.

A tabela com a agenda segue abaixo³²⁹:

Quadro 5. Roteiro das audiências realizadas entre 13/07/2016 e 21/07/2016.

³²⁷ As extensões do benefício são previstas na referida Convenção.

³²⁸ Artigo 31. “1. O agente diplomático gozará de imunidade de jurisdição penal do Estado acreditado. Gozará também da imunidade de jurisdição civil e administrativa, a não ser que se trate de [...]” (Decreto n. 56.435/1965).

³²⁹ Pg.49, Anexo XII.

DATE	PLACE	TIME	SUBJECT	PARTICIPANTS (BESIDES US STAFF)
July 13 (Wednesday)	Federal Prosecution in Rio de Janeiro (Procuradoria da República no Rio de Janeiro)	10:00pm to 1:00pm	Interview of NESTOR CUNAT CERVERO	Leonardo Freitas (Federal Prosecutor) Alessi Brandão (CERVERO's Lawyer) Julia Wellisch, Cristiane Inakura, Marcel Micent, Fernando Barreto, Wagner Batista (CVM)
		1:00pm to 2:00pm	Lunch	
July 14 (Thursday)	Federal Prosecution in Rio de Janeiro (Procuradoria da República no Rio de Janeiro)	2:00pm to 5:00pm	Interview of NESTOR CUNAT CERVERO (continuation)	Leonardo Freitas (Federal Prosecutor) Alessi Brandão (CERVERO's Lawyer) Julia Wellisch, Cristiane Inakura, Marcel Micent, Fernando Barreto, Wagner Batista (CVM)
		1:00pm to 2:00pm	Lunch	
July 15 (Friday)	Federal Prosecution in Rio de Janeiro (Procuradoria da República no Rio de Janeiro)	10:00pm to 1:00pm	Interview of PAULO ROBERTO COSTA	Leonardo Freitas (Federal Prosecutor) Alessi Brandão (CERVERO's Lawyer) Julia Wellisch, Cristiane Inakura, Marcel Micent, Fernando Barreto, Wagner Batista (CVM)
		2:00pm to 5:00pm	Interview of PAULO ROBERTO COSTA (continuation)	Leonardo Freitas (Federal Prosecutor) Fernanda Pereira (COSTA's Lawyer) Milla Aguiar, Luciana Alves, Marcel Micent, Daniel Gil e Alan Miranda (CVM)
July 16 (Saturday)	Federal Prosecution in Curitiba (Procuradoria da República em Curitiba)	10:00pm to 1:00pm	Interview of AGOSTINHO MÓNACO DE CARVALHO	Leonardo Freitas (Federal Prosecutor) Alessi Brandão (CERVERO's Lawyer) Julia Wellisch, Cristiane Inakura, Marcel Micent, Fernando Barreto, Wagner Batista (CVM)
		1:00pm to 2:00pm	Lunch	
July 17 (Sunday)	Federal Prosecution in Curitiba (Procuradoria da República em Curitiba)	2:00pm to 5:00pm	Interview of AGOSTINHO MÓNACO DE CARVALHO (continuation)	Leonardo Freitas (Federal Prosecutor) Fernanda Pereira (COSTA's Lawyer) Milla Aguiar, Luciana Alves, Marcel Micent, Daniel Gil e Alan Miranda (CVM)
		10:00pm to 1:00pm	Interview of ALBERTO YOUSSEF	Leonardo Freitas (Federal Prosecutor) Alessi Brandão (CERVERO's Lawyer) Julia Wellisch, Cristiane Inakura, Marcel Micent, Fernando Barreto, Wagner Batista (CVM)
July 18 (Monday)	Superintendence of the Federal Police in Curitiba (Superintendência da Polícia Federal em Curitiba)	1:00pm to 2:00pm	Lunch	
		2:00pm to 5:00pm	Interview of ALBERTO YOUSSEF (continuation)	Leonardo Freitas (Federal Prosecutor) Alessi Brandão (CERVERO's Lawyer) Julia Wellisch, Cristiane Inakura, Marcel Micent, Fernando Barreto, Wagner Batista (CVM)
July 19 (Tuesday)	Superintendence of the Federal Police in Curitiba (Superintendência da Polícia Federal em Curitiba)	10:00pm to 1:00pm	Interview of ALBERTO YOUSSEF	Leonardo Freitas (Federal Prosecutor) Alessi Brandão (CERVERO's Lawyer) Julia Wellisch, Cristiane Inakura, Marcel Micent, Fernando Barreto, Wagner Batista (CVM)
		1:00pm to 2:00pm	Lunch	
July 20 (Wednesday)	Federal Prosecution in Curitiba (Procuradoria da República em Curitiba)	2:00pm to 5:00pm	Interview of ALBERTO YOUSSEF (continuation)	Leonardo Freitas (Federal Prosecutor) Alessi Brandão (CERVERO's Lawyer) Julia Wellisch, Cristiane Inakura, Marcel Micent, Fernando Barreto, Wagner Batista (CVM)
		10:00pm to 1:00pm	Interview of RAFAEL ANGULO LOPEZ	Leonardo Freitas (Federal Prosecutor) Alessi Brandão (CERVERO's Lawyer) Julia Wellisch, Cristiane Inakura, Marcel Micent, Fernando Barreto, Wagner Batista (CVM)
July 21 (Thursday)	Federal Prosecution in Curitiba (Procuradoria da República em Curitiba)	1:00pm to 2:00pm	Lunch	
		2:00pm to 5:00pm	Interview of RAFAEL ANGULO LOPEZ (continuation)	Leonardo Freitas (Federal Prosecutor) Alessi Brandão (CERVERO's Lawyer) Julia Wellisch, Cristiane Inakura, Marcel Micent, Fernando Barreto, Wagner Batista (CVM)
July 22 (Friday)	Federal Prosecution in Curitiba (Procuradoria da República em Curitiba)	10:00pm to 1:00pm	Discussion of ODEBRECHT Case	Leonardo Freitas (Federal Prosecutor) Alessi Brandão (CERVERO's Lawyer) Julia Wellisch, Cristiane Inakura, Marcel Micent, Fernando Barreto, Wagner Batista (CVM)
		1:00pm to 2:00pm	Lunch	
July 23 (Saturday)	Federal Prosecution in Curitiba (Procuradoria da República em Curitiba)	2:00pm to 5:00pm	Discussion of ODEBRECHT Case	Leonardo Freitas (Federal Prosecutor) Alessi Brandão (CERVERO's Lawyer) Julia Wellisch, Cristiane Inakura, Marcel Micent, Fernando Barreto, Wagner Batista (CVM)
		10:00pm to 1:00pm	Discussion of ODEBRECHT Case	Leonardo Freitas (Federal Prosecutor) Alessi Brandão (CERVERO's Lawyer) Julia Wellisch, Cristiane Inakura, Marcel Micent, Fernando Barreto, Wagner Batista (CVM)

* SEC: Larica Jasper, Carlos Costa Rodrigues
 DCU: Kevin Grogan (FRD), Hector Salsusti (MFLS) (starting on Tuesday, July 18), Christopher Gaston (FRD), David Laid (FRD) (starting on Tuesday, July 18), Gustavo Ruiz (FRD)
 FSI: Tania Cannon – interpreter, Elaine Hayco – interpreter, SA Becky Nguyen, SA Mark Schweers

Apesar deste encontro, em uma outra conversa entre Deltan Dallagnol e Vladimir Aras, dá-se a entender que os delatores identificados no *non-prosecution agreement* viajaram aos Estados Unidos para prestar depoimentos, sem a formalização nem mesmo de salvo-conduto³³⁰. O veículo de comunicação Brasil de Fato noticiou o diálogo da seguinte forma³³¹:

Em 30 de novembro de 2015, às 21:09:52, Dallagnol avisa a Aras que os americanos já “estão ouvindo colaboradores”. Aras reage com surpresa e Deltan responde: “Não temos controle sobre as oitivas porque são uns 10 colaboradores que já estão em tratativas de acordos, ou acordos feitos. EUA estão com faca e queijo na mão para ouvirem”.

“Onde estão ouvindo? Informaram ao DRCI?” Dallagnol responde que, por serem nos EUA, as oitivas ocorreriam “à revelia do DRCI”. E prossegue, referindo-se à visita dos americanos no mês anterior: “Nós estamos com pressa, porque o DOJ já veio e teve encontro formal com os advogados dos colaboradores, e a partir daí os advogados vão resolver a situação dos clientes lá... Isso atende o que os americanos precisam e não dependerão mais de nós. A partir daí, perderemos força para negociar divisão do dinheiro que recuperarem. Daí nossa pressa”

³³⁰ Os *prints* dessa conversa não estão disponíveis nas fontes abertas de busca, constando somente a transcrição jornalística dos trechos em diversos veículos. A informação de variedade de publicações pode ser confirmada com a busca no *google* das expressões “EUA estão com a faca e queijo na mão” e “Lava Jato”. Um desses resultados será juntado como anexo da dissertação. Pg. 63, Anexo XII.

³³¹ Fonte da notícia disponível em <https://www.brasildefato.com.br/2020/03/12/como-a-lava-jato-escondeu-do-governo-federal-visita-do-fbi-e-procuradores-americanos>. Acesso em 09 fev. 2021.

Mas eles só conseguirão isso se colaborarmos, não? Eles não têm provas. Ou têm?”, retruca Vladimir.

Em resposta, Dallagnol diz que os americanos “conseguem sim” provas, através dos processos – todos foram publicados online através do sistema eletrônico do TRF4, cujas senhas de acesso eram e ainda são enviadas todas as semanas para centenas de jornalistas do país pelas assessorias do MPF e da Justiça Federal do Paraná.

Como se pode ver, em novembro de 2015, um ano e meio antes da reunião formal ocorrida no Rio de Janeiro, os advogados dos delatores já estavam resolvendo ou tinham resolvido a situação dos seus clientes nos Estados Unidos. Neste ponto, o coordenador da Força-Tarefa tem receio de perder vantagem na discussão com o Departamento de Justiça dos Estados Unidos sobre a divisão dos ativos recuperados – “perderemos força para negociar divisão do dinheiro”. Em outro momento da reportagem, Vladimir Aras demonstra a total incorretude do procedimento, chegando a se chocar com o fato de que os advogados estavam levando seus clientes para os Estados Unidos sem salvo-conduto, isto é, colocando-se sob risco de qualquer ato de investigação naquela jurisdição, que poderia englobar até mesmo uma prisão cautelar.

Ainda que seja relevante esse fato, o mais importante é a resposta de Deltan Dallagnol quando perguntado por Vladimir Aras se as autoridades estadunidenses teriam provas. Ele responde que os “americanos” conseguiriam provas no site do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Neste particular, o coordenador da Lava Jato acredita que a jurisdição dos Estados Unidos sobre os fatos é universal, a exemplo da jurisdição sobre crimes internacionais, que se fundamentam na grave violação a direitos humanos e que, mesmo nessa hipótese, é subsidiária à jurisdição territorial do local dos fatos e a seus resultados típicos. A assistência direta é forma de cooperação do direito penal transnacional, que protege, a partir de formação de consensos, valores compartilhados entre os mais diversos Estados, como trabalhado no primeiro capítulo sobre o alcance do regime de proibição global da lavagem de dinheiro.

Evidentemente, a validade da prova está vinculada à formalidade de sua obtenção em nível transnacional. Caso a jurisdição dos demais Estados, que engloba suas fontes e meios de prova, seja violada e se produzam efeitos a partir de provas conseguidas no “site de um tribunal” de outro país, caberá resistência sobre a execução dos seus efeitos, a exemplo da argumentação de violação da ordem pública internacional no julgamento de uma homologação de sentença estrangeira. É claro, entretanto, que o arranjo de forças da geopolítica global é assimétrico e cada Estado tem meio de coerção para obrigar o cumprimento de decretos judiciais obtidos a partir da violação de outras jurisdições. Neste caso, estamos diante de exercício de poder, e não de direito, mas não se pode pretender moldar a formalidade pelo medo da coerção informal.

No tópico que responderá aos problemas de pesquisa, esse assunto será novamente abordado, uma vez que inexistem regras claras de política pública de cooperação jurídica internacional no Brasil. Existe a previsão difusa que outorga competência descentralizada para transitar pedidos de natureza criminal entre jurisdições. Não há estabelecimento de prazos, recursos e nenhuma forma sistêmica de controle administrativo destes atos, que se somam aos sigilos impostos por delações premiadas. Um desses efeitos é assunto do tópico seguinte, que versa sobre os procedimentos de *assets sharing* em cooperações que envolvem diversos países transversalmente, assunto sobre o qual inexistente previsão legal no Brasil.

3.6. Legitimidade para discussões em nível transnacional de *assets sharing*.

Como vimos argumentando, a ausência de política pública de cooperação jurídica internacional se somou à prática de acordos de delação da Lava Jato, nos quais os benefícios aos delatores não encontraram limites na legalidade estrita, tampouco o significado de colaboração efetiva com os órgãos de persecução foi definido, ficando os delatores, como articulado na situação jurídica dos “executivos”, citados no *non-prosecution agreement*, à disposição completa dos investigadores. A soma dessas liberalidades produz a possibilidade de que procuradores e promotores, descentralizadamente, discutam cotas e destinação de montantes de dinheiro superiores a orçamentos da maioria dos municípios brasileiros, justificados em uma agenda anticorrupção, cujos problemas epistemológicos foram expostos no primeiro capítulo. É um processo penal com finalidades ilegítimas e desorientado de seus princípios orientadores, em outras palavras, resolução de demandas econômicas em um procedimento completamente disponível às partes, respectivamente.

É o que se demonstra no caso concreto envolvendo a repartição da multa da Petrobras. Em 04/11/2015, o coordenador da Lava Jato e Vladimir Aras voltaram a conversar sobre a questão da Petrobras, mais especificamente, sobre a divisão da futura multa criminal. Na conversa, Deltan Dallagnol explicou as três possibilidades de realização da divisão³³².

4 de Novembro de 2015 – Dialog Vladimir (@VladimirAras)

Deltan Dallagnol – 19:08:36
Caro, falei com Patrick agora

³³² Pg. 71, Anexo XII.

Vladimir – 19:09:55

Ok

Vladimir – 19:09:55

E

Deltan Dallagnol – 19:27:03

Patrick disse que há 3 possibilidades de assests sharing que ele pensou pro nosso caso:

1) quando tivermos processo ou ações simultâneas contra uma empresa – mas creio eu não se aplica a nosso caso; [interrompida pelo autor]

A primeira opção é descartada porque o coordenador da Lava Jato sabe que para o ordenamento jurídico brasileiro, a Petrobras é vítima dos atos investigados e o Ministério Público tem o dever de proteção das pessoas jurídicas instituídas pelo poder público. Esta é a provável razão da desconsideração da primeira opção, uma vez que não seria possível a existência simultânea de processo ou investigação. A segunda opção é sobre a possibilidade de conduzir o caso como fraudes ao sistema financeiro, que também é descartada porque o objetivo precípua da Força-Tarefa não é o reembolso aos acionistas da Petrobras.

2) se pensarmos o caso como um securities fraud case, caso em que o dinheiro volta pros acionistas – também não me parece a melhor solução... tirar de um bolso e colocar no outro; 3) devolver o dinheiro para aplicação em programas contra a corrupção, mas o fator complicador aqui é se os programas são realmente bons e que o valor é muito grande. Além disso, eles têm receio de criar precedente e depois outro país, como a Nigéria, pedir o mesmo, e devolverem um dinheiro que creem que será desviado. Contudo, ele acredita que “where there is a will, there is a way”, e eles querem que a solução fique boa também pro MPF aqui, querem que o caso seja visto como um caso de “appropriate law enforcement”, sabe que a evidência está toda indo daqui e que é um historic prosecution no Brasil, sendo sensível a questão da imprensa aqui. Então, ele sugere uma reunião para discutir o assunto, nos EUA ou Brasil. Eu disse que envolveria VC. Acho conveniente também envolver o DRCI, mas se houver um prévio alinhamento. Eu disse pela primeira vez que ouvi uma conversa no sentido de que possivelmente provas pudessem ser barradas em Brasília por razões políticas. Acho bom que tenha isso no pano de fundo, até para pensarmos em algo quanto à divisão de valores... Como não se sabe o valor da multa, ele disse que é difícil para falar concretamente, mas podemos chegar a um entendimento quanto ao framework. Minha sugestão é marcarmos uma reunião em Washington, em janeiro. Antes, contudo, é preciso definir se colaboraremos no caso de haver assests sharing, ou se não colaboraremos em nenhuma hipótese. Podemos também estabelecer com eles um colaboração informal para fins de assests sharing, indicando os caminhos onde conseguirão os documentos e informações, até porque eles estão fazendo acordo com os réus, o que não nos prejudica na imprensa caso haja discussões, porque não teremos a remessa formal de documentos. De qualquer modo, como eu disse, a própria Petrobras está obrigada a fornecer tudo pra eles... Enfim, dá uma refletida e me deixa saber o que VC acha melhor.

Já em 2015, o coordenador da Força-Tarefa tinha dúvidas sobre como direcionar parte da multa para programas de combate à corrupção, talvez àquela época não houvesse a ideia da

criação de uma fundação vinculada ao Ministério Público Federal no Paraná. Posteriormente, ele comenta que Patrick Stokes disse que “*where there is a will, there is a way*”, em tradução livre: “onde tem um interesse, há um caminho”. Talvez nessa frase residam muitas das diferenças culturais em um sistema *civil law* e o *common law*, já que, para a tradição continental, os acusadores não têm interesse³³³ na ação penal, suas atuações são necessárias e indisponíveis.

Neste contexto, o responsável pela Lava Jato fala em utilizar argumentos jurídicos, como a possibilidade de provas serem barradas em Brasília, para ter um bom pano de fundo para discutir a divisão da multa com o representante do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, narrando a possibilidade de realizar uma cooperação informal para apontar onde encontrar os “documentos e informações”, balizando as condutas pelo medo de perder vantagem na negociação. Além da discussão sobre *assets sharing*, o trecho demonstra que a versão oficial é conflitante com a análise das conversas divulgadas no furo de reportagem do *The intercept*. A troca de mensagens é clara no sentido de que a coloboração com as autoridades estrangeiras aconteceria e que a maior preocupação era com a percepção pública.

Quase dois anos após essa conversa, na qual o percentual de divisão não era ainda muito claro, o procurador Deltan Dallagnol voltou a falar a respeito em um grupo chamado *Filhos do Januário*, em referência ao procurador da república Januário Paludo, em 08/10/2017. Na mensagem, o coordenador da Lava Jato demonstra preocupação e adjetiva a punição – que viria a ocorrer quase um ano depois, em 26/09/2018 – como injusta³³⁴.

8 de Outubro de 2017 – Chat Filhos do Januario 2 – SAIR

Deltan Dallagnol – 01:43:10

Caros, precisamos re-refletir a questão da nossa cooperação com o DOJ no caso Petrobras, porque as premissas de fatos sobre as quais tomamos nossa decisão anterior mudaram. Naquele momento entendemos que eles tinham um caso contra a Petro e que esta buscaria um acordo. Agora o cenário é outro. Além disso, a depender da decisão acima, precisamos conversar sobre como tratar fatos que ajudam o DOJ que aparecem na coloboração do Luz. Por fim, essa é a questão que tínhamos submetido, inclusive via ofício, ao Janot. Importante levarmos tb para Raquel e a Romanó. Como levar pode depender da nossa discussão prévia interna. O ideal era levarmos com uma visão de grupo, sem prejuízo de a deixarmos saber desde logo que há uma questão relevante nesse ponto que está sendo tratada e levaremos com detalhes a seguir. [interrompido pelo autor]

³³³ A palavra “interesse” está sendo utilizada sem conteúdo jurídico, isto é, não se refere às categorias de pressupostos da ação penal. Poderia ser substituída por “iniciativa” neste contexto.

³³⁴ Pg.73-74, Anexo XII.

O coordenador da Lava Jato afirma que as premissas sobre as quais haviam decidido colaborar com o Departamento de Justiça dos Estados Unidos mudaram, especialmente porque “[entenderam] que eles tinham um caso contra a Petro e que esta buscava um acordo”. Aparentemente, o investigador brasileiro entendeu que a diligência estadunidense no Brasil era uma alma em busca de um corpo³³⁵, o que explica a ausência de conexão da prova dos fatos narrados no acordo com a punição aplicada, como argumentado anteriormente.

[continuação]

Deltan Dallagnol – 01:46:30

Esta semana com feriado fica difícil uma reunião mais representativa, que é importante nesse caso, mas podemos tentar na seguinte. De todo modo, é bom irmos refletindo.

Deltan Dallagnol – 01:52:01

Coloco a seguir apenas uma reflexão inicial como ponto de partida da discussão, aproveitando reflexões pretéritas que tivemos na oportunidade anterior e recentes. As soluções podem ser bem mais ricas do que as propostas, mas deixei simples para ser ponto de partida mesmo. 1. A multa imposta nos EUA a partir do trabalho brasileiro é injusta. Lugar dos crimes, lugar dos danos, lugar do trabalho, o que as evidências mostram, a estrita aplicação da lei, dano à imagem da investigação brasileira etc... Outros fatores em jogo que, na ponderação, em face da desproporcionalidade (de valor é de avaliação – forçando a barra legalmente para impor imensa multa) são afastados: consentimento da Petro ao entrar no mercado, lesão a acionistas, dever de cooperar, justiça universal. Daria para argumentar de modo consistente no sentido de que a lei é injusta, exploradora e espoliatória [interrompido pelo autor]

O interlocutor afirma que a possível multa é “injusta, exploradora e espoliatória”, uma vez que o lugar dos crimes, dos danos, locais de trabalho e as fontes de prova são decorrência do trabalho brasileiro. Tínhamos feito a mesma análise sobre o anexo de fatos do *non-prosecution agreement*. O que o coordenador da Lava Jato está dizendo é que os investigadores estadunidenses buscaram razões formais para punir a Petrobras criminalmente e, como já articulado, o fizeram baseado em um dever de prestar informações idôneas em conflito ao direito de não autoincriminação. A descentralização dos atos cooperacionais da assistência direta confere responsabilidade para não profissionais em diplomacia e relações públicas tratarem sobre temas de sensíveis, aparentemente o procurador Deltan Dallagnol percebeu que a Lava Jato se equivocou nas decisões de colaboração com as autoridades estrangeiras.

³³⁵ A analogia é para dizer que as razões que ensejam a investigação não guardam relação com a punição assumida pela Petrobras na jurisdição estadunidense.

Outro ponto jurídico deve ser destacado. O referido procurador utiliza o argumento de “dever de cooperação” e “justiça universal” para justificar a atuação e evitar maior desgaste da Força-Tarefa na imprensa. Em relação ao primeiro, concordamos que a cooperação não é um ato de liberalidade dos Estados, tendo em vista que jurisdição penal também é um dever e que há fontes normativas neste sentido, mas isso não significa que as autoridades de quaisquer países devam prestar cooperação em violação ao seu direito interno. Sobre a “justiça universal”, destacamos a necessidade de compreensão e separação didática do direito penal internacional e do direito penal transnacional, cujos fundamentos e orientações axiológicas são diversas. Em nenhuma hipótese, a persecução criminal de pessoas jurídicas por descumprimento de deveres de *criminal compliance* pode ser considerada como “graves violações aos direitos humanos”, fundamento orientador do direito penal internacional.

[continuação]

2. Cenários originais sobre que nos orientamos no passado * MPF coopera – multa se aplica. Dano à imagem da investigação pela cooperação e resultado contra a Petrobras. Quanto ao valor, 80% volta para o Brasil. Dano à imagem da investigação pelo valor que vai aos EUA.

3. Novos cenários a partir da dificuldade de os EUA terem um caso, necessidade de provar intent to benefit e disposição da Petro de se defender em juízo (inclusive com defesa diplomática e alegação de imunidade estatal por ser instrumentalizada pelo governo brasileiro): * MPF não coopera e explicita a razão (injustiça). EUA, ganhando, decidem dividir ou não em face da contribuição objetiva do BR ao trazer o caso à tona * MPF coopera e alcança percentual já apontado -> aplicam-se aqui os ônus tb dos cenários originais referentes a possível multa e cooperação. [interrompida pelo autor]

Os cenários trazidos por Deltan Dallagnol são as razões que podem ser alegadas para não cooperar, na esteira da adjetivação da punição como “injusta”. Assim, correriam o risco de perder 80% de *assets sharing* ou, por outro lado, a cooperação seria realizada, aplicar-se-ia a multa e a Força Tarefa passaria a ter que lidar com o prejuízo à sua imagem pública.

[continuação]

Deltan Dallagnol – 01:53:56

Desculpem as mensagens longas, mas esse assunto é mto importante pelo impacto potencial sobre a Petrobras e sobre a imagem da Lava Jato e vale a reflexão coletiva

Januario Paludo – 06:13:11

Qual valor aproximado?

Deltan Dallagnol – 08:30:54

Uns USD 3 vi

Deltan Dallagnol – 08:30:56

Bi

Pessoa não identificada – 18:59:49

Creio que essa questão tenha que ser decidida em reunião presencial, com a explicação de todas as circunstâncias e consequências, e não aqui.

Em 15/10/2017, no mesmo grupo de conversas no *Telegram*, uma semana depois dessas mensagens de Deltan Dallagnol, que foi contestado pela necessidade de discutir o assunto pessoalmente, o procurador Paulo Galvão informa que conversou com o Departamento de Justiça dos Estados Unidos e que houve movimentação diplomática do embaixador brasileiro com o governo estadunidense para evitar o processamento criminal da Petrobras. O membro da Força-Tarefa informou que Patrick Stokes queria saber a opinião da Lava Jato sobre o assunto e que havia respondido que o Ministério Público Federal era órgão de persecução independente e que não tinha que opinar a respeito do assunto³³⁶.

15 de Outubro de 2017 – Chat Filhos do Januario 2 – SAIR

Paulo – 17:36:21

DOJ ligou aqui agora. O embaixador brasileiro mandou uma carta para o state dept pedindo não processarem a Petrobras criminalmente, ressalvada a atuação da SEC. Chris queria saber nossa opinião se isso afetaria nossa ação contra a Petrobras aqui. Reiterei tudo o que já havíamos dito antes: como o órgão de persecução penal com independência, não estamos em posição de opinar a favor ou contra a Petrobras; a nossa preocupação é com public perception, o que estaria mitigado pelos 80% ficando no Brasil; eles devem tomar a decisão deles sem levar em consideração o nosso caso; eu como cidadão brasileiro não gostaria de ver o dinheiro indo para os EUA mas eu como procurador tenho a obrigação de cooperar se eles considerarem que um crime foi praticado lá; se eles desistirem e a SEC continuar nós possivelmente continuaríamos a negociar com a SEC para manter parte do dinheiro aqui, para os minoritários, e se nós não fizermos o promotor de SP faria uma ação contra a Petrobras.

O procurador Paulo Galvão volta a deixar claro que a preocupação da Lava Jato é com a opinião pública e diz acreditar que, com a divisão de 80% da multa criminal para o Brasil, a situação ficaria bem. De novo, é perceptível que os interesses e as estratégias da Lava Jato são colocados acima do dever legal dos procuradores, especificamente porque a Constituição Federal e o Código Penal atribuem jurisdição ao Ministério Público Federal para proteger os interesses essenciais do Estado, dentre os quais se incluem os entes federativos e as pessoas de direito privado instituídas pelo poder público, estabelecendo jurisdição penal legitimamente, de acordo com o costume internacional, o que será trabalhado adiante como causa de conflito jurisdicional que seria o fundamento de negativa de cooperação contra a Petrobras.

³³⁶ Pg. 74, Anexo XII.

A ilegitimidade dos procuradores brasileiros para discutir sobre divisão de ativos transnacionais, como a narrada, perpassa o problema da introdução da delação premiada e o do direito negocial acriticamente no ordenamento jurídico brasileiro, com a consequente promessa de benefícios ilegais aos delatores e a ausência de restrição da efetiva colaboração desses investigados. De modo geral, os Ministérios Públicos tendem a defender sua competência para fazer delações e acordos de leniência conjuntamente com pessoas físicas e jurídicas, em sentido contrário ao da lei anticorrupção, que orientou a prevalência da Controladoria Geral da União. Mas, ao que tudo indica, há erros antecedentes, especialmente a colocação do processo penal em um lugar de resolução de demandas econômicas, o que desorienta todo o sistema de justiça.

A criminalização das corporações³³⁷ visa a aplicação da pena sobre a ficção jurídica que tudo tem, menos corpo³³⁸, sobre o qual o direito penal tradicional estabeleceu o desenvolvimento da pena, ou pelo menos, a racionalizou. A consequência, sem adentrar no mérito da legitimidade da criminalização, é que o que deveria ser acessório no processo penal – a discussão econômica – se torna o principal. Naturalmente, na prática, o produto do processo penal passa a ser disponível, situação na qual o encurtamento do procedimento por *plea bargaining* ou outros instrumentos consensuais passam a ser um *win-win* para as partes processuais, pelo menos da perspectiva da eficiência economicista.

Dessa forma, os compromissos de *compliance* implementados em diversas camadas, enxergados aqui como dispositivos de uma sociedade controle³³⁹, que potencialmente geram conflitos entre o direito de defesa – e seus axiomas – com o dever de prestar informações administrativas-regulatórias, são somados à persecução penal das pessoas jurídicas transnacionalmente, em processos cujo principal é a resolução econômica da demanda. Assim, o controle da narrativa da pena passa a estar com os agentes de persecução que propõem soluções consensuais em várias jurisdições e discutem nesses países o grau de colaboração para realização de *assets sharing*, isto é, a divisão do ativo recuperado.

³³⁷ Utilizado aqui como sinônimo de pessoas jurídicas.

³³⁸ “Nos Estados Unidos, o termo técnico para uma empresa é “corporação”, o que é irônico, porque o termo deriva de “corpus” (“corpo” em latim) – exatamente aquilo de que as corporações carecem. Apesar de não ter um corpo real, o sistema jurídico norte-americano trata as corporações como pessoas jurídicas, como se fossem pessoas humanas de carne e osso”. (HARARI, 2020, p. 51)

³³⁹ Conceituação de David Garland trabalhada no primeiro capítulo.

A autonomia para discutir *assets sharing* é decorrência do processo penal vinculado à discussão acessória, cuja regra é a não publicidade dos acordos de *plea bargaining* com investigados, que somados em camadas transnacionais transformam medidas impostas por sentenças transitadas em julgado, como perdimento de produto de crime e restituição ao erário, em liberalidades e restituição imediatas. Os grandes valores restituídos, ainda que por instrumentos desfundamentados e axiologicamente incorretos, criam a percepção pública de que a pressa das instituições justificam a atuação ilegal. Poder-se-ia dizer que a recuperação de ativos é a propaganda e o elemento sociológico legitimador das soluções penais consensuais.

Assim, outra conclusão não é possível, os membros do Ministério Público não tem competência para realização de *assets sharing*. Não há previsão legal. Dispõe necessariamente sobre acordos de leniência, que devem observar a centralidade da Controladoria Geral da União para tanto. Além disso, a cooperação em matéria penal que envolve empresas deve ser lida pela óptica de uma instrumentalidade processual penal, que é um dos problemas de pesquisa a que este trabalho apresenta respostas, a ver no tópico seguinte.

3.7. Como deveria ter sido, ou não, a cooperação no caso da Petrobras.

A pergunta de pesquisa foi delimitada da seguinte forma: *as autoridades nacionais podem cooperar, por meio do auxílio direto, em hipóteses que geram inversão da posição processual de pessoas jurídicas?* Como já articulado, à altura dessa formulação, não se tinha conhecimento sobre a natureza informal com que a Lava Jato de Curitiba havia conduzido o caso, e em razão disso, o primeiro desdobramento dessa pergunta que será respondido é se há possibilidade de realização da cooperação jurídica internacional informalmente pelos agentes públicos brasileiros, que, ao fim e ao cabo, constitui uma outra pergunta de pesquisa.

O primeiro capítulo se dedicou a demonstrar que as fontes internacionais e a produção doutrinária em matéria penal estão captadas por uma lógica de persecução penal que cria dispositivos em diversas camadas transnacionais, apoiadas em um terceiro setor de criminalização, que, de acordo com David Garland, é formado pela sociedade civil organizada. A transparência internacional, as forças-tarefas de combate à lavagem de dinheiro são exemplos desse setor privado. Assim, é necessário ter cuidado ao legitimar os referentes produzidos transnacionalmente sobre a situação da informalidade, uma vez que as produções de discursos

públicos e privados estão subjetivados por uma epistemologia que coloca o combate à criminalidade quase que como o princípio iluminista da pós-modernidade.

O método de interpretação que nos orienta é aquele que busca nas fontes transversais a melhoria da norma penal³⁴⁰, como critério de qualidade, e que se afasta do securitarismo de que a função de existência dos Estados está no combate. Os direitos fundamentais são a positivação dos direitos humanos que, a partir de nossa visão jusnaturalista, são intrínsecos a qualquer vida humana. O substantivo vida não precisa vir acompanhado de nenhum adjetivo para que tenha respeitada sua dignidade. Dizemos isso porque são os direitos fundamentais que fundamentam a existência do Estado, que é nosso mito de organização da sociedade em prol da organização dos conflitos humanos; é o Estado que existe em função dos direitos humanos e não o contrário.

A orientação da relação cooperacional entre dois Estados não pode se nortear por argumentos de autoridade de organismos privados transnacionais, entidades intergovernamentais ou a se determinada convenção positivou algo e, a partir desses argumentos de autoridade, pretender romper com ordem interna de outros Estados. Em abstrato, é comum a organização da assistência direta “se apresenta[r] como um procedimento de cooperação compatível com a celeridade e informalidade necessárias para um efetivo combate a esta sofisticada forma de criminalidade” (RAMOS, 2013, p. 1). A informalidade é oposta à oficialidade que os atos de investigação devem ter. Mas, e depois do que lemos no estudo de caso, como dizer que aquela informalidade não era permitida? O problema da informalidade é a impossibilidade de imposição de limites ao poder de punir, deontologicamente, é impossível conhecer o seu limite.

O princípio da legalidade estrita é basilar para o Estado Democrático de Direito. Assim, são as hipóteses de informalidade, a exemplo de embargos auriculares previstos no Estatuto da Advocacia que devem ser previstas, sendo, naturalmente, a exceção à oficialidade. Constatando a impossibilidade de se limitar a informalidade, o debate do seu limite será circunscrito à legalidade do exercício jurisdicional, isto é, no pedido ativo, as autoridades pedem aquilo que poderiam pedir em território nacional; nos pedidos passivos, analisam o mérito de acordo com as regras do ordenamento que lhes outorga jurisdição. Será sempre um duplo controle de legalidade judicial³⁴¹. Evidentemente, não se pode pretender que a soma de

³⁴⁰ Eduardo Corrêa (2017, p. 221) afirma que “aqui, refutando a possibilidade de instâncias sagradas, livres de escrutínio, cuida-se de *perquirir e comprovar a qualidade da norma em detrimento da qualidade do ordenamento de que provém.*”

³⁴¹ Ressalvados os ordenamentos que conferem determinados poderes jurisdicionais ao Ministério Público.

uma jurisdição ou mais jurisdições reduza o acesso às garantias dos investigados, poder-se-ia dizer que *nos atos cooperacionais as garantias se somam num múltiplo controle de legalidade*.

Sobre o caso concreto em estudo, após a reconstrução da versão oficiosa produzida pelos órgãos de persecução, é perceptível que a utilização do argumento da informalidade na assistência direta tem como objetivo o registro somente daquilo que interessa, tanto da perspectiva da produção de provas no caso concreto, como da atuação dos agentes públicos. Posteriormente, visualizou-se que a versão uníssona, possível diante da inexistência de atos de resistência, dois quais os delatores renunciavam, também impede a reconstrução do procedimento que leva à pena, em razão dos sigilos em diversos níveis transnacionais. Diante disso, a obviedade deve ser dita: forma é garantia³⁴² e os atos de cooperação não fogem a essa regra, a atuação atípica na cooperação é ilegal e os princípios republicanos não permitem que o conhecimento sobre um ato público se presuma em confiança ao agente que o fez³⁴³.

Podem existir aqueles que dirão que os membros da Lava Jato exageraram na informalidade empregada. A esse argumento existe o desafio intransponível de delimitar qual limite que se impõe a informalidade. O contato entre órgãos de persecução de diversos Estados em abstrato, para tratar de organização judiciária, de requisitos e de possibilidades de produção de provas, é válido e pode até ser incentivado como uma forma de aumentar o fluxo comunicativo sobre as diferenças entre os mais diversos ordenamentos, que são inerentes à necessidade de cooperação jurídica. Mas toda e qualquer discussão em concreto, que é o lugar onde se discute restrição de direitos, deve ser formal e formalizada, ao menos para que se garanta a possibilidade de contraditório diferido, bem como o escrutínio das ações dos agentes públicos de persecução, que são vinculados administrativamente às suas investidas.

Assim, visualizamos a defesa da informalidade na cooperação como uma tentativa de afastar o direito dos investigados, baseados na equivocada premissa de que se trataria de relação entre Estados, sobre a qual já discorreremos sua incorretude no segundo capítulo. Ao primeiro desdobramento da pergunta de pesquisa, afirmamos que a informalidade não converge axiologicamente com procedimentos instrumentais ao processo penal, ou seja, é ilegal.

³⁴² Lopes Júnior (2009, p. 387) leciona que “no processo penal, forma é garantia. Se há um modelo ou uma forma prevista em lei, e que foi desrespeitado, o lógico é que tal atipicidade gere prejuízo [...] Nenhuma dúvida temos de que nas nulidades absolutas o prejuízo é evidente, sendo desnecessária qualquer demonstração de sua existência”.

³⁴³ Caso se entenda o contrário, leis como a de acesso à informação seriam mera perfumaria, na medida em que o agente público poderia escolher o que oficializar.

Sobre a inversão da posição processual, primeiro trataremos sobre as pessoas jurídicas de direito privado instituídas pelo poder público – sociedade de economia mista e empresas públicas e, posteriormente, sobre as pessoas jurídicas direito privado em geral. A diferenciação ocorre porque, na primeira hipótese, temos a situação de que o Brasil optou por determinar a jurisdição penal própria para a proteção por interesse essencial do Estado em relação os Entes Federativos, Autarquias, Fundações e Pessoas Jurídicas de Direito Privado instituídas pelo poder público, fazendo com que exista um conflito positivo de jurisdições quando um Estado requerente pretende realizar cooperação sobre essas entidades. Na segunda hipótese, é necessário debater o argumento da dupla incriminação em hipóteses em que não se estabeleceu jurisdição penal, já que esta é muito mais ampla do que suas hipóteses de condutas típicas.

Refutamos a existência do princípio da mais ampla cooperação em momento oportuno, mas concordamos que os atos de cooperação são obrigações jurídicas assumidas pelo Estado e não uma mera liberalidade – *comitas gentium*, tradicionalmente trabalhado no direito internacional público –, especialmente porque os atos penais são necessários e decorrentes do dever que é intrínseco à atuação jurisdicional penal. Além disso, expusemos que a revolução informacional e a aceleração das relações sociais foram encaixotadas pelo risco da criminalidade transnacional financeira, gerando diversas camadas de controle administrativos sobrepostas ao direito penal e, muitas das vezes, conflitantes com os princípios orientadores das ciências criminais. A consequência desses elementos objetivos – avanço da tecnologia – e dos discursos sobre a punição – subjetivos – foi o aumento da interação entre os Estados para a persecução de rastros financeiros, uma vez que dinheiro é aquela crença coletiva que facilita a troca de riquezas³⁴⁴; a decorrência dessa intersecção de elementos é a necessidade de atos de cooperação, já amplamente exposta, e os inevitáveis conflitos de jurisdições.

Ao contrário da competência que será sempre única e retirada da interpretação sistemática das regras processuais penais de determinado ordenamento jurídico, preenchendo o conteúdo normativo do princípio do juiz natural, as jurisdições poderão ser sobrepostas, em razão da existência de diversidade de valores que os Estados se comprometem a proteger criminalmente dentro da sua dimensão de dever da jurisdição penal. Podemos citar o exemplo da jurisdição universal para os crimes de direito internacional penal, delimitados pelo Estatuto de Roma como genocídio, crimes de guerra, crime de agressão e os crimes contra a humanidade.

³⁴⁴ Entendimento que permeia a teoria geral – se possível existir teoria geral sobre algo – do direito privado, especificamente a função social do contrato.

A forma da doutrina internacionalista convergir o princípio de jurisdição universal com as demais jurisdições estatais é a determinação de que a primeira é subsidiária à segunda, ou seja, a deflagração de persecução internacional ocorre somente diante da inércia material do Estado que tinha jurisdição sobre os fatos e as pessoas.

O pressuposto deste argumento é que temos critérios para atribuição de jurisdição aos Estados; a afirmação é óbvia e remete diretamente ao princípio territorial. Mas como já argumentado, este não é o único princípio que valida a jurisdição estatal. É reconhecida internacionalmente, e difundida na quase totalidade dos ordenamentos, a atribuição de jurisdição para a proteção dos interesses essenciais do Estado, sendo seu exemplo mais corriqueiro a jurisdição exclusiva, determinada pelo Código Penal, para processamento de crimes contra a vida do Presidente da República. Pouco importa neste sentido, se o crime ocorreu na Rússia ou no Japão, a jurisdição penal brasileira operará a completude de seus efeitos sobre os fatos, cuja legitimidade é reconhecida internacionalmente para essas hipóteses.

Dentro deste conceito, o legislador brasileiro optou pela proteção dos Entes federativos e das pessoas de direito privado instituídas pelo poder público da seguinte forma: “Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro, os crimes [...] contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público”³⁴⁵. A escolha legislativa neste sentido é decorrência da história brasileira, que estruturou seu projeto de exploração de petróleo em 1953 com a criação da Petrobras, ou mais tarde, com a criação da Embraer para desenvolvimento de aeronaves de tecnologia brasileira, ou poderíamos retornar à criação do Banco do Brasil, ainda na época colonial, após a chegada da família real na América. Os exemplos são para ilustrar que o projeto de país passou pela constituição de empresas públicas e sociedades de economia mistas, sendo natural que a legislação tenda a protegê-las penalmente, ainda que extraterritorialmente.

Sendo que ao Ministério Público compete o direito privativo de ação pública, podemos concluir que o órgão é titular do dever de proteção das empresas públicas e sociedades de economia mistas nas hipóteses de crime contra seus interesses ocorridos no exterior. O que o estudo de caso demonstra é que o órgão com incumbência de proteger os interesses da

³⁴⁵ Art. 7, “b” do Código Penal.

Petrobras, com jurisdição legítima sobre os fatos, atuou politicamente e, oficiosamente, contribuiu para sua punição criminal, pavimentando o caminho da empresa de vítima à ré.

Presumindo o trâmite regular do pedido de cooperação, a Autoridade Central, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, ao receber o pedido encaminhado pelo Poder Executivo dos Estados Unidos e ao realizar o juízo de admissibilidade do pedido, deveriam ter negado a execução da medida em razão da violação aos interesses essenciais do Estado³⁴⁶. A definição do conteúdo de interesse essencial realizado pela autoridade administrativa é vinculado, isto é, retira fundamento da legislação vigente, a exemplo trazido pelo Código Penal acima. De maneira menos peremptória, a Autoridade Central poderia ter cooperado, caso o Estado requerente assim quisesse, determinando, em razão do princípio da especialidade, a utilização dos elementos de informação tão somente em relação às pessoas físicas investigadas, ressaltando-se ainda a ocorrência de *ne bis in idem*.

O argumento para que a Autoridade Central agisse dessa forma é justamente que, diante do conflito positivo de jurisdição, o Brasil não poderia figurar como Estado requerido em uma hipótese em que os agentes públicos de persecução têm a incumbência de processar crimes contra as Sociedades de Economia Mistas quando ocorridos no exterior. Em outras palavras, violaria o ordenamento jurídico nacional a inversão da posição processual da Petrobras, uma vez que era dever do Ministério Público Federal a sua proteção legal.

A instância do Poder Executivo que é incumbida de realizar o juízo de admissibilidade foi alijada do procedimento pela informalidade e coube aos membros da Lava Jato definir a abrangência dos interesses essenciais brasileiros, competência que não lhes foi outorgada constitucionalmente e nem poderia ser, já que compete privativamente ao Presidente da República a relação com os demais Estados soberanos, ou a quem age por delegação dele, como o Ministro da Justiça e o Diretor do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. Porém, o que se pode depreender do teor dos diálogos analisados é que a preocupação da Lava Jato era com a opinião pública sobre a operação e a discussão de divisão de ativos recuperados em razão da punição criminal da Petrobras nos Estados Unidos.

³⁴⁶ Artigo III

Restrições à Assistência

1. A Autoridade Central do Estado Requerido poderá negar assistência se:

b) o atendimento à solicitação prejudicar a segurança ou interesses essenciais semelhantes do Estado Requerido.

Evidentemente, o debate sobre o conteúdo dos interesses essenciais do Estado é aberto, entretanto, no caso da proteção das Sociedades de Economia Mista, há imposição de jurisdição penal sobre os fatos com o consequente dever de ação conferido ao Ministério Público. Diante dessa manifesta e legítima vontade legislativa, poder-se-ia dizer que o enquadramento da hipótese estudada como interesse essencial constituiria o *easy case* na busca pelo conteúdo normativo dessas previsões. Assim, a correta interpretação sobre a assistência direta não teria possibilitado a inversão da posição processual da Petrobras.

A primeira parte da pergunta de pesquisa é: a inversão processual das pessoas jurídicas de direito privado instituídas pelo poder público é ilegal e viola a ordem pública nacional.

Para analisar a possibilidade de inversão sobre as pessoas jurídicas de direito privado em geral, estabelecemos, inicialmente, duas premissas: a) inexistência de obrigação legal dos Estados em criminalizarem as pessoas jurídicas, o que estaria abrangido pela ausência de obrigação convencional, cuja escolha jurídica é protegida pela autodeterminação política dos Estados. O Tribunal Penal Internacional não julga criminalmente as corporações, ainda que tenham responsabilidade sobre fatos que são interpretados como crimes de especial gravidade contra valores fundamentais da humanidade (SESÉ, 2019, p. 144) e; b) inexistência de dever de proteção dos Estados em relação às pessoas jurídicas com atuação em outras jurisdições que criminalizem as corporações.

Durante a reconstrução da versão oficial sobre a punição à Petrobras, foi utilizado o argumento de que o Ministério Público não poderia recusar a cooperação em razão do acordo bilateral em matéria criminal do Brasil e dos Estados Unidos não prever a necessidade de dupla-incriminação como recusa à assistência direta. Inicialmente, aceitamos essa hipótese, mas com o aprofundamento no tema, foi possível a compreensão que este entendimento levaria a autorização implícita de que os órgãos de persecução promovessem ações judiciais, encampando pedido de pessoa jurídica de direito público internacional, contra uma empresa para a produção de prova para instruir um processo penal contra uma pessoa jurídica. No âmbito prático, poder-se-ia requerer uma busca e apreensão na sede da Odebrecht, única identificada no polo passivo, para provar que essa empresa cometeu um crime em alguma jurisdição, o que não é permitido no ordenamento nacional para instrução processual.

A primeira questão que nos fez superar a tese apresentada pela Lava Jato é que o acordo bilateral entre Brasil e Estados Unidos não aboliu completamente o requisito da dupla-incriminação, “o sistema jurídico estadunidense o exige para a obtenção de medidas cautelares

patrimoniais” (MAGLIARELLI, 2014, p. 106). Posteriormente, o autor exemplifica as hipóteses de negativa para crimes fiscais e de evasão de divisas, a previsão dessas negativas são fundamentadas no respeito à ordem jurídica nacional dos Estados Unidos, em outras palavras, não deflagração de jurisdição penal em hipóteses não admitidas pelo direito interno dos Estados Unidos.

A jurisdição penal é mais abrangente do que os crimes que a estabelecem – garantia da liberdade –, sendo constituída também pelas hipóteses negativas de exercício de poder punitivo, e essas limitações devem ser levadas em consideração na assistência direta, abrangidas pelo respeito ao direito interno do Estado requerido. No Brasil a escolha legislativa impede que sobre as pessoas jurídicas recaia o poder da jurisdição penal, não existe processo sem pena, tampouco existe pena sem processo, uma pessoa natural, ainda que não tenha cometido crime, está sob jurisdição penal, o local do delito condiciona previamente o juiz natural do caso.

Isso porque os sujeitos ativos do crime também são abrangidos pela tipicidade penal, que aqui deve ser entendida como injusto penal para efeito da dupla-incriminação. Neste particular, a Constituição Federal versa sobre hipóteses de inimputabilidade e sobre os limites de criminalização das pessoas jurídicas, isto é, há sujeitos ativos do crime que são vedados constitucionalmente. Assim, para determinadas hipóteses, como menoridade penal, a tipicidade penal tem status constitucional e não pode ser superado pela previsão de abolição da dupla-incriminação nas relações cooperacionais – inconstitucionalidade material.

Além disso, ainda que se argumente que a relação de direito penal material ocorre totalmente em outro país, tema que se encontra aberto doutrinariamente, a tipicidade também tem efeito jurídico na relação processual. A legitimidade passiva é pressuposto da ação penal, sendo retirada da relação penal material, ou seja, “a legitimidade passiva decorre da autoria do injusto típico. O réu, pessoa contra a qual é exercida a pretensão acusatória, deve ter integrado a situação jurídica de direito material que se estabeleceu com o delito (autor-vítima)” (LOPES JR, 2017, p. 342). Dessa forma, pode-se dizer que o conteúdo normativo da tipicidade está tanto na relação material quanto na condição ou pressuposto da ação penal.

Tendo em vista que o ordenamento do Estado requerido deve ser respeitado em sua integralidade nos atos cooperacionais, a previsão em tratado bilateral de abolição da dupla-incriminação não cria sujeitos ativos do crime, já limitados constitucionalmente, tampouco seu reflexo enquanto condição da ação penal. Naturalmente, as condições da ação penal englobam

o conteúdo do respeito ao ordenamento do Estado requerido, sendo, portanto, hipótese de denegação da assistência direta solicitada por pessoa jurídica estrangeira.

Assim, o cumprimento passivo de pedidos de assistência direta contra pessoas jurídicas, quando houver ocorrência de crime em outra jurisdição, ocorrerá somente na hipótese que se dirija a investigação contra pessoas naturais identificadas, nos termos em que medidas cautelares em sedes empresariais, quebra de sigilo bancário de corporações são permitidas no Brasil, isto é, para instrução processual contra seus gestores e prepostos. Da mesma forma, impõe ônus ao Estado requerente de explicitar no pedido que a prova produzida contra pessoa física também será utilizada em relação à corporação no processo penal de destino. Contudo, devem ser rechaçadas pelas Autoridades Centrais, no juízo de admissibilidade, os pedidos que contenham pretensão produzir prova somente contra pessoas jurídicas por meio do auxílio direto, por ausência de instituição de jurisdição penal para tanto.

Nos casos em que a pretensão do Estado requerente for a produção de prova contra empresa e os fatos tiverem ocorrido territorialmente no Brasil, critério de atribuição de jurisdição territorial tem prevalência sobre os demais, as hipóteses negativas sobre jurisdição penal se aplicam, tais como o *ne bis in idem* e o direito à não autoincriminação, os quais deverão ser levados em consideração pela Autoridade Central, o que somente será possível com a identificação da pessoa “alvo”. Exemplifica-se: um gestor brasileiro comete desvios de uma empresa para fazer pagamentos vinculados a um “caixa 2”, a não declaração desses valores gera incongruência nos livros contábeis, que posteriormente vieram a ser questionados por outra jurisdição, se no contexto interno houver o entendimento que a conduta está englobada pelo direito de não autoincriminação, a cooperação não deverá ser prestada, sob pena de violar os critérios limitadores do exercício de jurisdição penal do local dos fatos.

A verificação da prescrição, que é critério que retira o poder de agir do Estado (GRECO, 2012, p. 710) – impossibilidade de exercício jurisdicional penal – depende da individualização da conduta. Apesar de bastante isolado no argumento, sobre a possibilidade de medidas cautelares reais, Filipe Magliarelli apresenta argumento que coaduna com a defesa realizada aqui (MAGLIARELLI, 2014, p. 114):

Defendemos traduzir em absoluta violação à ordem pública nacional, face ao disposto nos incisos II, XXII e LVI, do artigo 5º, da Constituição Federal, permitir que alguém sofra, no Brasil, constrição de bens em razão de fatos que, à luz da legislação penal pátria, encontrem-se prescritos, mesmo que o delito tenha sido cometido no exterior e que a medida se destine a garantir a eficácia de processo estrangeiro. O advento da prescrição opera como cláusula

limitadora do dever de agir do Estado, sendo o direito à propriedade assegurado pela Ordem Constitucional brasileira.

As hipóteses de limitação do exercício do poder jurisdicional são todas vinculadas aos sujeitos processuais possíveis, isto é, a possibilidade de verificação de prescrição, atipicidade da conduta, *ne bis in idem*, direito a não autoincriminação que são verificadas no caso concreto a partir da individualização de fatos e condutas das pessoas naturais. Como não há poder jurisdicional penal sobre as empresas, ainda que fatos sejam individualizados, não haveria verificação de critérios de limitação do poder punitivo, sendo que qualquer fato ocorrido, mesmo que territorialmente no Brasil – ou qualquer outro Estado com escolhas legislativas semelhantes – poderá receber interpretação típica por outra jurisdição, isto é, passaria a existir subsidiariedade entre os ordenamentos, o que viola o princípio da horizontalidade.

Naturalmente, enquanto Estado requerente, as autoridades nacionais não podem solicitar atos de instrução contra empresas; na medida em que não há processo para direcioná-los, faltaria completa instrumentalidade a essa ação penal. Por fim, os tipos penais são o início da jurisdição penal, que também é abrangida pelos seus limites, sendo um bom começo, entendermos a necessidade de individualização mínima que nos permita aplicá-los, dando especial importância para as causas extintivas de punibilidade em um primeiro momento. Por fim, a inexistência de política pública de cooperação jurídica internacional impõe ônus de argumentar axiologicamente situações que deveriam estar positivadas.

Conclusão

O problema de pesquisa trabalhado ao longo desta dissertação nasceu da inquietação sobre a utilização da cooperação jurídica internacional no caso da Petrobras nos Estados Unidos, especialmente porque os fatos descritos no *non-prosecution agreement* ensejaram diversas ações penais no âmbito da Lava Jato, nos motivando a buscar os instrumentos jurídicos que possibilitaram o acesso a meios e fontes de prova no Brasil.

A hipótese inicial versava sobre a possibilidade de utilização equivocada dos auxílios diretos, segundo os ditames do direito penal internacional, mas a primeira constatação da pesquisa teórica foi no sentido contrário, isto é, a agenda anticorrupção da Força-Tarefa guarda conexão com a política criminal transnacional contemporânea, que, além de fundar os valores penais que os Estados devem harmonizar, prescrevem a utilização da cooperação em matéria penal como uma arma de combate. Assim, foi necessário analisar as verdades e as formas jurídicas defendidas por essa política transnacionalizada.

A gestão da criminalidade financeira transnacionalizada foi aos poucos tornando o crime de lavagem de dinheiro, apontado como um regime global de proibição, mais autônomo em relação à sua origem. Com o passar dos anos, a persecução do crime de lavagem se tornou a forma da persecução do terrorismo e, mais recentemente, da criminalidade financeira em geral. A autonomia recente desse regime é bastante ampla e traz consigo a necessidade de estabelecer diversas camadas de *criminal compliance* para administrativizar a persecução criminal desses rastros financeiros, onde se insere a assistência direta como instrumento processual penal.

Notamos que o direito transnacional penal é criado a partir de uma pauta compartilhada entre Estados de bens jurídicos penais que devem ser protegidos; essa identidade de valores jurídicos facilita a cooperação. Além de estudar o produto dessa pauta – ontologicamente, as inovações legislativas – demonstramos suas características zetéticas centrais, que em resumo são: linguagem belicosa, racionalidade economicista atuarial e securitária.

A partir dessas constatações teóricas e, respeitando a perspectiva prometida à pesquisa na introdução – “o olhar dado à pesquisa é do processo penal para o fenômeno. Esta afirmação é sinônimo de dizer que se estuda os limites do poder de punir” – descrevemos as características, no segundo capítulo, do escopo da assistência direta nas principais convenções multilaterais sobre o tema. Em relação aos fundamentos de direito internacional público, estudaram-se o princípio do respeito à ordem pública internacional do Estado requerido, o

princípio da especialidade e o princípio da reciprocidade. Contrastamos os regramentos das relações entre Estados com a reorientação necessária de fundamentos e finalidades com a inclusão da necessidade de instruir processos penais e investigações em outras jurisdições.

A orientação do segundo capítulo formulou o dever ser do estudo de caso realizado no terceiro capítulo. Como trabalhado, não se pode dizer que houve cooperação jurídica internacional, o melhor seria a conclusão de que houve atos unilaterais de autoridades estadunidenses, fundados na ilegal informalidade nos casos concretos, com a participação de autoridade incompetentes no Brasil, em violação à competência do Poder Executivo. Ademais, o estudo do segundo capítulo serviu como base jurídica para a crítica das ações que vieram a público através do escândalo de corrupção da Vaza Jato, deflagrado pelo jornal *The Intercept*.

Assim, especificamente sobre assistência direta, reduziremos em três teses principais o que se depreendeu, colateralmente ao problema de pesquisa, no segundo capítulo:

a) Se necessário o cumprimento de diligência judicial, o auxílio direto é bifásico, uma vez que o representante do Poder Executivo, na qualidade de chefe de Estado, realiza juízo de admissibilidade para as hipóteses de denegação previstas em tratados (exame administrativo) e encaminha para decisão de mérito da justiça federal em varas criminais (exame jurisdicional).

b) Opera-se um duplo controle de legalidade judicial no auxílio direto. O pedido tem que estar de acordo com o ordenamento de regência do Estado requerente, e a decisão judicial deve ser legalmente possível no Estado requerido. Nos atos cooperacionais as garantias se somam em um múltiplo controle de legalidade.

c) A opinio delicti do Estado acusação de encampar, ou não, pedido de pessoa jurídica de direito público internacional é vinculativa no Estado requerido – primeiro exame de legalidade judiciária na assistência direta.

No terceiro capítulo, no que tange ao estudo de caso realizado, foi possível concluir que a versão dos membros da Lava Jato sobre a punição de Petrobras, de que não houve cooperação para a punição da empresa é falsa, isto porque a reconstrução dos fatos a partir dos documentos oficiais e das mensagens existentes do contexto da Vaza Jato demonstram que os procuradores permitiram a realização de audiências em Curitiba por autoridades estadunidenses,

informalmente. Estes encontros, realizados à margem da cooperação jurídica internacional, fizeram com que os principais delatores no contexto da Força-Tarefa aceitassem realizar acordos na jurisdição estadunidense. Apontou-se, neste contexto, como provável causa de aceitação dos novos acordos, as ameaças³⁴⁷ de perda dos benefícios de delatores pelo Ministério Público Federal, no amplo conceito de cooperação efetiva com os órgãos de persecução.

Além disso, os diálogos demonstram, bem como os documentos analisados, a impossibilidade de reconstrução de como as autoridades estadunidenses obtiveram acesso a essas fontes de provas, isso porque há cláusulas de sigilo em diversas camadas transnacionais, que protegem os acordos por sigilo e exigem a renúncia de qualquer direito de resistência pelos delatores. A consequência prática dessas obrigações é uma punição que só os agentes públicos sabem como ela surgiu, o que converge com os princípios orientadores de um sistema inquisitorial – sigilo do procedimento –, que por razões evidentes deve ser rechaçado.

A versão oficiosa demonstra tratativas informais e uma tentativa de burlar dolosamente os trâmites oficiais de cooperação jurídica internacional. A preocupação com a imagem pública da Lava Jato era a central para os membros da Lava Jato, o que se resolveria, segundo eles, com a adequada repartição de ativos entre os países, sendo que inexiste também permissivo legal para tanto. Como articulado, essas discussões sobre divisão de ativos são decorrência da utilização de soluções negociais e *plea bargaining* em diversas jurisdições simultaneamente, nas quais são interpretadas como liberalidades dos acordantes a devolução imediata de valores.

Sobre os crimes cometidos na jurisdição estadunidense, aparentemente se deram em contexto do direito de não autoincriminação sobre fatos ocorridos no Brasil. Em determinado momento, o coordenador da Lava Jato chama reunião com os demais membros porque constata que as autoridades estadunidenses não tinham um caso contra a Petrobras e estariam impondo “multa [...] partir do trabalho brasileiro é injusta. Lugar dos crimes, lugar dos danos, lugar do trabalho, o que as evidências mostram, a estrita aplicação da lei, dano à imagem da investigação brasileira etc”³⁴⁸. Os crimes cometidos foram no contexto de fraude à idoneidade informacional com agências reguladoras; ao fim e ao cabo, o delito foi a não autoincriminação pelos fatos

³⁴⁷ “we now have another way to convince companies and individuals to unveil the facts: to threaten them to inform ‘the American authorities’”, em tradução livre, “agora temos um novo meio de convencer empresas e pessoas a revelar fatos: ameaçá-los de informar ‘as autoridades americanas’”, mensagem enviada por Orlando Martello no dia 13 de outubro de 2015, membro da Lava Jato.

³⁴⁸ Mensagem enviada por Deltan Dallagnol em 8 de outubro de 2017 no Chat Filhos do Januario 2.

delituosos praticados no Brasil. Por uma questão de autonomia jurídica, evitamos interpretações e adjetivações sobre o crime ocorrido em outra jurisdição, focando na forma de acesso aos meios e fontes de provas pelas autoridades estadunidenses, que como dito, foram atos unilaterais que violaram a ordem pública internacional brasileira.

Após narrar as principais conclusões do estudo de caso, seguem as respostas decorrente dos dois problemas de pesquisa delimitados na introdução, em tópicos.

1) as autoridades de persecução podem cooperar com entes estrangeiros sem a utilização de instrumentos tipificados pela legislação (informalmente)?

A informalidade é oposta à oficialidade – imposição do sistema acusatório – que os atos de investigação devem ter. O problema da informalidade é a impossibilidade de imposição de limites à ação. Deontologicamente, é impossível conhecer o seu limite. É um desafio intransponível de delimitar qual limite que se impõe à informalidade, razão pela qual o direito público rege-se, necessariamente, pela estrita legalidade, o que mina qualquer argumentação em prol de atos informais de investigação serem legais no Brasil, tampouco legítimos.

O contato entre órgãos de persecução de diversos Estados em abstrato, para tratar de organização judiciária, de requisitos e de possibilidades de produção de provas, é válido e pode até ser incentivado como uma forma de aumentar o fluxo comunicativo sobre as diferenças entre os mais diversos ordenamentos, que são inerentes à necessidade de cooperação jurídica.

Mas toda e qualquer discussão em concreto, que é o lugar onde se discute restrição de direitos, deve ser formal e formalizada, ao menos para que se garanta a possibilidade de contraditório diferido, bem como o escrutínio das ações dos agentes públicos de persecução, que são vinculados administrativamente às suas investiduras.

2) autoridades nacionais podem cooperar, por meio do auxílio direto, em hipóteses que geram inversão da posição processual de pessoas jurídicas?

O Brasil optou por determinar a jurisdição penal própria para a proteção por interesse essencial do Estado em relação os Entes Federativos, Autarquias, Fundações e Pessoas Jurídicas de Direito Privado instituídas pelo poder público, fazendo com que exista um conflito positivo

de jurisdições quando um Estado requerente pretende realizar cooperação sobre essas entidades. É reconhecida internacionalmente, e difundida na quase totalidade dos ordenamentos, a atribuição de jurisdição para a proteção dos interesses essenciais do Estado, sendo seu exemplo mais corriqueiro a jurisdição mandatória, determinada pelo Código Penal, para processamento de crimes contra a vida do Presidente da República.

Ao Ministério Público compete o direito privativo de ação pública. É, portanto, órgão titular do dever de proteção das empresas públicas e sociedades de economia mistas. Nas hipóteses de crime contra seus interesses ocorridos no exterior, os representantes do Estado acusação não podem contribuir para a punição de quem devem proteger. Na perspectiva administrativa, a Autoridade Central, diante do conflito positivo de jurisdição, deve denegar a assistência por não poder figurar como Estado requerido em uma hipótese em que os agentes públicos de persecução têm a incumbência de processar esses crimes.

Atos processuais que gerarem a inversão da posição processual de pessoas jurídicas de direito privado instituídas pelo poder público são ilegais. A denegação da assistência deve ocorrer ainda na fase administrativa – juízo de admissibilidade – da Autoridade Central.

3) É possível a ocorrência de cooperação por assistência direta em relação a pessoas jurídicas de direito privado, ressalvadas as instituídas pelo poder público?

A dupla incriminação é critério limitador que pressupõe que os destinatários do processo estão sob jurisdição penal, o que não é o caso quando se envolvem ordenamentos que criminalizam ou não as pessoas jurídicas, sendo essa justificação incompleta. Portanto, a primeira constatação é que a jurisdição penal é mais abrangente do que os crimes que a estabelecem, sendo constituída também pelas hipóteses negativas de exercício de poder punitivo, que devem ser abrangidas pelo respeito ao direito interno do Estado requerido.

Isso porque os sujeitos ativos do crime também são abrangidos pela tipicidade penal, que deve ser entendida como injusto penal para efeito da dupla-incriminação. Neste particular, a Constituição Federal versa sobre hipóteses de inimputabilidade e sobre os limites de criminalização das pessoas jurídicas, isto é, há sujeitos ativos do crime vedados constitucionalmente. Ainda que se argumente que a relação de direito penal material ocorre

totalmente em outro país, tema que se encontra aberto doutrinariamente, esse aspecto da tipicidade também opera efeito na relação processual. A legitimidade passiva é condição/pressuposto da ação penal, sendo retirada da relação penal material. Dessa forma, pode-se dizer que o conteúdo da tipicidade opera efeito jurídico tanto na relação material como condição ou pressuposto da ação penal, sendo cogente no ordenamento nacional.

O cumprimento passivo de pedidos de assistência direta contra pessoas jurídicas, quando houver ocorrência de crime em outra jurisdição, ocorrerá somente na hipótese que se dirija a investigação contra pessoas naturais identificadas, nos termos em que medidas cautelares em sedes empresariais, quebra de sigilo bancário de corporações são permitidas no Brasil, isto é, para instrução processual contra seus gestores e prepostos. Também devem ser rejeitados pelas Autoridades Centrais, no juízo de admissibilidade, os pedidos nacionais que contenham pretensão produzir prova somente contra pessoas jurídicas por meio do auxílio direto em jurisdição estrangeira, por ausência de instituição de jurisdição penal para tanto

Nos casos em que a pretensão do Estado requerente for a produção de prova contra empresa e os fatos tiverem ocorrido territorialmente no Brasil, o critério de atribuição de jurisdição territorial tem prevalência sobre os demais, as hipóteses negativas sobre jurisdição penal se aplicam, tais como o *ne bis in idem* e o direito à não autoincriminação, os quais deverão ser levados em consideração pela Autoridade Central, o que somente será possível com a identificação da pessoa “alvo”, com intuito evitar a criação ontológica de uma espécie subsidiariedade entre os ordenamentos, o que viola o princípio da horizontalidade que rege a relação entre Estados soberanos nas mais diversas áreas.

Sobre o critério da dupla incriminação, ainda que confiemos na conclusão de inexistência de jurisdição penal sobre as pessoas jurídicas, essa regra jurídica tem conteúdo normativo conhecido transnacionalmente, de modo que, visualizando a posição do Brasil internacionalmente como periférica, é desejável que, para a restrição de direitos de liberdade e patrimoniais, a dupla incriminação seja instituída como política pública de cooperação.

Aparentemente, muito do que foi trabalhado na dissertação é inédito, de modo que constituem contribuições de boa-fé ao debate com os demais interlocutores – requisito da teoria da ação comunicativa de Habermas. Acreditamos que o trabalho foi realizado em momento político e histórico privilegiado, na medida em que o escândalo judicial divulgado pelo *The*

Intercept criou um espelho para que se visualizasse nos casos concretos os problemas de orientação da assistência direta como uma arma de combate.

Por fim, as formulações teóricas apresentadas neste trabalho deveriam ser deduzidas, antes de tudo, de uma política pública nacional sobre cooperação jurídica penal em matéria penal, que deveria estabelecer prazos – mesmo que já nasçam impróprios –, competências, recursos, regulamentação de acesso ao que foi produzido, limites universalizáveis à cooperação, a definição dos interesses essenciais dos Estado e tudo que seja necessário para que a jurisdição ocupe um correto lugar dever-poder e possibilite o exercício da defesa, que é um axioma intransponível do processo penal em países democráticos.

Referências bibliográficas

- ABADE, Denise Neves. Convivência entre instrumentos cooperacionais: a carta rogatória e o auxílio direto. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan. (Coord.). *Cooperação Jurídica Internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 307-329. Volume 1
- ABADE, Denise Neves. *Direitos Fundamentais e Cooperação Jurídica Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ABADE, Denise Neves. *Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ABADE, Denise Novaes. Análise da Coexistência entre Carta Rogatória e Auxílio Direto na Assistência Jurídica Internacional. In: ARAS, Vladimir; SARAIVA, Wellington Cabral; SILVA, Carlos Bruno Ferreira da. (Orgs.). *Temas de Cooperação Internacional*. 2. ed. Brasília: Ministério Público Federal, 2016. p. 7-23. Volume 2
- ALEXANDRE, Agripa Faria. A dinâmica da sociedade de risco segundo Antony Giddens e Ulrich Beck. *Geosul*, v. 15, n. 30, p. 150-167, jul./dez. 2000.
- ANAN, Kofi. Foreword. In: *United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto*: Nova York: United Nations, 2004. p. iii-iv
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Análise Criminológica do Cotidiano. *R. EMERJ*, v. 15, n. 60, p. 59-71, out./dez. 2012.
- ANITUA, Gabriel. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 43-65, 2015.
- ANSELMO, Márcio A. *O regime internacional de combate à lavagem de dinheiro: Da jurificação à efetividade*. 2015. 280 f. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo: O tratamento das questões de ordem pública no Direito Processual Civil*. São Paulo: Atlas, 2011. Coleção Atlas de Processo Civil
- ARAS, Vladimir. O papel da autoridade central nos acordos de cooperação penal internacional. In: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de (Org). *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 59-94
- ARAS, Vladimir. O sistema de cooperação penal Brasil e Estados Unidos. In BALTAZAR Jr., José Paulo; LIMA, Luciano Flores de (Org.) *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 321-399
- ARAÚJO, Felipe D. Criminologia crítica e política criminal antilavagem de dinheiro e contrafinanciamento do terrorismo: Barreira epistêmica e agenda de diálogo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 2, n. 2, p. 1-27, 2012.

ARAUJO, Nadia; ANDREIUOLO, Inês da Matta. A internalização dos Tratados no Brasil e os Direitos Humanos. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAÚJO, Nadia de (Orgs.). *Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARAUJO, Nádia; BASTOS, Caputo. A Convenção interamericana de cartas rogatórias e a sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Renovar*, v. 21, 2001.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de dinheiro: Aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com alterações da Lei 12.683/2012*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. São Paulo: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 64, p. 253-273, jan./fev. 2007.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BASSETO, Murilo. Voo da Emirates retorna ao México após os EUA impedirem entrada em seu espaço aéreo. *AeroinIN*, 13 fev. 2020.

BASSIOUNI, Mahmoud Cherif. *International Extradition*. United States Law and Practice. 6. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2014.

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: Eficácia da prova produzida no exterior*. 2009. 198 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

BELIZÁRIO, Ana Rita da Cruz. *A Criminalidade Organizada Transnacional: O Direito penal dos Estados no contexto Transnacional*. 2018. 80 f., il. Dissertação (Especialização em Direito Forense) – Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal, 2018.

BOBITT, Philip. *A guerra e a paz na história moderna: O Impacto dos Grandes Conflitos e da Política na Formação das Nações*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2003.

BOISTER, Neil. ‘Transnational Criminal Law’?. *European Journal of International Law*, v. 14, n. 5, p. 953-976, 2003.

BORGES, Clara Maria Roman. *Jurisdição e normalização: Uma análise foucaultiana da jurisdição penal*. 2005. 200 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

BRASIL, Deilton Ribeiro. CAMPOS, Álisson Thiago de Assis. COSTA, Pablo Henrique Hübner de Lanna. Breves apontamentos sobre os procedimentos de cooperação internacional e o direito penal econômico: análise da atuação do Fundo Monetário Internacional (FMI) no

combate à lavagem de dinheiro. *Revista de Direito Brasileira*, v. 19, n. 8, p. 122-140, jan./abr. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Convenção da OCDE sobre o combate da corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais*. 1. ed. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2007.

BRASIL. Decreto lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, 13 out. 1941, retificado em 24 out. 1941. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 14 jan. 2021.

BRASIL. Decreto n. 154, de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. *Diário Oficial da União*, p. 12418, 27 jun. 1991.

BRASIL. Decreto n. 3.002, de 26 de março de 1999. Promulga o Tratado sobre Transferência de Presos Condenados, celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Chile. *Diário Oficial da União*, 27 mar. 1999.

BRASIL. Decreto n. 3.468, de 17 de maio de 2000. Promulga o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, 18 mai. 2000.

BRASIL. Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. *Diário Oficial da União*, 15 mar. 2004.

BRASIL. Decreto n. 56.435, de 8 de junho de 1965. Promulga a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. *Diário Oficial da União*, 11 jun. 1965, retificado em 7 jul. 1965.

BRASIL. Decreto n. 6.340, de 3 de janeiro de 2008. Promulga a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal e seu Protocolo Facultativo. *Diário Oficial da União*, 04 jan. 2008.

BRASIL. Decreto n. 8.316, de 24 de setembro de 2014. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Angola sobre Transferência de Pessoas Condenadas, firmado em Brasília, em 3 de maio de 2005. *Diário Oficial da União*, 24 set. 2014, Edição Extra.

BRASIL. Decreto n° 7.595, de 1° de novembro de 2011. Promulga o Tratado de Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e os Estados Unidos Mexicanos, firmado na Cidade do México, em 6 de agosto de 2007. *Diário Oficial da União*, 3 nov. 2011.

BRASIL. Decreto n° 7582, de 13 de outubro de 2011. Promulga o Tratado de Assistência Jurídica Mútua em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Federal da Nigéria, firmado em Brasília, em 6 de setembro de 2005. *Diário Oficial da União*, 13 out. 2011, Edição Extra.

BRASIL. Decreto nº 7596, de 1º de novembro de 2011. Promulga o Tratado entre a República Federativa do Brasil e a República do Panamá sobre Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal, assinado na Cidade do Panamá, em 10 de agosto de 2007. *Diário Oficial da União*, 3 nov. 2011.

BRASIL. Decreto nº 1.320, de 30 de novembro de 1994. Promulga o Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Portuguesa, de 07.05.91. *Diário Oficial da União*, 1 dez. 1994.

BRASIL. Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. *Diário Oficial da União*, 27 jun. 1991.

BRASIL. Decreto nº 2.547, de 14 de abril de 1998. Promulga o Tratado sobre Transferência de Presos, celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Canadá, celebrado em Brasília, em 15 de julho de 1992. *Diário Oficial da União*, 15 abr. 1998.

BRASIL. Decreto nº 2.576, de 30 de abril de 1998. Promulga o Tratado sobre Transferência de Presos, celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha, em Brasília, em 7 de novembro de 1996. *Diário Oficial da União*, 30 abr. 1998.

BRASIL. Decreto nº 3.324, de 30 de dezembro de 1999. Promulga o Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa, celebrado em Paris, em 28 de maio de 1996. *Diário Oficial da União*, 31 dez. 1999.

BRASIL. Decreto nº 3.468, de 17 de maio de 2000. Promulga o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais. *Diário Oficial da União*, 18 mai. 2000

BRASIL. Decreto nº 3.810, de 2 de maio de 2011. Promulga o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, celebrado em Brasília, em 14 de outubro de 1997, corrigido em sua versão em português, por troca de Notas, em 15 de fevereiro de 2001. *Diário Oficial da União*, 3 mai. 2011.

BRASIL. Decreto nº 3.875, de 23 de julho de 2001. Promulga o Tratado sobre a Transferência de Presos, entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina, celebrado em Buenos Aires, em 11 de setembro de 1998. *Diário Oficial da União*, 24 jul. 2001.

BRASIL. Decreto nº 3.895, de 23 de agosto de 2011. Promulga o Acordo de Cooperação Judiciária e Assistência Mútua em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Colômbia, celebrado em Cartagena de Índias, em 7 de novembro de 1997. *Diário Oficial da União*, 24 ago. 2011.

BRASIL. Decreto nº 3.988, de 29 de outubro de 2011. Promulga o Acordo de Assistência Jurídica em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Peru, celebrado em Lima, em 21 de julho de 1999. *Diário Oficial da União*, 30 out. 2011.

BRASIL. Decreto nº 4.107, de 28 de janeiro de 2002. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte sobre Transferência de Presos, celebrado em Londres, em 20 de agosto de 1998. *Diário Oficial da União*, 29 jan. 2002.

BRASIL. Decreto nº 4.443, de 28 de outubro de 2002. Promulga o Tratado sobre Transferência de Pessoas Condenadas e de Menores sob Tratamento Especial entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Paraguai, celebrado em Brasília, em 10 de fevereiro de 2000. *Diário Oficial da União*, 29 out. 2002.

BRASIL. Decreto nº 5.721, de 13 de março de 2006. Promulga o Acordo entre a República Federativa do Brasil e a República da Coreia sobre Assistência Judiciária Mútua em Matéria Penal, celebrado em Brasília, em 13 de dezembro de 2002. *Diário Oficial da União*, 14 mar. 2006.

BRASIL. Decreto nº 5.767, de 2 de maio de 2006. Promulga o Tratado entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa sobre a Transferência de Pessoas Condenadas, celebrado em Brasília, em 5 de setembro de 2001. *Diário Oficial da União*, 3 mai. 2006.

BRASIL. Decreto nº 5.931, de 13 de outubro de 2006. Promulga o Tratado sobre Transferência de Presos entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Peru, celebrado em Lima, em 25 de agosto de 2003. *Diário Oficial da União*, 16 out. 2006.

BRASIL. Decreto nº 5.984, de 12 de dezembro de 2006. Promulga o Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e a Ucrânia, celebrado em Kiev, em 16 de janeiro de 2002. *Diário Oficial da União*, 13 dez. 2006.

BRASIL. Decreto nº 6.128, de 20 de junho de 2007. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Bolívia sobre a Transferência de Nacionais Condenados, celebrado em La Paz, em 26 de julho de 1999. *Diário Oficial da União*, 21 jun. 2007.

BRASIL. Decreto nº 6.282, de 3 de dezembro de 2007. Promulga o Tratado entre a República Federativa do Brasil e a República Popular da China sobre Assistência Jurídica Mútua em Matéria Penal, celebrado em Pequim, em 24 de maio de 2004. *Diário Oficial da União*, 4 dez. 2007.

BRASIL. Decreto nº 6.340, de 3 de janeiro de 2008. Promulga a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal e seu Protocolo Facultativo. *Diário Oficial da União*, 04 jan. 2008.

BRASIL. Decreto nº 6.462, de 21 de maio de 2008. Promulga o Acordo de Cooperação Judicial em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República de Cuba, celebrado em Havana, em 24 de setembro de 2002. *Diário Oficial da União*, 23 mai. 2008.

BRASIL. Decreto nº 6.681, de 8 de dezembro de 2008. Promulga o Acordo de Cooperação e Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha, celebrado em Brasília, em 22 de maio de 2006. *Diário Oficial da União*, 9 dez. 2008.

BRASIL. Decreto nº 6.747, de 22 jan. 2009. Promulga o Tratado de Assistência Mútua em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Canadá, celebrado em Brasília, em 27 de janeiro de 1995. *Diário Oficial da União*, 23 jan. 2009.

BRASIL. Decreto nº 6.832, de 29 de abril de 2009. Promulga o Tratado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República do Suriname sobre Assistência

Jurídica Mútua em Matéria Penal, celebrado em Paramaribo, em 16 de fevereiro de 2005. *Diário Oficial da União*, 30 abr. 2009.

BRASIL. Decreto nº 6.974, de 7 de outubro de 2009. Promulga o Tratado de Cooperação Jurídica em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça, celebrado em Berna, em 12 de maio de 2004. *Diário Oficial da União*, 8 out. 2009.

BRASIL. Decreto nº 7.906, de 4 de fevereiro de 2013. Promulga o Tratado de Transferência de Pessoas Condenadas e Execução de Penas Impostas por Julgamentos entre a República Federativa do Brasil e o Reino dos Países Baixos, firmado em Haia, em 23 de janeiro de 2009. *Diário Oficial da União*, 5 fev. 2013.

BRASIL. Decreto nº 8.050, de 11 de julho de 2013. Promulga o Tratado sobre Transferência de Pessoas Condenadas ou Sujeitas a Regimes Especiais, entre a República Federativa do Brasil e a República do Panamá, firmado na Cidade do Panamá, em 10 de agosto de 2007. *Diário Oficial da União*, 12 jul. 2013.

BRASIL. Decreto nº 862, de 9 de julho de 1993. Promulga o Tratado sobre Cooperação Judiciária em Matéria Penal, entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, de 17/10/1989. *Diário Oficial da União*, 12 jul. 1993.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei da Migração. *Diário Oficial da União*, 25 mai. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 7 ago. 1997.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional *Manual de Cooperação Jurídica Internacional: Matéria Penal e Recuperação de Ativos*. 4. ed. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019. Disponível em < <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/arquivos/manual-penal-online-final-2.pdf>>. Acesso em 10 abr. 2020.

BROWN, Penelope. Age of Criminal Responsibility. *Postnote*, n. 577, p. 1-6, jun. 2018.

BRUCE, Andrew A.; BURGESS, Ernest W.; HARNO, Albert J. A Study of the Indeterminate Sentence and Parole in the State of Illinois. In: DIETER, Maurício S. *Política Criminal Atuarial: A Criminologia Do Fim Da História*. 2012. 309 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

BUDÓ, Marília. Ideologia, hegemonia e opinião pública: As contribuições de Gramsci à criminologia crítica. Canoas Rio Grande do Sul: *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, v. 3, n. 1, p. 179-201, mai. 2015.

BUGIATO, Caio; TRINDADE, Thiago. O Estado nas Relações Internacionais. Rio de Janeiro: *Revista Oikos*, v. 16, n. 3, p. 39-52, 2017.

CALAMANDREI, Piero. Il concetto di lite nel pensiero di Francesco Carnelutti. *Rivista di diritto processuale civile*, Pádua, v. 5, n. 1, p. 89-98, 1930.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2002.

CARLI, Carla V. *Lavagem de Dinheiro: Ideologia da criminalização e análise do discurso*. 2006. 602 f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

CARLI, Carla V. *Lavagem de Dinheiro: Ideologia da criminalização e análise do discurso*. Porto Alegre: Imprensa, 2006.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição. *Rev. TST*, Brasília, v. 68, n. 2, p. 67-84, abr./jun. 2020.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTRO, Thales. *Teoria das Relações Internacionais*. Brasília: Editora Ideal, 2013.

CASTRO, Thales. *Teoria das Relações Internacionais*. Brasília: FUNAG, 2012.

CERVINI, Raúl; TAVAREZ, Juarez Estevam Xavier. *Princípios de Cooperação Judicial Penal Internacional no Protocolo do Mercosul*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Istituzione di diritto processuale civile*. Nápoles, Itália: Jovene, 1934. Volume II

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. 3. ed. Nápoles, Itália: Jovene, 1923.

CHRISTIE, Christopher J.; HANNA, Robert M. A Push Down the Road of Good Corporate Citizenship: The Deferred Prosecution Agreement Between the U.S. Attorney for the District of New Jersey and Bristol Myers. *American Criminal Law Review*, v. 43, 2006.

CLEMENTINO, Marco Bruno M. *A Cooperação Jurídica Internacional Em Matéria Penal-Tributária como Instrumento De Repressão À Criminalidade Organizada Transnacional: Globalização e Novos Espaços de Juridicidade*. 2013. 374 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

CORRÊA, Eduardo. *Abertura, inserção e relacionamento da política criminal transnacional na sociedade em rede*. 2015. 466 f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

CORRÊA, Eduardo. *Política Criminal Transnacional na Sociedade em Rede: Regimes de Proibição Global, Margem de Apreciação, Princípio da Norma Mais Favorável*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 30, n. 30, p. 163-198, 1998.

COUTINHO, Jacinto. *O papel do novo juiz no processo penal*. Crítica a Teoria Geral do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Trad. De Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Editora 34, 1992.

DELMAS-MARTY, Mireille. *A imprecisão do direito: Do Código Penal aos Direitos Humanos*. Trad. de Denise Radanovic Vieira. Barueri, São Paulo: Manole, 2005.

DIETER, Maurício S. *Política Criminal Atuarial: A Criminologia Do Fim Da História*. 2012. 309 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

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

DISCURSO de posse em 1981, Frases famosas de presidentes durante a cerimônia de posse. *Veja*, 20 jan. 2009. Disponível em <<https://veja.abril.com.br/mundo/frases-famosas-de-presidentes-durante-a-cerimonia-de-posse>> Acesso em 18 dez. 2020.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado: parte geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DUARTE, André de M. *De Michel Foucault a Giorgio Agamben: A Trajetória Do Conceito de Biopolítica*, 2008. Disponível em: <https://filosoficabiblioteca.files.wordpress.com/2013/10/2-duarte-de-michel-foucault-a-giorgio-agamben-a-trajetc3b3ria-do-conceito-de-bioplc3adtica.pdf>. Acesso em 10 fev. 2021.

DWORKIN, Ronald. *Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTADOS UNIDOS. Arquivos do Congresso – Câmara dos Representantes. *Proceedings and Debates of the 99th Congress, Second Session*. Tuesday, September 9, 1986, in Support of H.R. 5484 – THE OMNIBUS DRUG MEASURE.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. El Delito de Blanqueo de Capitales apud CARLI, Carla V. *Lavagem de Dinheiro: Ideologia da criminalização e análise do discurso*. Porto Alegre: Imprensa, 2006. p. 73.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*. 7. ed. Porto Alegre: Globo, 1979.

FEELEY, Malcolm; SIMON, Jonathan. Actuarial Justice: The emerging new criminal law. In: NELKEN, David (Ed.). *The futures of criminology*. Londres: Sage, 1994. p. 173–201

FEELEY, Malcolm; SIMON, Jonathan. The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications. *Criminology*, v. 30, n. 4, p. 449-474, mar. 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.

FIGUEIREDO DIAS, J. de; COSTA ANDRADE, M. da. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1997.

FINCATO, Denise P.; GILLET, Sérgio A. C. *A Pesquisa Jurídica sem Mistérios: do Projeto de Pesquisa à Banca*. 3. ed. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

FIRST, Harry. Branch Office of the Prosecutor: The New Role of the Corporation in Business Crime Prosecutions. *North Carolina Law Review*, v. 89, p. 23-98, 2010.

FISHER, Douglas; ARAS, Vladimir. A transferência da execução de Sentenças como Alternativa à Extradicação. In: ARAS, Vladimir; SARAIVA, Wellington Cabral; SILVA, Carlos Bruno Ferreira da. (Orgs.). *Temas de Cooperação Internacional*. 2. ed. Brasília: Ministério Público Federal, 2016. p. 177-200. Volume 2

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FOUCAULT, Michel. *História da Sexualidade: A Vontade de Saber*. 13. ed. Rio de Janeiro, 1999. Volume 1

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Trad. e Org. de Roberto Machado. 13. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Trad. e Org. de Roberto Machado. 24. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2008.

FOUCAULT, Michel. *Segurança, território, população*. São Paulo: Martins Fontes, 2008

FRANZINI, Rafael. Cooperação jurídica internacional e estado de direito: uma agenda para a PGR e o UNODC. In: ARAS, Vladimir; SARAIVA, Wellington Cabral; SILVA, Carlos Bruno Ferreira da. (Orgs.). *Temas de Cooperação Internacional*. 2. ed. Brasília: Ministério Público Federal, 2016. p. 105-108. Volume 2

FRAZÃO, Ana. Programas de compliance e critérios de responsabilização de pessoas jurídicas por ilícitos administrativos. In: ROSSETTI, Maristela A.; PITTA, Andre G. *Governança corporativa: avanços e retrocessos*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 23-57

GARLAND, David. As Contradições da “Sociedade Punitiva”: O Caso Britânico. *Revista de Sociologia e Política*, n. 13, p. 59-80, 1999.

GARLAND, David. *The Culture of Control: Crime and Social Order in Contemporary Society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

GIACOMOLLI, Nereu José; DIETRICH, Eduardo Dalla Rosa. Necessidade e limites na cooperação jurídica internacional – ordem pública e especialidade. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan (Coord.). *Cooperação Jurídica Internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. de Raul Firker. São Paulo. Ed: UNESP, 1991.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen, *Risco e Processo Penal: Uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. Salvador: JusPodivm, 2008.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Criminal compliance, lavagem de dinheiro e o processo de relativização do *nemo tenetur se detegere*: Cultura do controle e política criminal atuarial. *Publica Direito*, 1998. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=70fc5f043205720a>. Acesso em 10 fev. 2021.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SCAPINI, Marco Antônio de Abreu. Prerrogativa de resistência: a advocacia que não teme a sua missão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 27, n. 159, p. 69-108, 2019. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=153225. Acesso em: 15 jan. 2021.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SILVA, David L. da. Criminal compliance, controle e lógica atuarial: A relativização do *nemo tenetur se detegere*. *Direito UnB*, v.1, n. 1, p. 147-172, jan. 2014.

GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del Proceso II*. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal. Buenos Aires: EJEA, 1936.

GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do cárcere*. 2. ed. Trad. de Carlos N. Coutinho, Marco Aurélio Nogueira e Luiz Sérgio Henriques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. Volume 1

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. Volume 1

GROSSI, Viviane Ceolin Dallasta Del. *A defesa na cooperação jurídica internacional penal*. 2014. 243 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

GUAZZELLI, Raphael. Sobre a Biopolítica de Giorgio Agamben: Entre Foucault e Arendt. *Griot - Revista de Filosofia*, v. 8, n. 2, p. 175-189, 2013.

HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. de Hector Fix-Fierro. Cidade do México, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *The theory of communicative action: Reason and the rationalization of society*. Boston, Estados Unidos: Beacon Press, 1984. Volume 1

HARARI, Yuval. *Uma breve história da humanidade: Sapiens*. São Paulo: Ed. L&PM POCKET, 2020.

HARCOURT, Bernard E. Against prediction, p. 40 apud DIETER, Maurício S. *Política Criminal Atuarial: A Criminologia Do Fim Da História*. 2012. 309 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

HEGEL, Georg F. Wilhelm. O princípio do mundo moderno em geral é a liberdade da subjetividade. In: HABERMAS, Jürgen. *O Discurso filosófico da Modernidade*. Trad. Ana Maria Bernardo et al. Lisboa: Dom Quixote, 1991.

HEIDEGGER, Martin. *Serenidade*. Trad. Maria Madalena Andrade e Olga Santos. Lisboa: Instituto Piaget, s./d.

HOBBSAWM, Eric. *A era dos extremos: o breve século XX: 1914 – 1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

JENKINS, Keith. *Por qué la historia? ética y posmodernidad*. Cidade do México, México: FCE, 2006.

JORDAN, David C. *Drug Politics: Dirty money and democracies*. Norman, Estados Unidos: University of Oklahoma Press, 1999.

JR KHALED, Salah Hassan. O problema da prevalência do poder na jurisdição penal: rumo ao estabelecimento de uma jurisdição penal como poder-dever e direito fundamental. *R. Fac. Dir. UFG*, v. 34, n. 1, p. 64-87, jan. / jun. 2010.

JUDT, Tony. *Pós-Guerra*. Uma história da Europa desde 1945. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

KAAL, Wulf A.; LACINE, Timothy A. The Effect of Deferred and Non-Prosecution Agreements on Corporate Governance: Evidence from 1993–2013. *Business Law*, v. 70, 2014.

KAAL, Wulf A.; LACINE, TIMOTHY. The effect of deferred and non-prosecution agreements on corporate governance: evidence from 1993-2013. *The Business Lawyer*, vol. 70, novembro de 2014.

KODJA, Claudia. *Crise econômica ao final do século XX – 1970 a 2000: Advento de uma nova organização social e financeira*. 2009. 259 f. Tese (Doutorado em História Econômica) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

KOEHLER, Mike. The Story of the Foreign Corrupt Practices Act. *Ohio State Law Journal*, v. 73, n. 5, p. 929-1013, 2012.

LAMAJ, Jonida. The Evolution of Antitrust Law in USA. *European Scientific Journal*, v. 13, n.4, p. 154-166, fev. 2017.

LANGBEIN, John H. Torture and plea bargain. *The University of Chicago Law Review*, v. 46, n. 1, p. 3-22, 1978.

LANGE, Werner Goldschmidt; ORBANEJA, Emílio Gómez. *La Imparcialidad Como Principio Básico Del Proceso* (La Partialidad Y La Parcialidad). En memoria del 28 de junio de 1940, fecha del fallecimiento de James Goldschmidt en Montevideo. Madri: Instituto Español de Derecho Procesal, 1950.

LESSA, Luiz. Notas sobre a Evolução da Cooperação Internacional em Matéria Penal pelo Ministério Público Federal. In: ARAS, Vladimir; SARAIVA, Wellington Cabral; SILVA, Carlos Bruno Ferreira da. (Orgs.). *Temas de Cooperação Internacional*. 2. ed. Brasília: Ministério Público Federal, 2016. p. 117-124. Volume 2

LOBO, Maria. *Auxílio Direto em matéria civil: novo instrumento de cooperação jurídica internacional brasileiro*. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*: Rio De Janeiro: Lumen Juris, 2008. Volume 1

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JR., Aury; ROSA Alexandre Morais da. Quando a “Cinderela” do processo penal ganha novas roupas? *Conjur*, 28 jul. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-28/limite-penal-quando-cinderela-processo-penal-ganha-novas-roupas>. Acesso em 10 fev. 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Volume 2.

LOPES, João Felipe M.; ARRUDA, Rejane A. O papel dos organismos internacionais na tipificação do crime de terrorismo no Brasil. In: Congresso Internacional de Direitos Humanos: Migração e Direitos Humanos Nas Fronteiras, 2016, Campo Grande. *Anais...* Campo Grande: Universidade Católica Dom Bosco; Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2016.~

LOSURDO, Domenico. *Contra-história do Liberalismo*. Aparecida, SP: Idéias & Letras, 2006.

MACIEL, Anor Butler. A extradição. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 152, ano 51, p. 52-56, mar./abr.1954.

MADRUGA, Antenor. A diferença entre Auxílio Direto e Carta Rogatória. *Conjur*, 13 jul. 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-jul-13/auxilio-direto-carta-rogoratoria-diferenca-nao-rotulo>. Acesso em 14 jan. 2021.

MADRUGA, Antenor; FELDENS, Luciano. Dados eletrônicos e cooperação internacional: limites jurisdicionais. In: ARAS, Vladimir; SARAIVA, Wellington Cabral; SILVA, Carlos Bruno Ferreira da. (Orgs.). *Temas de Cooperação Internacional*. 2. ed. Brasília: Ministério Público Federal, 2016. p. 49–69. Volume 2

MADRUGA. Antenor. A reciprocidade como interação entre Estados. *Conjur*, 5 jul. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-05/cooperacao-internacional-reciprocidade-interacao-entre-estados>. Acesso em: 14 jan. 2021.

MAGLIARELLI, Filipe. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal e as medidas cautelares patrimoniais*. 2014. 187 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

MANDEL, Ernest. *O capitalismo tardio*. São Paulo: Abril Cultural, 1972. Coleção Os Pensadores

MARTINEZ, Augusto Duran (Coord.). *Tratado de asistencia jurídica mutua en asuntos penales: entre el gobierno de la República Oriental del Uruguay y el gobierno de los Estados Unidos de América*. Montevideú: UCU, 1991.

MCGEE JR., Henry W. El procedimiento penal y la revolución sin fin. Direito constitucional comparado México-Estados Unidos. Edição conjunta do Instituto de Investigações Jurídicas da Universidade Autônoma do México e da Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia em Davis, 199. Tomo II

MELIÁ, Cancio. Internacionalização do direito penal e da política criminal: algumas reflexões sobre a luta jurídico-penal contra o terrorismo. *Panoptica – Revista Eletrônica Acadêmica de Direito*, v. 4, n. 3, 2009.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MORO, Sérgio Fernando. Cooperação jurídica internacional em casos criminais: considerações gerais. In: BALTAZAR Jr, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 15-58

NADELMANN, Ethan. Global Prohibition Regimes: The Evolution of Norms in International Society. In: CARLI, 2006.

NASSER, Salem H. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NAYLOR, Robin A. Hot Money and the Politics of Debt apud CARLI, Carla V. *Lavagem de Dinheiro: Ideologia da criminalização e análise do discurso*. Porto Alegre: Imprensa, 2006. p. 75.

OCDE. *Padrões Internacionais de Combate ao branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo e da Proliferação – As Recomendações do GAFI*. Portugal: OCDE/GAFI, 2012. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-Port.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2021.

ONU. Conselho de Segurança. Resolução 1373, de 28 set. 2001. ONU: 2001. Disponível em: https://www.bcv.cv/pt/Supervisao/Mercado%20de%20Capitais/AGMVM/AMLCFT/Documentos/Resolucao_13732001_PT.pdf. Acesso em 24 fev. 2021.

ORLANDI, E. *Recortar ou segmentar? Linguística: Questões e Controvérsias*. Série de Estudos 10. Curso de Letras do Centro de Ciências Humanas e Letras das Faculdades Integradas de Uberaba, p. 11-25, 1984.

PACKER, Herbet L. *The Limits of the Criminal Sanction*. Califórnia, Estados Unidos: Stanford University Press, 1968.

PASTRANA, Ángel T. La Cooperación y la Asistencia Judicial Penal en la Unión Europea. La Orden Europea de Detención y Entrega. *Rev. Ciên. Juri. E Soc. da Unipar*, v. 12, n. 1, p. 59-80, jan./jun. 2009.

PETROBRAS diz que o acordo para encerrar ação coletiva nos EUA foi aprovado. *Folha de S. Paulo*, 2018. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/06/petrobras-diz-que-acordo-para-encerrar-acao-coletiva-nos-eua-foi-aprovado.shtml>>. Acesso em 25 jun. 2018.

PIKETTY, Thomas. *O Capital No Século XXI*. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2013.

REZEK, Francisco. *Direito dos Tratados*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*. 17. ed. Saraiva Jur, 2018.

RUIVO, Marcelo Almeida. *Criminalidade financeira: contribuição à compreensão da gestão fraudulenta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

RUIVO, Marcelo Almeida. Diferenças científicas fundamentais entre criminologia e o direito penal. 2015. Direito Penal e Política Criminal. In: D'AVILA, Fabio Roberto; DOS SANTOS, Daniel Leonhardt. *Direito penal e política criminal – Atas do 6º Congresso Internacional do PPGCrim/ PUCRS*. p. 325-343.

RUIVO, Marcelo Almeida. Os Crimes de Sonegação Fiscal (arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90): bem jurídico, técnica de tutela e elementos subjetivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 160, ano 27, p. 57-84, out. 2019.

SAADI, Ricardo. O crime organizado e a cooperação internacional. In: ARAS, Vladimir; SARAIVA, Wellington Cabral; SILVA, Carlos Bruno Ferreira da. (Orgs.). *Temas de Cooperação Internacional*. 2. ed. Brasília: Ministério Público Federal, 2016. p. 139-144. Volume 2

SANCHEZ, Jesús-María S. *A Expansão do direito penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: GRECO, Luís (Org.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo, Marcial Pons, 2013.

SESÉ, Manuel. *Crimen Internacional y Jurisdicción Penal Nacional de La Justicia Universal a la Jurisdicción penal interestatal*. Cizur, Espanha: Aranzadi, 2019.

SESÉ, Manuel. *Crimen internacional y jurisdicción penal nacional: de la justicia universal a la jurisdicción penal interestatal*. Madri: Ed. Aranzadi, 2019.

SHEARMAN & STERLING LLP. *Digests of Cases and Review Releases Relating to Bribes to Foreign Officials Under the Foreign Corrupt Practices Act of 1977*. Nova York: Danforth Newcomb, 2004.

SILVA, Adriana C.; MORAIS, Ricardo Manoel O. A Redução Moderna Da Política à Economia: Uma Análise Foucaultiana e Arendtiana. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, v. 70, p. 23-49, jan./jun. 2017.

SILVA, Ana Paula Gonzatti da. *O auxílio direto à luz dos princípios da ampla defesa e do contraditório: Da experiência brasileira à inspiração europeia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SILVA, Bruno Boquimpani. Autorregulação e direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 6, n. 21, p. 157-180, jan./mar. 2012.

SILVA, Thales Cassiano. *Trajetórias interpretativas das garantias processuais penais no Brasil e na Suprema Corte Dos Estados Unidos: Tentativa de importação da provaiIlícita de boa-fé segundo o projeto de lei 4.850/2016*. 2017. 92 f. Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

SLAUGHTER, Anne-Marie; BURKE-WHITE, William. The Future of International Law Is Domestic (or, The European Way of Law). In: NIJAMN, Janne E.; NOLKAEMPER, André (Eds.) *New Perspectives on the Divide Between National & International Law*. Oxford University Press, 2007.

SLAUGHTER, Anne-Marie; BURKE-WHITE, William. The Future of International Law Is Domestic (or, The European Way of Law). In: NIJAMN, Janne E.; NOLKAEMPER, André (Eds.) *New Perspectives on the Divide Between National & International Law*. Oxford University Press, 2007.

SOUZA, Carolina Y. *Cooperação Bilateral Brasil – EUA em Matéria Penal: Alcançando o Devido Processo*. 2015. 279 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

STRECK, Lenio. Do pamprincipiologismo à concepção hipossuficiente de princípio. Dilemas da crise do direito. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 49. n. 194, p. 7-21, abr./jun. 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 80.004. Relator Ministro Cunha Peixoto, julgado em 1977.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. New Heaven, Estados Unidos: Yale University Press, 2008.

TIGRE MAIA, Rodolfo. Lavagem de Dinheiro - Anotações às Disposições Criminais da Lei n. 9.613/98 apud CARLI, Carla V. *Lavagem de Dinheiro: Ideologia da criminalização e análise do discurso*. Porto Alegre: Imprensa, 2006. p. 74.

TORT, Patrick. *Spencer et l'évolutionnisme philosophique*. Paris: PUF, 1996.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (2. Turma). Habeas Corpus n. 2010.03.00.030380-2. Relator: Desembargador Federal Cotrim Guimarães, julgado em 15 mar. 2011. Disponível em: <https://trf3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18481115/habeas-corpus-hc-30380-sp-20100300030380-2-trf3>. Acesso em 10 fev. 2021.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Do Princípio do Reconhecimento Mútuo: a “Porta do Sol” do Direito Penal Europeu (?) ou Mero Instituto Securitário de Medidas Avulsas (!) O Caso do Mandado de Detenção Europeu. In: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes; SILVA, Germano Marques (Org.). *Estudos em homenagem ao Juiz Conselheiro António da Costa Neves Ribeiro*. Coimbra, Portugal: Almedina, 2007. p. 113-196

VASCONCELLOS, Helena. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: Uma análise do mutual legal assistance treaty Brasil/Estados Unidos*. 2013. 223 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

VESCOVI, Eduardo. *Cooperación judicial en el Mercosur*. Montevideu: Ed. Universidade, 1993.

VILLACAÑAS, José Luis. *Neoliberalismo como teología política: Habermas, Foucault, Dardot, Laval y la historia del capitalismo contemporáneo*. Barcelona: Ed. Ned Edições, 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. Tomo I

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Função do Direito Penal é limitar o poder punitivo. Entrevistado por Marina Ito. *Conjur*, 5 jul. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-jul-05/entrevista-eugenio-raul-zaffaroni-ministro-argentino#:~:text=%22A%20fun%C3%A7%C3%A3o%20do%20Direito%20Penal,policiais%20%22fantasiados%22%20de%20ju%C3%ADzes>. Acesso em 24 fev. 2021.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de derecho penal, parte general*. 4. ed. Buenos Aires: Ediar, 1985.

ZILLI, Marcos. O acordo de colaboração premiada como negócio jurídico processual: o controle judicial em face dos operadores-legisladores. In: AMBOS, Kai; ZILLI, Marcos; MENDES, Paulo de Sousa (Org.). *Colaboração premiada: perspectiva comparada*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br