

Alexandre Wunderlich

(Coordenador)

Política Criminal Contemporânea

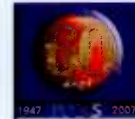
Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal

**Homenagem do Departamento de
Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos
da Faculdade de Direito da PUCRS**

Alexandre Wunderlich	Lúcio Santoro de Constantino
Andrei Zenkner Schmidt	Marcelo Caetano Guazzelli Peruchin
Aury Lopes Júnior	Nereu José Giacomolli
Cezar Roberto Bitencourt	Ney Fayet Júnior
Fábio Roberto D'Avila	Paulo Vinicius Sporleder de Souza
Fabrizio Dreyer de Avila Pozzebon	Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo
Flávio Cruz Prates	Rodrigo Moraes de Oliveira
José Antonio Paganella Boschi	Ruth Maria Chittó Gauer
Lenôra Azevedo de Oliveira	Salo de Carvalho
Luciano Feldens	Tupinambá Pinto de Azevedo



livraria
DO ADVOGADO
editora



Legitimação ativa do cidadão envolvido em atos de cooperação judicial penal internacional

MARCELO CAETANO GUAZZELLI PERUCHIN

Advogado. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor de Direito Penal e Prática Jurídica da PUCRS. Professor da Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul (AJURIS). Investigador Internacional do ICEPS (*International Center of Economic Penal Studies*).

O Direito Penal Liberal¹ e humanitário possui uma relevante missão a desempenhar, a partir do momento em que passa a compor a mesa até então ocupada exclusivamente pelos Estados requerente e requerido, no universo da Cooperação Judicial Penal Internacional. Compartilhamos, também, da idéia clarificadora de que esta deixou de ser uma mera questão entre Estados (partes formais da cooperação) para ser algo que envolve tanto os Estados como os cidadãos concretos potencialmente afetados no cumprimento de tais medidas (partes substanciais). Na reunião do Conselho Consultivo do ICEPS de dezembro de 1998, o Delegado russo Lako Sigol expressou com lúcida clareza que

Seria ilusório proclamar os atributos de resguardo do direito processual interno dos Estados se a proteção dos mesmos direitos não iluminasse as garantias dos cidadãos quando estes se vissem envolvidos em procedimentos de interação processual internacional. Também seria muito mais absurdo exibir as garantias do cidadão concernido na cooperação, se tais garantias resultam ser meramente formais e não se transformam em definitivo num exercício efetivo de ampla defesa".²

¹ É fundamental, quando se utiliza aqui a palavra *liberal*, a referência à esclarecedora observação feita por CANOTILHO: "É historicamente correto afirmar que a idéia do Estado de Direito serviu para acentuar unilateralmente a dimensão burguesa de defesa da esfera jurídico-patrimonial dos cidadãos. Só que, uma coisa é a monodimensionalidade liberal do Estado de Direito e a idéia inaceitável de um 'Estado de Direito em si', e outra, a idéia de um Estado de Direito intimamente ligada aos princípios da democracia e socialidade. Nessa perspectiva, a idéia de Estado de Direito pode transportar um ideário progressista. A mundividência constitucional que hoje se colhe vem a demonstrar isso mesmo: a utilização do princípio do Estado de Direito, não como 'cobertura' de uma forma conservadora de domínio, mas como princípio constitutivo da juridicidade estadual democrática e social (ABENDROTH)". CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1993, p.369.

² SIGOL, Lako. Palestra proferida. Tema II – Garantias do Procedimento Internacional e Macrodelinquência Econômica. Atas de Reunião conjunta do Conselho de Direção e Consultivo do ICEPS (International Center of Economic Penal Studies), doc. m. 68/98. Nova Iorque, 1998, p. 12.

Esse pensamento, com o qual concordamos, supõe, de início, a legitimação ativa da qual nos ocupamos, pois somente o devido reconhecimento poderá viabilizar seu pleno exercício.³

Ocorre que no jogo da entre-ajuda entre os Estados (sendo a matéria criminal) estão envolvidos direitos e interesses daqueles que são objeto das medidas solicitadas, e que, portanto, correm o risco de sofrer danos ou prejuízos, por vezes irreparáveis: os cidadãos. E sendo assim, o Direito Penal, enquanto limite intransponível do poder punitivo do Estado⁴ *lato sensu* não pode estar ausente, e da sua incidência decorrem princípios de Processo Penal também garantistas, próprios do Estado Constitucional e Democrático de Direito.⁵ Neste sentido, assevera Canotilho:

Independentemente das densificações e concretizações que o Princípio do Estado de Direito encontra implícita ou explicitamente no texto constitucional, é possível sintetizar os pressupostos materiais subjacentes a este princípio da seguinte forma: 1) juridicidade; 2) constitucionalidade; 3) *direitos fundamentais*.

Aqui estão, portanto, as três bases fundamentais do Estado de Direito na concepção constitucionalista moderna, de onde resulta notória a importância da pessoa como *ratio essendi* da estrutura constitucional de um ordenamento.⁶

É como se o que deveria ser essência soasse como novidade: no cenário da Cooperação Judicial Penal Internacional deve ser realçada (senão descoberta) a situação e os direitos do cidadão (concernido). E, a partir deste enfoque – do indivíduo para o(s) Estado(s) –, mercê da concepção antropocêntrica sem a qual inexistem o Direito penal Liberal e humanitário e o Processo Penal garantista e equânime que lhe é consectário, é possível construir um conjunto de princípios aplicáveis à Cooperação Penal Internacional, os quais vislumbrem – e efetivamente respeitem – o cidadão como centro do sistema.

Assim, sustentamos não ser juridicamente razoável se cogitar de uma harmonização da legislação penal, especialmente a Cooperação Judicial Penal Internacional, enquanto principal alternativa, sem a percepção de que os *direitos do homem* constituem a *ratio essendi* do Estado Constitucional,⁷ uma vez que

³ No mesmo sentido: ICEPS – Research – Documentos IPC M. 12/98, autoria de LOUIS SEVERIN e RAÚL CERVINI sobre o âmbito da Cooperação Penal Internacional Moderna; Informe 24/98, de SILVIE ROSS. Assim como o resumo elaborado uma vez terminada as Juntas de dezembro de 1998, por SR 98, pela citada SILVIE ROSS.

⁴ E exatamente nessa linha a lição de ZAFFARONI, Eugénio Raul e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal brasileiro. Parte geral. São Paulo: RT, 1997. p. 80: "Ante a constatação de que em toda a sociedade existe o fenômeno dual 'hegemonia-marginalização', e que o sistema penal tende, geralmente, a torná-lo mais agudo, impõe-se buscar uma aplicação de soluções punitivas da maneira mais limitada possível".

⁵ Concordantemente com o expressado, FERRAJOLI, Luigi. Direitos e garantias. A lei do mais débil. Madri: Trotta, 1999. p. 41 e ss., desenvolveu o conceito de que o Estado Democrático de Direito se fundamenta e se projeta empiricamente na realização plena das garantias substanciais e adjetivas, reconhecendo nestas últimas o suporte básico do exercício pleno da qualidade de cidadão.

⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., p. 357.

⁷ Já lecionava GIORGIO DEL VECCHIO: "A constante tutela dos direitos naturais da pessoa é, por conseguinte, o fim imutável do Estado, a missão primária que este é chamado a cumprir, e a qual não se pode subtrair sem

representam um *topos* caracterizador da modernidade e do constitucionalismo. Está, no âmago do constitucionalismo moderno, que "os direitos fundamentais do homem constituem a raiz antropológica essencial da legitimidade da Constituição e do poder político",⁸ e tal referencial tem que nortear, também, as relações internacionais entre os Estados.

Exatamente nessa linha de argumentação manifestamos nossa sincera preocupação quanto ao risco de prejuízo aos direitos fundamentais do homem, no cenário do Direito Comunitário, informado pelos anteriormente vistos princípios da aplicação direta e da primazia. Embora já indiscutível a inaplicabilidade do Direito Comunitário no MERCOSUL (por constituir, este, apenas um organismo intergovernamental), nunca é demais gizar que a prevalência de um ordenamento supranacional sobre a ordem jurídica interna dos Estados, no cenário europeu, sem agregar maior eficiência real, tem o condão de colocar as suas Constituições em um inadmissível segundo plano. A mesma advertência vale para a criticável tentativa de implementação do Tribunal Penal Internacional, realidade que, apesar de causar desconforto por sua fragilidade jurídica, não constitui objeto principal de nosso estudo.⁹ Mesmo assim, não podemos negar que representaria um enorme passo para a perda de parte da soberania dos Estados, entendida como *policy* estrutural de sua sobrevivência, em especial no que alude a matéria penal.¹⁰

Esta construção constitucional das garantias processuais tem encontrado, no Direito anglo-saxão, uma natural expansão no âmbito da proteção dos direitos humanos no campo da cooperação penal internacional de segundo e terceiro graus. Igualmente, sob a perspectiva continental européia, autores como o catedrático de Urbino Eduardo Roza Acuña e o professor de Nápoles Andrea Castaldo, manifestaram, com veemência, a concordância com o risco grave de lesão à soberania.¹¹

Em nossa língua, Canotilho muito bem ressalta a importância da Constituição:

Os homens são capazes de construir um projeto racional, condensando as idéias básicas desse projeto num pacto fundador – a Constituição.¹² Em termos mais filosóficos, dir-se-ia que a idéia de

se privar do título que justifica a sua existência. Em suma, o Estado racionalmente concebido é o ponto ideal de convergência dos direitos individuais, que lhe são logicamente anteriores, mesmo quando deles esperam o positivo reconhecimento e a positiva confirmação". DEL VECCHIO, Giorgio. *Teoria do estado*. Tradução de: Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Saraiva, 1957, p.100.

⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., p. 19.

⁹ Justamente por não integrar o objeto deste estudo, deixamos de examinar o Estatuto de Roma, o qual fundou o Tribunal Penal Internacional Permanente, no corpo deste artigo.

¹⁰ Conferir sentença GOMES vs. TERRITORIAL INCK. Corte Suprema do Estado da Flórida, 1998, apud BLOVITCH, Leon, *Codex of Criminal Law and Procedure*. New York: Adams Editor, 1998, p.57.

¹¹ Palestras proferidas no Seminário de AMALFI, abril/maio de 1999.

¹² Mesmo para os constitucionalistas que denominam o Direito Constitucional atual como pós-moderno (TEUBNER, e.g.), enquanto pós-intervencionista, processualizado, dessubstantivado, neocorporativo, medial, etc.), continuam a reconhecer a Constituição como "texto" de garantias individuais e de direitos fundamentais do homem, aduzindo que além dessa função básica de sua existência, também é um estatuto reflexivo, capaz de sugerir progressos político-sociais, a coexistência de variados jogos políticos e até a possibilidade concreta da construção de rupturas. CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., p.14.

Constituição é indissociável da idéia de subjetividade projetante, ou se se preferir, da idéia de razão iluminante e/ou iluminista. (...) Através de um documento escrito concebido como produto da razão que organiza o mundo, iluminando-o e iluminando-se a si mesma, pretendia-se também converter a lei escrita (= lei constitucional) em instrumento jurídico de constituição da sociedade.¹³

Nesse pacto fundador do Estado Democrático de Direito que denominamos de Constituição estão insertos os direitos fundamentais do homem e expressas as suas garantias, dentre várias outras diretrizes que norteiam a atuação do Estado, e que, por consequência, a legitima.¹⁴

Luigi Ferrajoli, estabelecendo a distinção entre governo *sub lege* e governo *per lege*, assevera que, no campo do Direito Penal, a expressão “Estado de Direito” designa ambas as coisas: o poder judicial de descobrir e castigar os delitos é em efeito *sub lege*, porquanto o poder legislativo de defini-los se exercita *per leges*; e o poder legislativo atua *per leges*, enquanto, por seu turno, está *sub lege*, quer dizer, está prescrita por lei constitucional a reserva de lei genérica e abstrata em matéria penal. O poder *sub lege* pode ser entendido de duas formas: no sentido lato ou formal, posto que qualquer poder deve ser conferido pela lei e exercido na forma e nos procedimentos por ela estabelecidos; e no sentido estrito ou substancial, significando que qualquer poder deve ser limitado pela lei, que condiciona não só suas formas, mas também seu conteúdo. Ferrajoli aduz que a expressão “Estado de Direito”, concebida como legalidade em sentido estrito ou substancial, é utilizada em sua obra *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal* – como sinônimo de *garantismo*, denotando não simplesmente um estado legal ou regulado pela lei, senão um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições e caracterizado:

(...) a) no plano formal, pelo princípio da legalidade, em virtude do qual todo poder público – legislativo, judicial ou administrativo – está subordinado a leis genéricas e abstratas, que disciplinam suas formas de exercício e cuja observância se faça submetida a controle de legitimidade por parte de juizes separados do mesmo e independentes (o Tribunal Constitucional para as leis, os juizes ordinários para as sentenças, os Tribunais administrativos para as decisões desse caráter); b) no plano substancial, pela orientação de *todos os poderes do Estado a serviço das garantias dos direitos fundamentais dos cidadãos, mediante a incorporação limitativa em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, quer*

¹³ Ministra o constitucionalista MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. V.4. Coimbra: Coimbra, 1988, p.1 66: “A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado”. Na mesma linha é a lição de CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. cit.*, p.13. Ainda neste diapasão, aduz LUÑO, Antonio Enrique Perez, apud PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.53: “Os valores constitucionais compõem, portanto, o contexto axiológico fundamentador ou básico para a interpretação de todo o ordenamento jurídico; o postulado-guia para orientar a hermenêutica teleológica e evolutiva da Constituição; e o critério para medir a legitimidade das diversas manifestações do sistema da legalidade”. Com base nisso, conclui FLAVIA PIOVESAN: “Neste sentido, o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional”.

¹⁴ O mesmo CANOTILHO, J.J. Gomes. *Op. cit.*, p.43, leciona: “O Estado concebe-se hoje como constitucional democrático, porque ele é conformado por uma lei fundamental escrita (= constituição juridicamente constitutiva das ‘estruturas básicas da justiça’) e pressupõe um modelo de legitimação tendencialmente reconduzível a legitimação democrática”.

dizer, das proibições de lesar os direitos de liberdade e das obrigações de dar satisfação aos direitos sociais, assim como os correlatos poderes dos cidadãos de acionarem a tutela judicial.¹⁵ (grifo nosso)

Essa limitação da intervenção estatal no universo dos direitos do cidadão ganha maior relevância ainda quando se fala em Direito Penal, como bem observa Ferrajoli:

No Direito Penal, onde o direito fundamental que está em jogo é a imunidade do cidadão frente a proibições e castigos arbitrários, estes conteúdos substanciais se concretizaram na taxatividade das hipóteses de delito, que comporta de um lado na referência empírica aos três elementos constitutivos que encontram expressão nas garantias penais, e, de outro, sua verificabilidade e refutabilidade nas formas expressadas pelas garantias processuais.¹⁶

Em paradigmático trecho de sua obra, o mesmo autor recorda que o Estado moderno nasceu historicamente, enquanto Estado de Direito, antes como monarquia constitucional do que como Estado Democrático (democracia representativa). Porém, nasceu exatamente como

(...) Estado de Direito limitado por proibições (ou deveres negativos de não-fazer), mas não vinculado por obrigações (ou deveres positivos de fazer). O núcleo essencial das primeiras Cartas fundamentais – desde a antiga Magna Carta inglesa às declarações de direitos do século XVIII e até os Estatutos e as Constituições do século XIX –, está formado por regras sobre o limite do poder e não sobre suas fontes ou sobre suas formas de exercício.¹⁷

Continua, realçando, que a primeira regra de todo pacto constitucional sobre a convivência civil é aquela segundo a qual nenhuma maioria pode decidir a supressão (ou não decidir a proteção) de uma minoria ou de um só cidadão, o que, projetado para o Estado de Direito, entendido como *sistema de limites substanciais impostos legalmente aos poderes públicos em garantia dos direitos fundamentais*, se contrapõe ao Estado absoluto, seja autocrático ou democrático.¹⁸

Pensamos que, também sob este viés, tanto no plano interno dos Estados, quanto no cenário internacional, a supressão de direitos e garantias individuais é inadmissível, vez que deslegitimada, exatamente como ocorreu no Protocolo de San Luiz,¹⁹ com a vedação expressa do direito ao contraditório e à ampla defesa quanto aos atos de cooperação que envolvam o cidadão *concernido*, como adiante demonstraremos.

O reconhecimento da legitimidade ativa do cidadão envolvido em medidas de Cooperação Judicial Penal Internacional é corolário lógico e inevitável do

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón: teoría del garantismo penal. Tradução de: Perfecto Andrés Ibáñez. Afonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocio Cantanero Bandrés. Madrid: Trotta, 1997, p. 856-857.

¹⁶ Idem, p. 857.

¹⁷ Idem, p. 859.

¹⁸ Id. Ibid.

¹⁹ A Cooperação Judicial Penal no âmbito do Mercosul é atualmente regulada pelo denominado Protocolo de San Luiz. Este se constituiu em um Acordo assinado em 25 de junho de 1996, na cidade argentina de San Luiz, pelos países originalmente fundadores: Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai. A despeito de ter sido firmado em 1996, o Protocolo de San Luiz passou a vigorar em nosso país a partir da promulgação do Decreto nº 3.468, de 17 de maio de 2000.

Estado de Direito, principalmente no de matiz democrática. A grande inovação institucional da qual este nasceu foi a positivação e constitucionalização destes direitos, ao que Luigi Ferrajoli denomina de “incorporação limitativa” ao ordenamento jurídico dos deveres correspondentes impostos ao exercício dos poderes públicos. É justamente com a contemplação constitucional de tais deveres que os direitos naturais passam a ser direitos positivos invioláveis, alterando a estrutura do Estado, de absoluto para limitado e condicionado.²⁰

E neste rol está inserto o direito ao contraditório e à ampla defesa em toda e qualquer intervenção estatal nos direitos dos cidadãos. Tais direitos fundamentais e suas garantias constituem “vínculos funcionais”²¹ que condicionam a validade jurídica de toda a atividade do Estado”.²²

Ministra Luigi Ferrajoli, e em tal sentido também plenamente consonante com a lição de Sergio Moccia,²³ que as garantias penais e processuais não podem ser mais que um sistema de proibições inderrogáveis:

Proibições de castigar, de privar de liberdade, de registrar, de censurar ou de sancionar de alguma outra forma, se não concorrerem as condições estabelecidas pela lei em garantia do cidadão frente ao abuso de poder. Em um Estado de Direito, os direitos precisam ser tutelados, ainda quando seus pressupostos legais sejam vagos e incertos, sendo que o progresso da democracia de um povo se mede pela expansão dos direitos e de sua justiciabilidade.²⁴

Com isso, pode-se concluir que a função garantista do Direito (em especial do Direito Penal) consiste na limitação dos poderes e na correspondente ampliação das liberdades dos cidadãos ou, nas palavras de Sergio Moccia: “potencialidade da civilidade”.

Assinala Francesco Palazzo que as modernas Constituições liberal-democráticas reforçam os chamados limites constitucionais garantidores, tanto do ponto de vista formal, quanto substancial, da utilização da sanção penal, razão pela

²⁰ Idem, p.859-860.

²¹ Esclarecemos que a expressão funcional, tanto na obra de FERRAJOLI, como na de CERVINI e na de PAULO MOUSO nada tem a ver com o funcionalismo de JACOBS, a qual se explicita no campo dogmático. Vincula-se ao imprescindível equilíbrio jurídico-instrumental entre níveis de assistência e garantias que deve presidir a moderna Cooperação Judicial Penal Internacional, para que possa efetivamente cumprir-se. Refere CERVINI que “esta funcionalidade se percebe em face de uma necessária continuidade jurídica que viabilize um fluido trânsito jurisdicional entre os Estados Partes formais – sem desconhecer os direitos das pessoas concernidas – que junto a esses mesmos Estados constituem partes substanciais. No frágil equilíbrio dinâmico entre eficiência da prestação assistencial e garantias dos concernidos, se encontra precisamente a funcionalidade legitimante da moderna cooperação internacional, a qual deve ser concebida frente a um Direito de raiz antropocêntrica e garantidor dos direitos humanos. Isso é assim, porque na Cooperação Judicial Penal Internacional está superada a época na qual se associava seu funcionamento com o poder dos Estados, com a igualmente difusa cortesia internacional e, inclusive, mais modernamente, com a concepção meramente instrumental do respeito e continuidade do processo. Hoje em dia, estas últimas fundamentações vinculadas ao trato entre Estados soberanos devem estar acompanhadas pelo reconhecimento imperioso dos direitos do concernido (sujeito afeto ou atingido pelas medidas de cooperação). Com isso, estará observada a função legitimante do Direito Penal, tal como deve ser inexoravelmente concebido a partir do pensamento garantista”. CERVINI, Raúl, TAVARES, Juarez. *Princípios da cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*. São Paulo: RT, 2000, p. 73 e s.

²² FERRAJOLI, Luigi, Op. cit., p. 905.

²³ MOCCIA, Sergio. *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*. Padova: Cedam, 1998.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 918.

qual consignam expressamente a *intangibilidade da dignidade humana*. De igual forma, sustenta este mesmo jurista, que as modernas Constituições contribuem fortemente para que se esclareça o fundamento e a finalidade do *jus puniendi*, diante da possibilidade de

(...) reconduzir a ordem dos bens penalmente tutelados àquele vasto consenso democrático que serve de fundamento para a ordem dos valores constitucionais, quer quando possibilite a valorização constitucional do direito penal, não somente como limite à liberdade, mas, também, como instrumento de liberdade individual contra agressões provenientes do Estado ou de particulares.²⁵

Justamente em face disso, inúmeros conceitos político-criminais, muitas vezes informados por caracteres marcantes de institutos jurídico-penais, constam expressamente no corpo da Constituição.²⁶

Ademais, é na própria Constituição que está assentada a base antropológica estruturante do Estado Democrático de Direito em que se constitui a República Federativa do Brasil (art. 1º da Carta Magna de 1988). No mesmo art. 1º, III, consta expressamente que um dos fundamentos deste Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana, sendo que, no art. 5º, estão consagrados os direitos e as garantias fundamentais²⁷ do cidadão.

Considerando que toda Carta Magna deve ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia certos valores, pode-se reconhecer que a Constituição brasileira de 1988 elegeu a dignidade da pessoa humana como um valor essencial que lhe dá unidade de sentido, informando a ordem constitucional, imprimindo-lhe uma feição própria ao conferir um suporte axiológico nitidamente garantista ao sistema jurídico brasileiro.²⁸

Observa, ainda, Flavia Piovesan que

(...) no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 institui o princípio da aplicabilidade direta dessas normas, nos termos do art. 5º, parágrafo 1º. Este princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a estes direitos. Vale dizer, cabe aos poderes públicos conferirem eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental.²⁹

²⁵ PALAZZO, Francesco. Valores constitucionais e de Direito Penal. Tradução de: Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1989. p. 17-18

²⁶ Idem, p. 18.

²⁷ Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa destes poderes públicos, proibindo fundamentalmente a ingerência destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa), consoante leciona CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., p.541.

²⁸ PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p.54. Para ratificar este entendimento, basta constatar que a Constituição de 1988 consagra os princípios e direitos fundamentais nos primeiros títulos, para depois tratar da organização do Estado, enquanto que a Constituição de 1967, e.g., tratava primeiramente da organização nacional (título I) para, num segundo momento, estabelecer os direitos (título II – art. 145 a 154).

²⁹ Idem, p. 58.

Continua a autora asseverando que a prevalência dos direitos humanos expressamente erigida como princípio da República Federativa do Brasil (art. 4º. II, da Constituição de 1988) não se circunscreve aos limites do território brasileiro, mas passa a reger o país em suas relações internacionais.³⁰

Em consonância com o exposto, a garantia do acesso aos Tribunais também representa uma concretização do princípio estruturante do Estado de Direito, além de ser uma consequência natural do sistema jurisdicional de solução dos conflitos. Em termos sintéticos, significa o direito à proteção jurídica por meio dos Tribunais. Essa proteção eficaz engloba a exigência de apreciação pelo Poder Judiciário da matéria de fato e de direito, objeto do litígio ou da pretensão do cidadão, bem como a respectiva resposta plasmada na decisão judicial vinculativa. No caso brasileiro, tal garantia vem expressa no art. 5º, XXXV, da atual Constituição.³¹

A Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime democrático no Brasil, consubstanciando-se num marcante avanço na materialização legislativa e consolidação sistêmica das garantias e dos direitos fundamentais do cidadão. A partir dela os direitos humanos ganharam extraordinário relevo, uma vez que foi o documento mais contundente, neste sentido, promulgado no Brasil,³² traduzindo-se num verdadeiro marco no processo de democratização nacional.³³

Verdadeiramente, as Constituições promulgadas nos últimos decênios caracterizam-se pela presença, no elenco de suas normas, de instâncias de garantias de prerrogativas individuais e, concomitantemente, de instâncias que traduzem imperativos de tutela de bens individuais e coletivos. Ou seja, os princípios do *Rechtsstaats* (Estado de Direito) e, ao mesmo tempo, do *Sozialstaats* (Estado Social). Os primeiros configuram-se em preceitos asseguradores dos direitos humanos e da cidadania, enquanto os segundos se fazem presentes na tutela dos valores sociais.³⁴

Assevera o saudoso e paradigmático defensor do garantismo Luiz Luisi que o *Rechtsstaats*, produto das idéias iluministas dos séculos XVII e XVIII, estruturou-se normativamente a partir da vigência das Constituições americanas do segundo quartel do século XVIII e da Constituição francesa de 1791, sendo a sua tônica

³⁰ Idem, p. 62.

³¹ Art. 5, XXXV, CF/88: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

³² PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 50.

³³ Sobre o processo de democratização, vale citar a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA: "A luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado de Direito Democrático começou assim que se instalou o golpe de 1964 e especialmente após o AI 5, que foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil. Tomara, porém, as ruas, a partir da eleição de governadores, em 1982. Intensificara-se, quando, no início de 1984, as multidões acorreram entusiasmadas e ordeiras aos comícios em prol da eleição direta do Presidente da República, interpretando o sentimento da Nação, em busca do reequilíbrio da vida nacional, que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional que refizesse o pacto político social". SILVA, José Afonso da. Curso de Direito constitucional positivo. 6.ed. São Paulo: RT, 1990, p.78-79.

³⁴ LUISI, Luiz. Os princípios constitucionais penais. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 9

(...) a afirmação dos direitos do homem e do cidadão e a limitação do papel do Estado a garantir a efetivação e eficácia dos mencionados direitos, principalmente no que concerne à inviolabilidade da liberdade individual e da propriedade.³⁵

No entanto, adverte o mesmo penalista,

A liberdade no campo da economia, o direito da propriedade "le plus absolue" geraram uma sociedade profundamente injusta, com evidentes e chocantes desigualdades.³⁶

Essa realidade inquestionável explica a existência do *Sozialstaats*, o qual preconiza a presença do Estado para garantir a todos os cidadãos o atendimento das necessidades básicas, superando as distorções desigualitárias geradas e fortemente acentuadas pelo Estado liberal.

Trazendo a análise para a seara penal, observa-se que as Constituições que são expressão do *Rechtsstaats* contêm normas que se traduzem em postulados de defesa dos direitos e garantias fundamentais, servindo como diretrizes da limitação a intervenção (penal) do Estado.³⁷

No mesmo sentido, apregoa Juarez Tavares que a dogmática penal possui extrema relevância enquanto instrumento de proteção da pessoa humana e que esta

Não pode ficar à mercê de sentimentos políticos ou de posicionamentos jurídicos que os satisfaçam, mas deve ter a segurança necessária para se orientar de acordo com os seus planos de vida.³⁸

Se a pessoa humana representa a *raiz antropológica* do Estado Democrático de Direito, e, portanto, do ordenamento jurídico-penal que encontra as suas dire-

³⁵ Idem, p. 9.

³⁶ Idem ibidem.

³⁷ A concepção de um Direito Penal como limite da intervenção do Estado na esfera dos direitos dos cidadãos, muitas vezes, é desvirtuada, e dela se afastam as legislações em nível mundial, inclusive a brasileira. Isso se deve ao fato de que é visível no quadro da política criminal, tanto no plano interno, quanto externo, duas posturas bem nítidas: o aumento da intervenção estatal, incentivada pelos movimentos de lei e de ordem e motivado pela política de tolerância zero, de um lado, e propostas de abolicionismo e de um direito penal mínimo, de outro (CERVINI, Raúl e TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 173 e seg., em capítulo intitulado "Os limites dogmáticos da cooperação penal internacional", autoria de JUAREZ TAVARES). Para os que advogam a primeira corrente de pensamento, é como se o Direito Penal fosse capaz de, por meio de penas elevadas, erradicar a onda de criminalidade crescente em nível mundial, especialmente a criminalidade de rua (visível, portanto), o que não passa de mais uma das ilusões de um discurso simbólico e adrede construído para o exercício irresponsável e obstinado do poder por parte daqueles que o detêm, e que acabam por instrumentalizar os agentes estatais que exercem a repressão penal, para a satisfação de seus interesses. As estatísticas demonstram que a elevação das penas não tem o condão de reduzir o índice de criminalidade, o que só é possível com o incremento de medidas políticas, sociais, econômicas, culturais sérias de erradicação da pobreza, de diminuição das desigualdades sociais, do aumento de empregos, do aprimoramento do sistema de saúde, do aparelhamento adequado dos órgãos encarregados da persecução penal, etc., que terão por corolário, ai sim, a redução da criminalidade. Por uma simples questão de lógica, caso tivéssemos um Estado Social consolidado não precisaríamos cogitar de um Direito Penal Repressivista ou Funcionalista Ativo concebido para a erradicação de uma criminalidade que não seria elevada como a atual, o que bem aumenta a responsabilidade dos penalistas no sentido da construção cotidiana de um Direito Penal Mínimo (ou necessário) enquanto ainda não se tem um Estado Social fortalecido. Talvez venhamos a assistir ao epílogo dessa batalha, pois quando viermos a alcançar esse estágio os adversários do Direito Penal Necessário já não exercerão mais a função simbólica que hoje desempenham, fadados que estarão ao merecido esquecimento no lixo da História.

³⁸ Idem.

trizes fundamentais na Constituição, essa relevância estampada na essência e na razão de ser de suas existências não pode restar relegada a um segundo plano na órbita internacional, como se tem observado em alguns acordos internacionais firmados pelo Brasil, como logo adiante examinaremos.

Portanto, o que aqui se está a advogar é o reconhecimento do homem e de seus direitos e garantias fundamentais também em sede de Cooperação Judicial Penal Internacional. Compartilhamos, *in totum*, da lição de Juarez Tavares, quando diz que

Qualquer tendência que se assumia neste setor da persecução penal se reflete também no âmbito da Cooperação Penal Internacional, cujos princípios consolidam a aplicação do direito interno em face do fenômeno da criminalidade, que continua sendo um fato incontestável e representativo de certo sentimento de preocupação, mas que somente pode ser combatida através de respostas legais e subordinadas aos preceitos rígidos e absolutos de garantia.³⁹

E acrescenta, com inteira razão, o mesmo penalista e professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro:

Na medida em que a legislação interna visa a combater a criminalidade mediante o emprego de normas subordinadas a procedimentos democráticos de realização jurídica, onde se busca equacionar a defesa da liberdade individual, por um lado, e os interesses punitivos, de outro lado, os princípios da cooperação penal internacional devem igualmente estarem subordinados a determinados limites dogmáticos.⁴⁰ Se ao Estado se reconhece um poder direto de intervenção sobre a liberdade individual, não pode haver nesse setor qualquer tergiversação. É imperioso, como conseqüência de uma ordem internacional igualmente democrática e garantista da pessoa humana, como proclamam todos os pactos de proteção dos direitos fundamentais, que se estabeleçam, bem ou mal, suficiente ou insuficientemente, princípios delimitativos dessa atividade repressiva.⁴¹

Essa concepção de matiz garantista tem o alcance de não só reconhecer legitimação ativa ao cidadão envolvido numa medida de assistência jurídica mútua entre países, senão que implica a garantia da utilização de todos os meios licitamente admitidos para o exercício pleno de sua defesa.

Denuncia Raúl Cervini que existe uma concepção clássica da entre-ajuda judicial penal, originada no âmbito dos jusprivatistas, a qual reivindica a exclusividade dos Estados como sujeitos dessas instâncias, desconhecendo o valor das

³⁹ Idem. p. 173 e s.

⁴⁰ A expressão dogmática é utilizada por JUAREZ TAVARES, como ele mesmo explicitou, como "exigência de garantia de uma ordem democrática, voltada à salvaguarda do próprio indivíduo, como figura central da ordem jurídica", e não enquanto conjunto pré-configurado de princípios ou dogmas instituídos por determinada orientação jurídica (Op. cit., p. 173-176).

⁴¹ TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 175. Este autor elenca uma série de princípios, os quais denomina de *dogmáticos*, que seriam "reitores da atividade interventora do Estado", implicando, pois, numa "submissão do poder público às garantias concretas de respeito à pessoa humana, como sujeito de direitos". Especificamente, tais *princípios dogmáticos* não constituem objeto de análise deste artigo, mas cabe a referência aos mesmos, inclusive em reverência ao compromisso garantista do autor. JUAREZ TAVARES classifica os *princípios dogmáticos* aplicados à Cooperação Judicial Penal Internacional em dois grandes grupos: a) princípios de limitação material; b) princípios de limitação formal. No primeiro grupo estariam os princípios da *proteção da dignidade da pessoa humana, da observância do bem jurídico, da necessidade da pena, da intervenção mínima, da proporcionalidade e os preceitos delimitativos decorrentes dos direitos humanos*. No segundo grupo estaria o *princípio da legalidade* e seus corolários (Op. cit., p. 173 e s.).

partes substanciais da cooperação: tanto estes mesmos Estados, quanto seus cidadãos. Graças ao aporte da moderna doutrina italiana, entre outras, hoje se reconhece o fato de que, por suas características, grande parte dos casos de assistência judicial penal internacional atinge, direta ou indiretamente, a situação daquelas pessoas concretas alcançadas pelas medidas de cooperação, provocando, inúmeras vezes, danos irreversíveis na esfera de sua liberdade ou em seu patrimônio.

No meio do relacionamento entre os Estados, aparece, com evidência, a presença de um terceiro sujeito que interpõe seus direitos e garantias no jogo da ajuda recíproca entre Estados. A este elemento chamamos, valendo-nos de Raúl Cervini,⁴² de *concernido*, pessoa para quem a questão processual objeto da cooperação não é somente “*assunto ou razão de Estado*”, e em cuja solução careça, por completo, do direito de intervir e obter pronunciamentos jurisdicionais. Senão, ao revés, uma matéria que lhe concerne diretamente, na medida em que se atinjam seus direitos e na qual se deve reconhecer legitimação para aspirar sua tutela.

A partir desta concepção, as garantias de que é titular a pessoa afetada pela medida de cooperação judicial penal internacional esclarecem-se à consciência jurídica num plano de absoluta paridade com o Estatuto que rege a ajuda interestatal e, isto, sem nenhum prejuízo jurídico à eficiência material da medida.

Chegados a este ponto, cabe examinar quais os fundamentos embaixadores da legitimação ativa do *concernido* em sede de Cooperação Judicial Penal internacional.

Antes de tudo, é preciso sublinhar que a sua legitimação ativa para intervir nos atos processuais de entre-ajuda está determinada, intrinsecamente, pela própria possibilidade de sofrer prejuízos resultantes da execução das medidas assistenciais.

Essa possibilidade é certamente evidente quanto às medidas assistenciais de terceiro nível (extradição) e a regulamentação, tanto do direito interno como do internacional, que os Estados realizam, acordando acerca da necessidade de presença e participação ativa do sujeito concernido, é a maior prova disto. Porém, também é evidente a possibilidade de prejuízo dentro do elenco de medidas de segundo nível, ou seja, aquelas suscetíveis de causar gravame irreparável às pessoas, sob o enfoque patrimonial e, inclusive, em muitos casos, frente até mesmo a medidas de primeiro nível, com a falsa aparência de simples assistência processual.

Em concreto e, à via de exemplo, tratando-se de inspeções, registros, interceptação de correspondências, seqüestros, levantamento de segredo bancário, típicas medidas de segundo grau, o sujeito atingido por elas encontra-se, na prática, preocupantemente desprotegido, pois não só desconhece, em geral, que constitui objeto de um pedido de cooperação, como, caso venha a tomar ciência dela e queira se contrapor, o Poder Judiciário brasileiro poderá impedir o exercício de defesa (pelo fato que o Protocolo de San Luiz, no âmbito do Mercosul, não lhe re-

⁴² CERVINI, Raúl. Op. cit., p. 36.

conhece legitimidade ativa). Este entendimento, bastante difundido (inclusive na Europa) agrega à assistência jurídica em matéria penal uma inominável violência institucional contra o cidadão, inspirada por um matiz notoriamente repressivo e antidemocrático.⁴³

No que diz respeito à praxe nos Tribunais, em nível internacional, elucida Raúl Cervini:

Os Tribunais, em geral, vêem a Cooperação Judicial Penal Internacional como mera questão entre Estados, vendo-se como algo desprezível os direitos dos sujeitos concernidos, que se entendem suficientemente custodiados pelos *big brothers* da cooperação (os Estados), pelo qual não há razão para outorgar-lhe oportunidade de defesa e amparo. Como consequência desta prática, as solicitações de cooperação internacional que solicitam medidas de segundo nível são expedidas, tramitam e são devolvidas, sem notícia nem participação do envolvido, que só tomará ciência tardiamente de que determinados direitos que a Constituição e a lei lhe asseguram, foram irrevogavelmente violados, porque já não há possibilidade de deixar sem efeito o ato jurisdicional que ordena a medida, aceitadamente qualificada como de cooperação internacional. O titular do direito ou garantia, perde, dentro do jogo puramente epistolar, de pura correspondência entre Estado requerente e requerido, toda possibilidade de prevenir eventual gravame a seu direito: quando a rogatória se devolve, já pode estar o gravame irreparável ocasionado.⁴⁴

Por essa razão é lícita a afirmação de que a Cooperação Judicial Penal Internacional deva ser realizada com a observância das garantias e dos direitos fundamentais do cidadão *concernido*, pois todas as vezes em que este não tomar conhecimento formal da solicitação de cooperação que lhe tem por objeto, resta inviabilizada a função preventiva do ordenamento jurídico, com especial relevância na matéria criminal. Nesta assustadora realidade, como ilustrativamente leciona Cervini:

É como quando o juiz requerido devolvesse a rogatória, os direitos dos jurisdicionados fossem envolvidos dentro do segredo epistolar dos Estados.⁴⁵

Desse modo, esperamos ter lançado alguns argumentos fomentadores do debate acerca da temática proposta no presente artigo, a qual, por certo, impõe a continuidade do estudo e da pesquisa, a serem abordados mais profundamente em textos futuros. Com efeito, cabe-nos enaltecer a relevância deste debate, pois das teses geradas e desenvolvidas na Academia, dependerão a salvaguarda dos direitos e das garantias dos cidadãos residentes no Mercosul, a partir das posturas (garantistas ou não) dos juízes criminais dos países que lhe integram.

Não resta nenhuma dúvida de que a sensibilização positiva da magistratura acerca da importância do exercício de seu papel limitador do exercício do *jus puniendi* estatal passa – grandemente – pelo processo de construção de uma conscientização responsável, a qual encontra inafastável berço nos bancos universitários.

⁴³ CERVINI, Raúl. Op. cit., p. 73-75.

⁴⁴ Id., p. 76-78.

⁴⁵ Id. ibid.