

A EXIGÊNCIA DE DUPLA INCRIMINAÇÃO COMO GARANTIA DE LEGALIDADE NOS PROCEDIMENTOS DE COOPERAÇÃO PENAL INTERJURISDICIONAL

Joyce Serra Rodrigues Costa

Graduada pela Universidade Federal da Bahia

Resumo: O presente trabalho discorre sobre a exigência de dupla tipicidade nos procedimentos de cooperação penal interjurisdicional no Brasil. Entende-se que o direito penal internacional, especialmente em razão da teleologia de promoção dos direitos humanos do direito internacional, se orienta pela proteção dos direitos e garantias do indivíduos no processo penal. No âmbito restrito da cooperação penal internacional, fenômeno crescente diante da impotência estatal para a solução dos problemas relativos à criminalidade transnacional, uma das garantias mais importantes é a dupla tipicidade, também conhecida como dupla incriminação. Neste trabalho, a função da dupla incriminação no contexto da assistência interjurisdicional é investigado, relacionando-se de maneira visceral ao princípio da legalidade.

Palavras-chave: Dupla tipicidade. Dupla incriminação. Cooperação penal internacional. Garantias. Princípio da legalidade.

Abstract: The present work approaches the double criminality rule on interjurisdictional cooperation in criminal matters in Brasil. It states that international criminal law, specially due to its human rights protection purpose, is guided by the protection of fundamental rights and warranties in the criminal procedure. In the interjurisdictional cooperation in criminal matters context, a growing phenomenon facing the state's impotence to solve problems related to transnacional criminality, one of the most important guarantees is the double criminality, also known as double incrimination. In this essay, double criminality role in international assistance in criminal matters is investigated, relating its importance to the connection with the principle of legality.

Key-words: Double criminality. Double incrimination. International cooperation in criminal matters. Guarantees. Principle of legality.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por alvitre uma análise da dupla incriminação no bojo dos procedimentos de cooperação penal interjurisdicional, de modo a reconhecer o referido instituto como consecutivo lógico do princípio da legalidade.

De início expõe-se brevemente generalidades da cooperação penal interjurisdicional, conceituando-a e identificando a manifestação da dupla incriminação em seu panorama. Posteriormente, perscruta-se o instituto da dupla incriminação, de modo a conceitua-lo e explorar suas variáveis. Por fim, correlaciona-se a exigência de dupla tipicidade com o princípio da legalidade penal, a fim de, posteriormente, articular

sua qualificação como garantia.

A COOPERAÇÃO PENAL INTERJURISDICIONAL: BREVES DELINEAMENTOS

Apesar de já ter sido considerada parte integrante do direito internacional privado, a temática da cooperação interjurisdicional é inserida, pela doutrina mais moderna, no direito penal/processual penal internacional, de modo a, por meio desta realocação, destacar uma nova ótica conceitual e valorativa da temática.¹

Frise-se que o objeto de estudo deste trabalho é a cooperação penal interjurisdicional, que se difere da cooperação penal internacional. Esta última abrange a assistência penal entre países e entre Tribunais Internacionais e países. A primeira trata, tão-somente, de cooperação penal entre países. Não se olvide que a cooperação interjurisdicional é nada mais que uma seção da cooperação internacional, de modo que muito do que se aplica a esta serve também àquela.

A primeira situação de cooperação penal internacional de que se tem notícia data de 1280 a.C.: o tratado de paz celebrado entre Ramsés II e Hatussilli, rei dos Hititas, considerado o documento diplomático mais antigo da humanidade.² Não obstante, somente com o fenômeno de internacionalização da criminalidade a cooperação penal internacional ganhou corpo.

Para alcançar os meios e recursos necessários ao combate das manifestações transnacionais da delinquência e a superar as dificuldades das investigações - inclusive as derivadas das idiossincrasias normativas de cada região -, Travers cunhou, em 1925 a expressão “Mutuação (cooperação) Penal”³. A expressão posteriormente se popularizou entre os autores americanos como “extra-ajuda penal”⁴, expressando as variadas modalidades de assistência prestadas entre os Estados hodiernamente.

O primeiro tratado multilateral moderno sobre assistência em matéria criminal foi a Convenção Europeia sobre Assistência Mútua em Matéria Criminal, assinado alguns anos após a Segunda Guerra Mundial, em 1959, tendo precedido a frenética onda de

¹ Cf. ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello; CERVINI, Raúl. Cooperação penal internacional: conceitos e limites. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, v. 1, n. 5, 1997, p. 183.

² Cf. Ibid, p. 184.

³ TRAVERS, Maurice. Les effets internationaux des jugements répressif. In: Recueil des Cours de L'Academie de Droit International. Paris: Hachette, 1925. t. 4, p. 430 apud ibid., p. 187.

⁴ CLIFFORD, William. The standard minimum rules for treatment of prisoners. In: Proceedings of the 66th Annual Meeting of American Society of international Law. American Journal of International Law, Lancaster, v. 66, n. 4, set., 1972, p. 134 apud ibid, loc. cit.

desenvolvimento das atividades neste campo, na década de 90⁵.

Araújo Júnior e Raúl Cervini⁶ distinguem três fases da cooperação penal internacional na história mundial, a saber: i) a dos tratados bilaterais; ii) a da regulamentação interna e, iii) a da regulamentação internacional.

Na primeira fase, dos tratados bilaterais, os autores destacam a prevalência dos interesses estatais, que acordavam entre si as regras de assistência como melhor lhe aprouvesse. Na fase seguinte, da regulamentação interna, os Estados passaram a estabelecer em sua legislação doméstica regras sobre cooperação penal internacional. Significou, portanto, o estabelecimento de um regramento interno, minimamente uniforme. Por fim, na terceira fase predominou uma tendência internacional de harmonização das normas internas, por meio de tratados multilaterais e internacionais que enfocavam a proteção dos direitos humanos e um maior protagonismo do indivíduo.

Nesta evolução, Cervini e Araújo Júnior ressaltam que o epicentro da assistência internacional se deslocou do Estado para o indivíduo, consolidando a dignidade individual como princípio máximo da cooperação penal internacional.

David McClean⁷ também ressalta esta importante conexão que se revelou nos últimos tempos entre a dignidade da pessoa humana, que tem sua expressão nos direitos humanos, e a cooperação penal internacional, em trecho que importa colacionar:

Provavelmente, tudo que pode ser dito é que a tônica na comunidade internacional é prestar atenção cuidadosa aos direitos humanos no âmbito dos detalhes dos procedimentos mas procurar, não obstante, assegurar a cooperação efetiva a fim de combater o crime e o terrorismo. (tradução nossa)

O mesmo destaque é dado aos direitos humanos no panorama da cooperação penal internacional por Nádia Araújo⁸, que aduz o seguinte:

Para garantir a rapidez e a eficácia do trânsito de atos processuais e jurisdicionais são necessárias normas especiais, que permitam o cumprimento dessas medidas. Essa obrigação dos Estados resulta de um dever de cooperação mútua para assegurar o pleno funcionamento da Justiça. **Ao mesmo tempo, deve-se também assegurar os direitos fundamentais protegidos no âmbito da Constituição e dos Tratados internacionais de direitos humanos. Esses direitos fazem parte de um catálogo dos direitos**

⁵ Cf. McCLEAN, J. David. **International co-operation in civil and criminal matters**. New York: Oxford University, 2002, p. 161.

⁶ Cf. ARAÚJO JÚNIOR; CERVINI, 1997, p. 188.

⁷ McCLEAN, op. cit., p. 170. No original: "Perhaps all that can be said is that the mood of the international community is to pay careful attention to the human rights issues in settling the details of procedures but to seek nonetheless to ensure effective co-operation to combat serious crime and terrorism. "

⁸ ARAÚJO, Nádia. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 279.

do cidadão e não mais apenas uma obrigação entre nações soberanas, por força da cortesia nacional. (grifo nosso)

Destarte, é incontestável a interdependência entre os mecanismos de cooperação penal interjurisdicional e a proteção dos direitos e garantias fundamentais.

As providências de cooperação penal internacional tem por alvitre atender às necessidades da persecução criminal, na fase investigativa ou processual, e da execução penal, de modo que pode incidir sobre fatos, bens ou pessoas, a depender do tipo de auxílio pretendido.⁹

São diversas as medidas de cooperação penal internacional que podem ser requeridas. Entre elas, está a localização de pessoas, a coleta de provas documentais, tomada de depoimentos presenciais ou por videoconferência, realização de perícias, realização de medida de busca e apreensão, indisponibilidade de bens, afastamento de sigilo bancário ou fiscal e interceptação de comunicações telefônicas. A mais grave providência é a extradição, pois implica a transferência forçada do indivíduo de um Estado para outro, para neste responder a um procedimento criminal e/ou submeter-se à execução da pena. Outra medida que merece destaque é a transferência de sentenciados, que se destina a propiciar a execução penal no país de origem do condenado, guardando, assim, um propósito humanitário.

Insta esclarecer, diante desta gama de possibilidades, que qualquer medida de cooperação penal internacional dá causa, de alguma maneira, à intromissão de uma ordem jurídica (requerente) dentro de uma outra (requerida), e uma afetação de direitos patrimoniais e pessoais, cuja medida e a gravosidade dependerá, em primeiro lugar, da natureza processual da assistência solicitada, e, em segundo lugar, da duração de sua coercibilidade.¹⁰

Desta maneira, evidencia-se a natureza de intervenção estatal via exercício do *jus puniendi* da medida de cooperação penal, de modo a caracterizá-la como uma atuação do Estado na vida do cidadão, que, como tal, precisa ser devidamente legitimada e justificada, porquanto seja regra a liberdade, e não a intervenção, no Estado Democrático de Direito.

Não por outro motivo, os contornos da assistência interjurisdicional devem ser

⁹ Cf. ARAS, Vladimir. Cooperação Penal Internacional no projeto do novo CPP. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque (Coord.). **O projeto do novo Código de Processo Penal**. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 597

¹⁰ CERVINI, Raul; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no Protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 p. 66.

delineados a partir do prisma das garantias dos jurisdicionados, como é o caso do conceito elaborado por Polimeni, comentado por Cervini:

Consequentemente com isto, para o citado Professor de Florencia, a Cooperação Judicial Penal Internacional pode se esquematizar funcionalmente como um conjunto de atividades processuais (cuja projeção não se esgota nas simples formas), regulares (normais), concretas e de diversos níveis, cumpridas por órgãos jurisdicionais (competentes) em matéria penal, pertencentes a distintos Estados soberanos, que confluem (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 (de acordo com o grau e projeção intrínsecos ao auxílio requerido). (tradução nossa).¹¹

Consoante se verifica da definição acima apresentada, a cooperação penal internacional, enquanto medida processual inserida no âmbito da tutela penal, se dá obedecendo a um padrão de garantias, que contribuem na autorização e legitimação da intervenção estatal.

É neste contexto que se verifica a dupla incriminação: uma garantia relacionada ao princípio da legalidade penal, como será visto mais adiante.

A DUPLA TIPICIDADE NO ÂMBITO DA COOPERAÇÃO PENAL INTERJURISDICIONAL

O Brasil ainda não está munido de regramento específico e suficiente dos procedimentos de assistência judiciária internacional¹². A legislação pátria conta apenas com o Livro V do Código de Processo Penal, que trata brevemente das cartas rogatórias

¹¹ POLIMENI, Gioacchino, 1990 apud CERVINI, Raúl. **La cooperación judicial penal internacional: concepto y proyección**. [S.l.], [1994]. Disponível em: <http://www.derechointernacional.net/privado_lp/index.php?option=com_content&view=article&id=204:cervini-cooperacion-judicial-penal&catid=442:derecho-procesal>. Acesso em: 14 mar. 2013. No original: “Consecuentemente con ello, para el citado Profesor de Florencia, la Cooperación Judicial Penal Internacional puede esquematizarse funcionalmente como un conjunto de actividades procesales (cuja proyección no se agota em las simples formas), regulares (normales), concretos y de diverso nivel, cumplidas por órganos jurisdiccionales (competentes) em material penal, pertenecientes a distintos Estados soberanos, que confluyen (funcional y necessariamente) a nivel internacional, em la realización de um mismo fin, que no es sino e desarrollo (preparación y consecución) de um processo (principal) de la misma naturaliza (penal), dentro de um estricto marco de garantias (acuerdo al diverso grado y proyección intrínseco del auxilio requerido)”.

¹² O Projeto de Lei 1982/2003, do Deputado Eduardo Valverde, sobre a cooperação penal internacional trazia uma disposição a respeito da dupla tipicidade. No entanto, o projeto em questão encontra-se arquivado na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados. O Ministério da Justiça também tem tomado providências com o fito de confeccionar uma lei acerca do tema. Uma comissão foi instituída pelo Ministério da Justiça, por meio da Portaria 2.199, de 2004, com a finalidade de elaborar um anteprojeto da Lei de Cooperação Jurídica Internacional. O Projeto de Lei nº 8045/2010, em trâmite na Câmara dos Deputados, que elabora o novo Código de Processo Penal, em seu livro V, aborda de forma completa a Cooperação Jurídica Internacional, não obstante trate da dupla incriminação apenas no bojo da extradição. (Cf. ARAS, op. cit., p. 617.)

e homologações de sentenças estrangeiras, e a Resolução nº 9 de 2005, do Superior Tribunal de Justiça, que pormenoriza o tratamento do Código de Processo Penal. A exigência de dupla incriminação não é sequer citada em ambos os conjuntos normativos.

É possível identificar a exigência da dupla tipicidade, no bojo da legislação penal pátria, como um dos requisitos à aplicação extraterritorial condicionada da lei penal, estando listada, junto aos demais, no artigo 7º, §2º do Código Repressivo, o qual insta transcrever:

Art. 7º [...]

§ 2º - Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições

a) entrar o agente no território nacional;

b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;

[...]. (grifo nosso).¹³

Verifica-se na alínea “b” a condição de aplicação extraterritorial da lei penal a qual dá-se o nome de dupla tipicidade. Assim, pela redação do dispositivo em questão, a aplicação extraterritorial condicionada da lei brasileira obedecerá ao requisito da dupla tipicidade, o qual consiste na punibilidade do fato pela lei brasileira (que será aplicada extraterritorialmente) e pela lei estrangeira, em especial, a lei do país onde o fato tido como criminoso foi praticado.

A dupla tipicidade também pode ser reconhecida, no bojo da legislação brasileira, no Estatuto do Estrangeiro, Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980, que disciplina a situação jurídica do estrangeiro no Brasil.

No artigo 77 do referido diploma normativo estão listadas as hipóteses de recusa do pedido de extradição, dentre os quais se encontra a ausência de dupla tipicidade. É de bom alvitre trazer o indigitado dispositivo a colação:

Art. 77. Não se concederá a extradição quando:

I - se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivar o pedido;

II - o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente;

[...]. (grifo nosso).¹⁴

Assim, de acordo com o inciso II do artigo transcrito, a extradição somente será

¹³ BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 fev. 2013.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 ago. 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm>. Acesso em: 15 fev. 2013.

possível quando o fato que motiva o pedido for considerado crime no Brasil e no Estado que requer a extradição, consubstanciando a exigência de dupla tipicidade, corolário da regra *null traditio sine lege* e princípio básico de direito extradicional¹⁵, também conhecido como princípio da identidade.

Não obstante o parco tratamento legislativo, a doutrina tem burilado amplamente a matéria, analisando, inclusive, o tratamento internacional dado ao tema. Nesta senda, importa trazer o conceito de dupla tipicidade no contexto da cooperação internacional, elaborado por Fábio Ramazzi Bechara:

A dupla incriminação significa a exigência de que o fato objeto da cooperação seja qualificado como infração penal na legislação dos Estados cooperantes, bastando a convergência dos elementos essenciais e pouco importando o *nomen iuris* e a presença de outros elementos.¹⁶

Assim, a dupla tipicidade, também conhecida como dupla incriminação ou identidade normativa, é regra que impõe que o ilícito penal objeto do pedido de cooperação internacional seja juridicamente qualificado como crime tanto no país requerido quanto no país requerente, sendo irrelevante, para este efeito, a eventual variação terminológica registrada nas leis penais em confronto.

Nesta senda, impende pontuar que o instituto da dupla incriminação nasceu no bojo do processo de extradição. A primeira manifestação da exigência de dupla incriminação de que se tem notícia data de 1794, no bojo do Jay Treaty, tratado firmado entre Estados Unidos e Inglaterra que abordava a extradição de pessoas.¹⁷

No entanto, a padronização mundial deste requisito começou somente a partir do Britain's Extradiction Act, em 1870. Foi em razão deste diploma normativo, relativo à extradição de pessoas, que se popularizou mundialmente a exigência de dupla incriminação, de modo que as outras nações passaram a introduzi-la em suas legislações.

Para a aferição da regra da dupla tipicidade, é essencial a presença dos elementos estruturantes do tipo penal (*essentialia delicti*), tal como definidos nos preceitos primários de incriminação constantes da legislação do país requerido e vigentes no ordenamento positivo do país requerente, independentemente da nomenclatura por eles

¹⁵ Cf. CERVINI; TAVARES, 2000, p. 133.

¹⁶ BECHARA, 2011, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 154.

¹⁷ Cf. HAFEN, Jonathan O. International extradition: issues arising under the dual criminality requirement. **Brigham Young University Law Review**, Provo, v. 18, n. 1, p. 191-230, 1992. Disponível em: <<http://lawreview.byu.edu/archives/1992/1/haf.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2013, p. 194.

atribuída aos fatos delituosos.¹⁸

A respeito da averiguação da efetiva identidade normativa, faz-se mister colacionar ainda as lições de Raúl Cervini e Juarez Tavares:

Com relação ao alcance da “doble incriminación” ou identidade normativa, compartilamos totalmente da percepção garantista de Christine Van Den Wyngaert acolhida, também, pelo publicista Pereira Schurmann, no sentido de que este princípio implica, ademais de que o fato constitua delito nos ordenamentos penais dos Estados requerente e requerido, que exista uma **real identidade de bens jurídicos afetados, delineamento típico semelhante e correspondência sancionatória, tanto com relação ao ilícito concreto como aos sistemas de regulação concursal.**¹⁹(grifo nosso)

Assim, consoante balizada doutrina, não é suficiente que o crime objeto do pedido de cooperação internacional seja delito no ordenamento do país requerido para auferir a identidade normativa. É preciso que se perscrute alguns itens a fim de verificar a dupla tipicidade. Os elementos do tipo – a traduzir os contornos da ação delituosa –, a correspondência sancionatória – a sinalizar a semelhante reprovabilidade do ato – e a identidade de bens jurídicos afetados – a indicar idênticos ou similares objetos de tutela jurídico-penal - são os critérios mais precisos para avaliar a dupla incriminação.

De sua origem aos dias de hoje, a compreensão da exigência de dupla incriminação passou por muitas mudanças, mas foi somente a partir do século XX que a dupla incriminação, nos moldes em que se encontrava, passou a ser entendida como uma “barreira indesejada”²⁰ para a extradição, especialmente em função da atmosfera de combate à criminalidade transnacional que se instalou na comunidade internacional.

Não por outra razão a hermenêutica pretoriana do instituto vem evoluindo em escala mundial no sentido de flexibilizar a rigidez que marcava o requisito.

Nos Estados Unidos, historicamente, duas abordagens diferentes tem sido usadas para interpretar esta exigência no campo extradicional: *in concreto* ou *in abstracto*.

No método *in concreto*, se o crime pelo qual o Estado requerente pretende processar não tem um análogo na legislação interna do Estado requerido, então o pedido por extradição será negado.²¹ Em contraste, o parâmetro de aplicação da dupla incriminação *in abstracto* impõe que a conduta seja crime em ambas as jurisdições, sem a necessidade de paralelismo entre as ofensa. Este método consubstanciou uma

¹⁸ Cf. WEBER, Patrícia Núñez. **A cooperação jurídica internacional em medidas processuais penais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 95.

¹⁹ CERVINI; TAVARES, 2000, p. 132.

²⁰ HAFEN, 1992, p. 191.

²¹ Cf. *ibid.*, p. 199.

evolução no direito estadunidense, representando verdadeira tendência jurisprudencial hodierna.²²

No Brasil, os tribunais tem realizado uma leitura moderadamente liberal, muito embora não tenham dispensado o paralelismo entre os crimes, como se verifica da jurisprudência²³ do Pretório Excelso relativa a extradição. De acordo com os parâmetros utilizados na maioria dos julgamentos, a certificação do cumprimento do requisito da dupla tipicidade se faz com a constatação dos elementos estruturantes do tipo, sem qualquer vínculo com a designação formal.

O tratado ou lei que estabelece a regra de dupla tipicidade pode adicionar acessórios à regra da dupla incriminação, ampliando seu âmbito de restrição. Um exemplo é quando se determina que, para a configuração da referida exigência, a conduta do indivíduo que se quer extraditar não somente deve ser criminosa, como também deve apresentar um “nível de gravidade”. É o que faz a lei brasileira: o artigo 77, inciso IV, do Estatuto do Estrangeiro determina que a pena do crime pelo qual se pretende a extradição precisa ter pena superior a um ano. Assim, amplia-se o potencial restritivo do princípio da identidade, limitando as extradições aos crimes com pena máxima superior a 1 (um) ano. Outros tratados ou leis internas possuem uma relação de “crimes extraditáveis”, ou seja, uma lista de crimes em razão dos quais é possível o procedimento de extradição.²⁴ Trata-se de outra possibilidade de modulação do requisito de dupla incriminação.

Ultrapassada a identificação da dupla incriminação no contexto da assistência penal interjurisdicional, impende correlacioná-la ao princípio da legalidade. Com tal alvitre, faz-se mister esclarecer que é na compreensão das medidas de cooperação penal interjurisdicional como intervenções do Estado na vida do particular que a dupla tipicidade surge, como garantia da legalidade do indivíduo perante o Estado e de segurança jurídica nas relações entre os próprios Estados.

²² Cf. *ibid.*, p. 200.

²³ Tal como ocorre nos seguintes julgados: Ext. 1064/República Portuguesa, Rel.: Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 18/12/2012, publicado em 19/02/2013, DJe 032; Ext. 1175/República Argentina, Rel.: Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 27/03/2012, publicado em 30/04/2012, DJe 083; Ext. 1121/ Estados Unidos da América, Rel.: Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 18/12/2009, publicado em 25/06/2010, DJe 116; Ext. 1127/República Federal da Alemanha, Rel.: Ministro Menezes Direito, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2008, publicado em 13/02/2009, DJe 030; Ext. 1124/Confederação Helvética, Rel.: Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 18/09/2008, publicado em 14/11/2008, DJe 216.

²⁴ Cf. HAFEN, 1992, p. 195.

A EXIGÊNCIA DE DUPLA INCRIMINAÇÃO COMO GARANTIA DA LEGALIDADE

Prima facie, insta recapitular que a dupla incriminação, no âmbito da cooperação penal internacional, representa a exigência de o crime estar tipificado no ordenamento do Estado requerente e do Estado requerido, de modo que ambos possuam elementares idôneas a delinear a configuração de condutas típicas semelhantes. É neste panorama que se configura inegável a condição de consequente lógico do princípio da legalidade da dupla incriminação no âmbito da cooperação internacional.

O requisito de dupla tipicidade, relacionando-se à existência, no ordenamento interno, de norma de proibição da conduta objeto do pedido de cooperação internacional, se configura como uma exigência de legalidade²⁵, ou seja, exigência de norma anterior, no bojo do ordenamento interno do país requerido, que defina o crime pelo qual se investiga, a justificar os gravames aos quais se submetem os direitos do concernido.

Shearer relaciona, com propriedade, a dupla tipicidade e a essência do princípio da legalidade, lecionando:

A regra de dupla incriminação serve à importante função de assegurar que a liberdade de uma pessoa não seja restrita como consequência de uma ofensa não reconhecida como crime pelo Estado requerido. A consciência social de um Estado também não é constrangida pela obrigação de extraditar uma pessoa que, de acordo com sua legislação, não seria culpada de atos que mereçam censura penal. No que tange o princípio da reciprocidade, a regra assegura que a um Estado não seja requerida a extradição de categorias de ofensores pelos quais o mesmo Estado, em retorno, jamais ocasionaria idêntica demanda. (tradução nossa).²⁶

Pontue-se que, consoante restou sedimentado do trecho acima, a dupla incriminação é, primordialmente, uma garantia do direito à liberdade do indivíduo, entre outros papéis referidos pelo autor. É exatamente no que tangencia aquela primeira função que é possível verificar, facilmente, sua simbiose com o princípio da legalidade. A dupla incriminação figura, nesta análise, como *longa manus* da legalidade na cooperação penal internacional.

²⁵ Cf. BECHARA, 2011, p. 154.

²⁶ SHEARER, Ivan A. Extradition in international law 5. 1971 apud HAFEN, 1992, p. 194. No original: "The double criminality rule serves the most important function of ensuring that a person's liberty is not restricted as a consequence of offences not recognized as criminal by the requested State. The social conscience of a State is also not embarrassed by an obligation to extradite a person who would not, according to its own standards, be guilty of acts deserving punishment. So far as the reciprocity principle is concerned, the rule ensures that a State is not required to extradite categories of offenders for which it, in return, would never have occasion to make demand.[...]"

Nesta esteira, importa considerar que a dupla incriminação se relaciona intimamente com o princípio da legalidade em sua faceta mais conhecida: a reserva legal.

De acordo com Luiz Luisi²⁷, há grande controvérsia a respeito da origem do postulado da Reserva Legal. Para Hungria já no século XIII, na Baixa Idade Média, a Carta Política de João sem Terra trazia em seu bojo o embrião do princípio em comento. Manzini, por seu turno, entendia que o postulado da Reserva Legal teria sua origem no Direito Romano, vislumbrando-o em uma passagem do Digesto. Frederico Marques, por sua vez, afirma que o princípio da Reserva Legal se encontra formulado no direito medieval. Não obstante, é consenso atribuir-se a construção jurídica e política do princípio da legalidade a Feuerbach, que formulou o aforisma latino pelo qual ficou conhecida a reserva legal: *nullum crime e nulla poena, sine previa lege*.

O postulado da reserva legal tem seu fundamento na teoria do contrato social iluminista. A partir da ideia de que o Estado advém de um contrato social, confere-se a este a natureza de instrumento de garantia dos direitos do homem e da paz social. Neste contexto, a reserva legal nasce como postulado limitador da potestade estatal, garantindo ao cidadão uma faixa de ação lícita. Em outras palavras, de acordo com a reserva legal, é ilícito apenas aquilo que a lei proíbe, e, somente nestes casos, o Estado poderá exercer seu *jus puniendi*.²⁸

Ressalte-se que a importância transcendental deste princípio fez com que as principais Cartas e Declarações de direitos humanos lhe conferissem albergue, como fez a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950, o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, de 1966, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969. Não por outro motivo, Luiz Flávio Gomes²⁹ destaca a importância do princípio da legalidade em âmbito internacional:

As incontáveis referências recordadas evidenciam que **o princípio da legalidade é um patrimônio cultural da humanidade, da civilidade e da cidadania**. Revelam, ademais, que **quando se trata de restringir os direitos fundamentais do indivíduo, só o legislador é que pode fazê-lo, porque somente ele representa a “vontade geral”** (que está na base do contrato social). (grifo nosso)

²⁷ Cf. LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 18-19.

²⁸ Cf. LUISI, 2003, p. 19.

²⁹ GOMES, Luiz Flávio. Sobre a garantia da legalidade em direito penal. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **O sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 295.

Por sua conexão com o princípio da legalidade, a dupla incriminação é, portanto, uma garantia a restringir o exercício da soberania estatal e assegurar os direitos do concernido frente ao Estado requerido. Ou seja: a dupla tipicidade garante que o concernido tenha, no caso de pedido de medida de cooperação internacional, o mesmo tratamento – proteção e garantias - que teria caso a medida requerida integrasse um procedimento penal nacional.

Isto porque não há qualquer explicação razoável para o Estado produzir uma prova no âmbito do procedimento penal nacional com um determinado requisito e, para produzir a mesma prova para um procedimento penal estrangeiro, dispensar este requisito. Ora, se para justificar a relativização de direitos como a intimidade e o patrimônio no processo penal brasileiro é necessário demonstrar indícios do cometimento de crime (frise-se: a lei fala em crime), não há razão para dispensar tal demonstração para a execução de medida de cooperação direcionada a um procedimento penal em outro país.

Do contrário, o Estado requerido estaria, em última instância, executando uma medida referente a processo penal em desacordo com a lei interna que regulamenta tal execução. Desta maneira, agiria contra a lei, em total desarmonia com os valores do Estado de Direito, onde a soberania estatal se submete às regras legais. Isto significaria ainda um alargamento indevido de sua soberania em desfavor do concernido, afrontando garantia de albergue constitucional e convencional: a legalidade.

Veja-se que não se fala aqui em fazer uma hermenêutica rígida e obsoleta do princípio da dupla incriminação, a qual não se coaduna com as idiossincrasias do princípio da legalidade no contexto do direito penal internacional, sobre as quais importa colacionar as seguintes observações:

Certo é, contudo, que o princípio da reserva legal no direito internacional apresenta peculiaridades, quando comparado com as esferas nacionais. Natural é, portanto, que a existência de um poder central dotado de mecanismos de coerção e de persecução se faça acompanhar de maiores garantias. É nesse nível que se coloca, aos Estados nacionais, a exigência de uma maior determinação dos tipos penais. Todavia, na arena internacional, a pulverização de forças torna frágil a implementação de um sistema punitivo. A exigência do mesmo grau de taxatividade, portanto, não levaria em consideração as especificidades e complexidades do direito penal internacional.³⁰

³⁰ IBCCRIM. Informe nacional: Brasil. In: AMBOS, Kai; MALARINO; WOISCHNIK, Jan. (Ed.). **Dificuldades jurídica y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional**: contribuciones de América Latina y Alemania. Uruguay: Fundación Konrad Adenauer, 2006, p. 144.

Porquanto esteja amalgamada ao princípio da legalidade, particularmente no que tange a taxatividade, a leitura da dupla tipicidade no bojo da extradição - tal como nas outras formas de cooperação internacional - deve levar em consideração o tratamento do princípio da legalidade no âmbito do direito penal internacional.

Isto significa que não se deve abandonar a exigência de dupla incriminação - tônica na legislação europeia e norte-americana - tal como o princípio da legalidade, corolário do direito penal iluminista, jamais será abandonado, na perspectiva atual da ciência penal. A dupla tipicidade merece, isto sim, uma leitura flexível, de modo que as particularidades dos sistemas jurídicos adotados pelos países em cooperação não obstem a assistência.

Importa lembrar ainda a proibição de retroatividade da lei penal, que decorre do princípio da legalidade³¹. Esta proibição deve ser respeitada no juízo de dupla incriminação, verificando-se a partir de que momento a conduta foi tipificada no ordenamento doméstico. A função de garantia da dupla incriminação só estará plenamente considerada caso seja avaliado o tempo da tipificação do crime para a avaliação da existência ou não da dupla tipicidade.

CONCLUSÃO

Restou evidente, com este modesto estudo, que a dupla incriminação é um instituto de relevância para o campo da cooperação penal interjurisdicional. O ínfimo tratamento legislativo não supre as questões levantadas pela aplicação do instituto, o que conduziu à necessidade de releituras pretorianas da dupla incriminação, de modo a adequá-la às exigências da modernização da cooperação penal interjurisdicional.

Delineou-se ainda a íntima conexão entre a dupla incriminação e a legalidade, de modo a assentar a exigência de dupla tipicidade como um consecutivo lógico do princípio da legalidade penal.

Por fim, como *longa manus* da legalidade penal, a restringir o campo de atuação da *potestas* estatal e assegurar direitos do concernido, conclui-se que a dupla incriminação assume, indubitavelmente, a função de garantia frente ao Estado requerido no âmbito da assistência judicial internacional em matéria penal.

³¹ GOMES, Luiz Flávio, 2000, p. 300.

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. Cooperação Penal Internacional no projeto do novo CPP. In: ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ARAÚJO, Fábio Roque (Coord.). **O projeto do novo Código de Processo Penal**. Salvador: Jus Podivm, 2012. p. 595-631.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello; CERVINI, Raúl. Cooperação penal internacional: conceitos e limites. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 5, 1997.

ARAÚJO, Nádia. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BALTHAZAR JÚNIOR, José Paulo; LIMA, Luciano Flores de (Org.). **Cooperação jurídica internacional em matéria penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 fev. 2013.

_____. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 ago. 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm>. Acesso em: 15 fev. 2013.

CERVINI, Raúl. **La cooperación judicial penal internacional: concepto y proyección**. [S.l.], [1994]. Disponível em: <http://www.derechointernacional.net/privado_lp/index.php?option=com_content&view=article&id=204:cervini-cooperacion-judicial-penal&catid=442:derecho-procesal>. Acesso em: 14 mar. 2013.

_____; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no Protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL AMERICANA, 9., Bogotá, abr. 1948. **Declaração americana dos direitos e deveres do homem**. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_dev_homem.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance; ZILLI, Marcos Alexandre (Coord.). **Direito Processual Penal Internacional**. São Paulo: Atlas S.A., 2013.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **O sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2000.

HAFEN, Jonathan O. International extradition: issues arising under the dual criminality requirement. **Brigham Young University Law Review**, Provo, v. 18, n. 1, p. 191-230, 1992. Disponível em: <<http://lawreview.byu.edu/archives/1992/1/haf.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2013.

IBCCRIM. Informe nacional: Brasil. In: AMBOS, Kai; MALARINO; WOISCHNIK, Jan. (Ed.). **Dificuldades jurídica y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional**: contribuciones de América Latina y Alemania. Uruguay: Fundación Konrad Adenauer, 2006. p. 139-169.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MALARINO, Ezequiel. La adecuación del derecho interno al Estatuto de la Corte Penal Internacional en materia de cooperación y asistencia judicial: la experiencia latinoamericana. In: _____; AMBOS, Kai; ELSNER, Gisela (Ed.). **Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional**. Uruguay: Fundación Konrad Adenauer, 2006.

McCLEAN, J. David. **International co-operation in civil and criminal matters**. New York: Oxford University, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Paris, 10. dez. 1948. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm>. Acesso em: 15 jun. 2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção americana sobre direitos humanos**. São José [da Costa Rica], 22 nov. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2013.

WEBER, Patrícia Núñez. **A cooperação jurídica internacional em medidas processuais penais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.