



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS- GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO**

EDSON SACRAMENTO TINY DAS NEVES

**O NOVO PARADIGMA DE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE
EXTRADIÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UM ESTUDO
DE CASO**

Salvador
2011

N414

Neves, Edson Sacramento Tiny das.

O novo paradigma de direitos humanos em matéria de extradição no Supremo Tribunal Federal: um estudo de caso. / Edson Sacramento Tiny das Neves. – Salvador, 2011.

161 fls.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Bahia-UFBA. Faculdade de Direito, 2011.

Orientador: Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia.

1. Direitos humanos. 2. Extradição. 3. Liberdade. 4. Prisão perpétua. 5. Supremo Tribunal Federal. I. Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito. II. Título.

CDU: 342.7

Ficha catalográfica elaborada por:
Dourival da Silva Guimarães Sobrinho
CRB-5/1328

TERMO DE APROVAÇÃO

EDSON SACRAMENTO TINY DAS NEVES

O NOVO PARADIGMA DE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE EXTRADIÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: UM ESTUDO DE CASO.

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção de grau de Mestre em Direito Público, da Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora.

BANCA EXAMINADORA:

Saulo José Casali Bahia (Orientador) _____
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP.
Instituição: Universidade Federal da Bahia

Sebastião Borges de Albuquerque Mello _____
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Instituição: Universidade Federal da Bahia

Yuri Carneiro Coelho _____
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Instituição: Faculdade Anísio Teixeira

Salvador, _____, de _____ de 2011

A minha querida mãe (*in memoriam*) Tereza Fernandes, quem me deixou a eterna saudade.

A meu Pai Bernardo Tiny, quem apesar de a vida não tê-lo contemplado sucessos não mediu esforços para que eu tivesse êxitos na carreira acadêmica.

A Filomena Tiny, minha querida avó, quem me educou e me serviu de espelho para a vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por ter me contemplado com o dom da vida, a saúde, a paciência, a fé, a perseverança e a sabedoria.

A Iula Rebouças e Cauã Tiny, meus eternos amores que têm iluminado os meus trilhos, companheiros de todas as horas.

Ao professor e orientador, Doutor Saulo Casali, pelas brilhantes lições de Direito Constitucional e Direitos Humanos e Fundamentais, exemplo de sabedoria, competência e dedicação, quem tornou possível a realização desse estudo.

A Maria Reis, pessoa íntegra, aconselhadora e sempre disponível. Meus sinceros agradecimentos pelo auxílio financeiro e logístico que me permitiram retornar a Salvador e concluir esse estudo.

Ao professor Doutor Rodolfo Pamplona Filho, pelas críticas e sugestões que me despertaram e permitiram-me conferir qualidade à presente dissertação.

Aos Professores Ricardo Maurício e Heron Santana pelas excelentes aulas de Teoria Geral do Direito, Direitos Humanos e experiências acadêmicas que me serviram de inspiração.

Ao professor Paulo Pimenta pela firmeza que tem conduzido o Programa de Pós- Graduação em Direito, permitindo que Estudantes Africanos possam realizar com êxito o Curso de Mestrado nesta Instituição, trocando experiências enriquecedoras para a vida acadêmica e profissional.

A CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento do Pessoal de Nível Superior pela concessão de bolsa de estudo que permitiu a minha permanência no país.

Aos colegas, irmãos e amigos Thiago Pires e Fabiane Góes, pela confiança e amizade verdadeira.

Aos funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito, Luiza Luz de Castro, Jovino Ferreira Costa Filho, Ângela Magalhães, Angélica Santana e Pedro que sempre estiveram disponíveis em me auxiliar nas documentações e informações administrativas relevantes.

As funcionárias da biblioteca do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Margarida e Jôsi.

Aos colegas do Mestrado Reinaldo Moraes, Alessandra Portela, Laura Scalldaferri, Ivana Fraga e Lorena Miranda pela concessão de diversos livros e promoção de discussões sobre diversos tópicos que contribuíram para clarificar as minhas idéias sobre o tema.

A dona Maria Baião e a tia Telma Sousa, pessoas que contribuíram imensamente para a materialização deste trabalho.

RESUMO

Cuida o presente estudo da análise da mudança de orientação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal em matéria de extradição após quase duas décadas proferindo decisões favoráveis à entrega de estrangeiros submetidos ao cumprimento da pena de prisão perpétua sem exigir sua comutação em privação da liberdade com prazo determinado. Examina-se os precedentes relevantes, os fatores que contribuíram para essa mutação jurisprudencial bem como os princípios e as condições determinadas pela Lei n.º 6.815/80 para sua efetivação buscando demonstrar inexistência de discricionariedade do Presidente da República neste processo. Analisa-se ainda, como a influência do princípio da soberania estatal apesar de já superado pela doutrina como poder absoluto, perpétuo e ilimitado tem conferido ao Supremo Tribunal Federal o papel de sujeito passivo na proteção de direitos humanos em matéria de extradição. De acordo com a nova doutrina, a soberania vem passando por um processo de relativização em virtude das mudanças que a humanidade conheceu nas últimas duas décadas do século passado. A soberania deixou de ser fator impeditivo de intervenção internacional diante da evidência da violação de direitos humanos por um Estado contra seus súditos. Procura evidenciar a relevância do valor dignidade como limite à restrição da liberdade, direito humano fundamental a ser preservado pelo Estado ao impor punição ao infrator de suas normas, sem ignorar o seu tratamento em alguns ordenamentos jurídicos hodiernos. E finalmente busca-se compreender a liberdade como algo inato e universal na vertente filosófica e demonstrar que apesar desta ser um direito humano fundamental, histórico, inalienável, imprescritível e irrenunciável pode ser sacrificado temporariamente mediante o uso da proporcionalidade quando em conflito com o direito à segurança da sociedade.

PALAVRAS-CHAVES: Extradição, pena perpétua, liberdade, segurança, direitos humanos e o Supremo Tribunal Federal.

RÉSUMÉ

Cet étude analyse le changement dans les juges de la Cour Suprême en matière d'extradition, après deux décennies à rendre des décisions en faveur de la prestation des étrangers soumis à la peine de l'emprisonnement à vie sans avoir besoin de commutation de leur privation de liberté pour une période déterminée. Il examine les précédents pertinents, les facteurs qui ont contribué à cette mutation ainsi que les principes jurisprudentiels et conditions fixées par la loi n ° 6.815/80 visant à démontrer son efficacité par manque de discrétion du Président de la République dans ce processus. On analyse également l'influence du principe de la souveraineté de l'Etat, malgré déjà vaincu par la doctrine comme un pouvoir absolu, illimité et perpétuel a donné le rôle de la Cour Suprême dans la protection des droits de l'homme en matière d'extradition. Selon la nouvelle doctrine, la souveraineté fait l'objet d'un processus de relativisation en raison des changements que l'humanité a connu au cours des deux dernières décennies du siècle dernier. La souveraineté n'est plus un obstacle à l'intervention internationale face à des preuves de violation des droits de l'homme par un Etat contre ses sujets. Vise à souligner l'importance de la dignité comme un valeur limite de la liberté, un droit humain fondamental d'être protégé par l'Etat d'imposer une peine au délinquant de leurs règles, sans pour autant négliger leur traitement dans certains pays d'aujourd'hui. Et finalement, on cherche à comprendre la liberté comme quelque chose d'inné et universel dans ses origines philosophiques et de démontrer que, malgré ce qui est un droit humain fondamental, l'histoire, inaliénable, indispensable peut être temporairement sacrifiée par l'utilisation de la proportionnalité en cas de conflit avec le droit de sécurité de la société.

MOTS-CLÉS: Extradition, la prison à vie, la liberté, la sécurité, les droits de l'homme et la Cour Suprême.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 BREVE HISTÓRICO SOBRE A EXTRADIÇÃO.....	13
2.1 Conceito.....	17
3 PRINCÍPIOS VETORES DA EXTRADIÇÃO.....	22
3.1 Princípio <i>aut dedere aut judicare</i>	23
3.2 Princípio da legalidade.....	24
3.3 Princípio da especialidade.....	27
3.4 Princípio da prevalência de tratados.....	29
3.5 Princípio da reciprocidade.....	31
3.6 Princípio da dupla tipificação.....	36
3.7 Princípio da exclusão de crimes não comuns.....	39
3.8 Princípio do <i>ne bis in idem</i>	42
3.9 Princípio da comutação da pena.....	45
3.10 Princípio da não extradição de nacionais.....	47
3.11 Princípio da preferência da jurisdição nacional.....	55
4 PRESSUPOSTOS DA EXTRADIÇÃO.....	58
4.1 Competência do estado requerente para julgar o extraditando.....	58
4.2 Não extinção da punibilidade pela prescrição.....	59
4.3 Gravidade do delito.....	61
4.4 Natureza da infração.....	62
4.5 Natureza do juízo.....	68
4.6 Existência de sentença final de privação da liberdade ou ordem de prisão do extraditando.....	70
4.7 Detração da pena.....	71
4.8 Não reextradição.....	72
5 PROCEDIMENTO EXTRADICIONAL.....	75
5.1 Fase Administrativa: O Pedido.....	75
5.2 Fase Judicial: O Controle Judicial.....	77
5.3 Fase Política: A Entrega do Extraditando.....	80

6 TRATAMENTO EXTRADICIONAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	84
6.1 A soberania como fator determinante no Supremo Tribunal Federal	84
6.2 A desorientação do Supremo Tribunal Federal face à contradição entre o Estatuto do Estrangeiro e C.F de 1988.....	93
7 O NOVO PARADIGMA DE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE EXTRADIÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	95
7.1 Antecedentes relevantes.....	95
<i>7.1.1 O caso Franz Paul Stangl.....</i>	<i>95</i>
<i>7.1.2 O caso Russel Wayne Weisse.....</i>	<i>98</i>
7.2 O novo paradigma: <i>leading case</i> Maurício Hernandez Norambuena.....	101
7.3 A dignidade da pessoa humana como limite à aplicação da pena perpétua	116
7.4 A aplicação da prisão perpétua pelo Brasil no exterior. Sua diferenciação com a extradição.....	123
7.5 A pena perpétua como pena (não) aceite nas Constituições contemporâneas.....	128
8 O FUNDAMENTO JURÍDICO-FILÓSOFICO DA LIBERDADE	132
8.1 A proporcionalidade como solução ao conflito entre a liberdade e a segurança da sociedade	138
8.2 O sub-princípio da adequação.....	141
8.3 O sub-princípio da necessidade	142
8.4 A proporcionalidade em sentido estrito	143
9 CONSIDERAÇÕES FINAIS	146
REFERÊNCIAS	149
ANEXOS	159

1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objetivo analisar a mudança de paradigma de extradição no Supremo Tribunal Federal após quase duas décadas de jurisprudência sedimentada por esta Corte.

Quase duas décadas após o Pretório Excelso definir sua jurisprudência inexigindo o compromisso de compromisso de comutação da pena de prisão perpétua em pena não superior à duração máxima admitida na lei penal brasileira, o Tribunal Pleno volta a exigir a obrigatoriedade de o Estado requerente assumir compromisso de comutá-la em pena de prisão no limite de trinta anos.

Posicionamento que deve ser louvado pela academia apesar de críticas da opinião pública no sentido de que o novo posicionamento desta Corte confere ao país uma visão externa negativa perante os delinqüentes internacionais que passariam a enxergar o Brasil como país de refúgio.

Ocorre que ao exigir a obrigatoriedade do Estado estrangeiro comutar a pena de prisão perpétua em pena com prazo determinado - trinta anos- a Suprema Corte impede a aplicação de uma pena proibida pelo Texto Constitucional (pena perpétua), supre a omissão da Lei n.º6.815/80, assegura a liberdade (direito humano fundamental) do extraditando após o cumprimento da pena, realiza sua tarefa de defender a Constituição conforme determina a própria Magna Carta e cumpre diversos pactos de proteção dos Direitos Humanos, dentre eles o Pacto de São José da Costa Rica.

Como se sabe, o sucesso da cooperação internacional no combate à impunidade de indivíduos que mediante ações desprezíveis violam normas de convivência social e se refugiam além da sua fronteira territorial visando escapar as conseqüências da lei deve-se aos tratados internacionais e a colaboração dos Estados.

Entretanto, a exigência de tratado de extradição não tem sido suficiente para a consumação desse processo. Por isso, regras e princípios decorrentes do Texto Constitucional e da Lei n.º6.815/80 tornam-se relevantes e passam a exigir combinações para que os direitos e garantias do cidadão conquistado há séculos com muito esforço não sejam descartados em prol da punição a todo custo.

Em face da relevância do tema, pretende-se refletir sobre essa mudança de paradigma para os direitos humanos fundamentais no Brasil e apresentar propostas que supram a lacuna

da Lei supracitada, regulamentadora do processo de extradição passiva e contribuir com a discussão para a mudança da mentalidade da comunidade acadêmica sobre esse marco histórico.

Entretanto, cabe registrar que não é o objetivo desta dissertação, exaurir o tema ora em estudo em virtude de diversos vieses.

Feito esse registro, resta informar que o trabalho encontra-se dividido em oito capítulos, incluindo a presente introdução.

Assim, na segunda parte, traça-se o perfil histórico e o conceito de extradição visando trazer a sua inserção e evolução no ordenamento positivo ocidental e no Brasil.

No terceiro capítulo do trabalho, investigam-se os princípios que compõem a extradição, inclusive os ignorados pela Lei n.º 6.815/80, em virtude de sua função solucionadora de conflitos normativos. Em seguida, buscar-se-á a desdobrá-los e demonstrar sua relevância para o deferimento ou não do pedido de extradição.

Na parte subsequente, tratar-se-á dos pressupostos da extradição, cuja ausência levará ao indeferimento obrigatório do Tribunal Pleno ao analisar a sua legalidade, por falta de preenchimento das condições materiais.

Em seguida, no capítulo quinto, pretende-se demonstrar que o procedimento extradicional misto ou de delibação adotado pelo sistema brasileiro não confere total liberdade ao Supremo Tribunal Federal para analisar os pressupostos e a legalidade do pedido de extradição efetivado pelo governo estrangeiro, nem tampouco confere a discricionariedade - sustentada por parte da doutrina- ao Chefe do Executivo da União para conceder ou negar a extradição.

Posteriormente, propõe-se estudar o comportamento do Supremo Tribunal Federal diante do princípio da soberania estatal, sua desorientação diante do Texto Constitucional e a Lei n.º 6.815/80.

Na penúltima parte, será abordada a nova orientação do Supremo Tribunal Federal sem ignorar os paradigmas anteriores e seus motivos, a questão da dignidade humana como fronteira para aplicação da prisão perpétua, a adesão do Brasil ao enigmático Tribunal Penal Internacional e a sua (in) aplicabilidade em algumas Constituições contemporâneas.

No último capítulo, será evidenciado o fundamento jurídico e filosófico da liberdade bem como apresentado o princípio da proporcionalidade e seus componentes como critério hábil para solucionar conflitos jurídicos.

E finalmente, na conclusão apresentar-se-á síntese dos pontos principais e algumas propostas teóricas que possam contribuir para solucionar os problemas básicos enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal no processo de extradição.

2 BREVE HISTÓRICO SOBRE A EXTRADIÇÃO

Antes de averiguar o histórico da extradição, impende-se destacar que inexistiu unanimidade entre os doutrinadores acerca da origem da extradição conforme compreendemos hodiernamente.

Segundo o lexicólogo De Plácido e Silva, *extradição* provém das expressões latinas *ex-* e *traditio*, significando *ex*-fora, *traditio*-entrega¹, que significa entrega para fora. Para Gilda Russomano, esse vocábulo não existia na língua latina, aí, apenas encontramos a palavra *traditio*, que significa transportar pessoas ou coisas².

Com o passar do tempo a palavra *extradição* foi modificando até chegar ao estágio em que se encontra, tendo sido usada posteriormente como sinônimo de levar e entregar.

Registra-se, ainda, que ³a extradição desenvolveu-se em respeito à soberania dos Estados, porque o direito de concedê-la ou negá-la é designado ao Estado requerido, bem como para extinguir o "*direito de caça*", onde, um Estado prende um criminoso dentro do território de outro Estado sem qualquer formalismo.

Elizabeth Goiareb aponta que ⁴um dos primeiros documentos históricos a consignar a possibilidade de extradição foi um tratado de paz, celebrado no Egito, entre Ramsés II e Hattisuli, rei dos hititas no século XIV a.C., há mais de três mil e quinhentos anos. Na lição da doutrinadora, este é considerado o documento diplomático mais antigo da humanidade, contendo cláusulas expressas sobre entrega recíproca de refugiados, prevendo, inclusive, a extradição de criminosos políticos.

De modo geral, pode-se conceber esse Tratado de paz celebrado no Egito, como o Tratado de Consagração do instituto da extradição, embora, outros diversos tenham sido celebrados entre Estados com o propósito de entregar infratores da lei.

No decorrer da história podem-se encontrar diversos casos de tratados de paz, haja vista; o acordo celebrado na Itália no ano de 836, entre o príncipe Sicardo de Benevento e os magistrados de Nápoles; o acordo de 840 entre a Veneza e o Imperador Lotário; o pacto entre o rei Henrique II da Inglaterra e Guilherme da Escócia; o pacto entre Pedro I, rei da Castela e o rei de Portugal em 1360; e finalmente o de 1497, entre a Inglaterra e Flandres, permitindo a

¹ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**/atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro, 2004, p.589.

² RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. **Aspectos da Extradição no Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960, p. 22.

³ CASTRO, Joelíria Vey de. **Extradição: Brasil e Mercosul**. 1ªed. Curitiba, 2006, p.30.

⁴ GOIAREB, Elizabeth. **A Extradição no Direito Brasileiro**. 1ªed. Rio de Janeiro: Mauad, 1999, p.26.

entrega em regime de reciprocidade, dos acusados de ilicitude que se refugiassem naqueles países.

Para Elizabete Goiareb, a extradição foi dividida em três períodos distintos:

O primeiro abrangendo Antiguidade, a Idade Média e uma parte dos tempos modernos; o segundo compreende todo o século XVIII e a primeira metade do século XIX; o terceiro, finalmente, com o início na segunda metade daquele século e vindo até nossos dias.⁵

Em registro da supracitada autora, a extradição surge verdadeiramente como instituto, apenas no século XVIII, isto é, no segundo estágio daquela divisão apresentada.

Já para Adilson Vieira Macabu, esses períodos são acrescidos de mais dois, ⁶o quarto, após 1948, em que a evolução do Direito Extradicional revela uma grande preocupação em proteger os direitos humanos, no qual surgem grandes convenções regionais sobre extradição, como a Convenção Européia de Extradicação, de 13.12.1957. E um quinto período, resultante da inquietação provocada pela proliferação dos atos de terrorismo, demonstrando a necessidade de medidas eficazes para evitar que os autores de tais crimes escapem à punição.

Veja-se, portanto, que o instituto da extradição já era utilizado desde a antiguidade, embora fosse empregada tão somente para transportar presos políticos ou aqueles que eram indesejáveis no território em que se encontravam.

A maior comprovação dessa assertiva é a passagem bíblica que se refere à devolução de Sansão aos filisteus mediante a requisição dos israelitas e a entrega de Benjamin a tribo de Israel, acusado de crime de homicídio em Gibeah.

Entretanto, tais registros não dão conta que a extradição era concedida nos mesmos moldes da atualidade, com existência de princípios e preenchimento de pressupostos ou condições, objetivando proteger o acusado conforme se vê nos ordenamentos interno de cada Estado.

Na América Latina a matéria se acha regulamentada em diversos tratados, inclusive pela Convenção de Direito Internacional Privado de 1928 (o Código Bustamante), que foi posteriormente modificado pela Convenção sobre Extradicação (Montevideu, 1932), e pelo Tratado de Direito Penal Internacional (Montevideu, 1940)⁷.

⁵ Idem, p.22.

⁶ MACABU, Adilson Vieira. **A extradição. Sua evolução na doutrina e na prática internacional.** *Revista de Ciência Política*. Rio de Janeiro, n.º2, v.23, maio/agosto. 1980, p.149.

⁷ ACCIOLY, Hildebrando e Silva; NASCIMENTO, Geraldo E. do. **Manual de Direito Internacional Público**. 15ªed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.399.

No Brasil, a extradição era conhecida como ato exclusivamente administrativo. Era regulamentada através da Circular de 04.02.1847 expedida pelo Ministério de Negócios Estrangeiros, e inadmitia extradição de brasileiros bem como extradição por crime político⁸.

Todavia, a primeira lei brasileira a tratar da extradição é a Lei n.º 2.416 de 28 de Junho de 1911, que apesar de conter apenas quinze artigos, garantia princípios básicos da extradição. Proibia a extradição por crimes militares, religiosos, de imprensa e político; exigia o pronunciamento prévio do Supremo Tribunal Federal sobre a legalidade e procedência do pedido; e impunha a solicitação do Estado estrangeiro à permissão do governo Brasileiro para extraditar cidadãos nacionais.

Naquela época os acordos de extradição celebrados somente permitiam a entrega de indivíduos acusados de crimes de rebelião, traição, falsificação de moeda e outros delitos.

Somente no período Republicano é que a extradição passou a ter a intervenção do Poder Judiciário. Entretanto, a Constituição de 1891 não empregava o termo no sentido técnico-jurídico usual da palavra (arts. 34, n.º 32 e 66, n.º4).⁹

A extradição propriamente dita, aparece no contexto brasileiro a partir dos tratados celebrados com Uruguai, Peru, Equador, Portugal, Argentina, Alemanha, França, Inglaterra, e Rússia, mas foi na Constituição de 1934 que apareceu pela primeira vez a dicção “*extradição*”, no art. 76, n.º1, “g” ao determinar que “A Corte Suprema compete 1) processar e julgar originariamente: *extradição de criminosos, requisitada por outras nações*”.

A citada Carta, ainda naquela época, já vedava a extradição de nacionais ou de estrangeiros por crime político ou de opinião, ao dispor no ponto 31 do art.113 que “Não será concedida ao Estado estrangeiro extradição por crime político ou de opinião, nem, em caso algum, de brasileiro”.

A Magna Carta de 1937 manteve parcialmente o princípio da inextraditabilidade de nacionais determinando no art. 122, item 12 que “Nenhum brasileiro poderá ser extraditado por governo estrangeiro”.

⁸ Sublinha Gilda Russomano, que o processo extradicional nessa época, era sumário; por via diplomática mediante reciprocidade, através de notas reversais, o requerente podia pedir a extradição de qualquer acusado de crime grave que estivesse previsto na legislação criminal do Império. O pedido de extradição devia estar instruído por um mandado de prisão ou ato de acusação, para que se mandasse prender o extraditando, que era posto à disposição do Governo que o havia solicitado. **A Extradição no Direito Internacional e no Direito Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p.118.

⁹ Segundo Gilda Russomano nesta época (entre o quinquênio 1906-1911), o governo brasileiro deixou de conceder a extradição fundamentado na reciprocidade, porque o *Poder Judiciário passou a contestar a competência do Executivo para conceder a extradição pedida sem base em acordo internacional, e sim, como simples ato administrativo condicionado, ao compromisso de tratamento análogo em casos futuros semelhantes*. Idem. p.144.

A Lei Fundamental de 1946 (art.141, § 33) determinava que, “Não será concedida a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião e, em caso nenhum, a de brasileiro”.

O Texto Constitucional de 1967 praticamente repete o texto da Constituição de 1934, determinando tão-somente no art.114, alínea g, que compete ao Supremo Tribunal Federal, processar e julgar a extradição requisitada por Estado estrangeiro (...).

Por fim, o Texto Constitucional de 1988 praticamente manteve a redação no art. 5º, inciso LI, vedando a extradição de brasileiro nato, entretanto, inovando quanto a extradição de naturalizado, permitindo que este seja extraditado quando tenha praticado o crime comum antes da naturalização ou comprovado envolvimento em tráfico de entorpecentes e drogas afins.

Veja-se a redação, *in verbis*:

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 de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.

Assim, constata-se que a inextraditabilidade de brasileiro naturalizado é um princípio da aplicação relativa, estando condicionado ao não cometimento de delitos antes da sua naturalização.

Ainda no que se refere à extradição no ordenamento jurídico interno, cumpre destacar a existência de lacuna legislativa sobre o tema. O Texto Constitucional faz mera alusão ao assunto, proibindo a extradição de crime político ou religioso, sem, contudo defini-los ou estabelecer princípios que o devam regular.

Somente o Decreto – lei n.º 394, de 28 de abril de 1938, e a Lei 6.815/80, portadoras de omissões prejudiciais ao ato interpretativo do aplicador da norma, regulamentam o processo de extradição no direito interno¹⁰.

Ressalta-se que, esses microssistemas, já não respondem às exigências impostas pela evolução da sociedade, necessitando de edição de novas leis que abarquem novas modalidades de delitos, novos agentes, e cessem a edição constante e desregrada de portarias do Ministério de Justiça.

A maior crítica que pode ser endereçada a essa situação é que a inexistência de leis eficazes regulamentando o processo de extradição, além de proporcionar impunidade de

¹⁰ O Decreto - lei n.º394 de 28/04/1938 regulamenta a extradição ativa-aquela requerida pelo governo brasileiro ao Estado estrangeiro, enquanto que a extradição passiva, a requerida pelo Estado Estrangeiro ao governo brasileiro, é regida pela Lei n.º6.815/80.

indivíduos que praticam delitos e se refugiam no país, força o aplicador da norma a pautar suas decisões conforme caso concreto, fato que pode provocar a insegurança jurídica.

É imperioso uma reflexão conjunta da doutrina, dos juízes do Supremo Tribunal Federal e dos legisladores para se encontrar uma solução viável para o problema da extradição presente na legislação.

2.1 Conceito

Preliminarmente, impõe-se registrar que, considerando-se a relevância da extradição no cenário internacional na repressão à criminalidade além fronteira, a doutrina internacionalista não tem medido esforços para conceituá-la. É encontrável nela uma variedade de conceitos, sendo todas convergentes quanto aos elementos indispensáveis para sua configuração conforme se destaca logo a seguir.

A despeito da diversidade de conceitos de extradição presente nos manuais dos diferentes autores que tratam do assunto, os conceitos de Hildebrando Accioly e de Francisco Rezek são os mais citados na academia.

Segundo as lições de Hildebrando Accioly e Geraldo Nascimento, a extradição é o ato mediante o qual um Estado entrega o outro indivíduo acusado de haver cometido crime de certa gravidade ou que já se ache condenado por aquele, após haver-se certificado de que os direitos humanos do extraditando serão garantidos¹¹.

Enquanto que para Francisco Rezek:

extradição é a entrega, por um Estado a outro e a pedido deste, de indivíduo que, em seu território, deve responder a processo penal ou cumprir pena, cuidando-se de uma relação executiva, com envolvimento judiciário de ambos os lados: o governo requerente da extradição só toma essa iniciativa em razão da existência de processo penal – findo ou em curso - ante sua Justiça; e o governo do Estado requerido [...] não goza, em geral, de uma prerrogativa de decidir sobre o atendimento do pedido senão depois de um pronunciamento da Justiça local¹².

¹¹ ACCIOLY, Hildebrando e Silva; Geraldo E. do. Op.cit.398. Antes de reformular esse conceito, em 1956 na mesma obra o autor [p.422] conceituava a extradição como: ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo acusado de fato delituoso ou já condenado como criminoso, à justiça de outro Estado, competente para julgá-lo e puni-lo.

¹² REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.210.

Embora não haja exatidão no conteúdo conceitual desses autores, percebe-se certa semelhança quanto aos elementos imprescindíveis para sua configuração, que podem ser resumidos de acordo com Gilda Russomano de seguinte modo: 1) o Estado que a requer; 2) o Estado requerido; 3) o indivíduo procurado ou já julgado no Estado requerente; 4) a presença física desse indivíduo no território do Estado requerido; e 5) a entrega efetiva do reclamado¹³.

Além desses autores, impende trazer outros conceitos construídos nas últimas décadas pela teoria jurídica sobre a extradição.

Nos anos trinta, Manuel Coelho Rodrigues conceituava a extradição como “ato da vontade soberana de um Estado que entrega à justiça repressiva do outro Estado um indivíduo, por este perseguido e reclamado, como acusado ou já condenado por determinado fato sujeito à aplicação da sua lei penal”¹⁴.

Na década de cinquenta, o então Consultor jurídico do Ministério da Justiça Anor Butler Maciel, conceituava a extradição como sendo:

um ato de direito internacional pelo qual um Estado, no exercício de sua soberania, entrega pessoa inculpada ou condenada, que se encontra sob sua jurisdição, dentro de suas fronteiras ou asilada, para o fim de ser processada ou julgada pela prática de certo crime, ou para cumprir determinada pena, que lhe tenha sido imposta, a outro Estado, para isso competente, e que o tenha solicitado¹⁵.

Nota-se nessas duas conceituações, além dos elementos relevantes para a configuração da extradição, o elemento soberania, que aparece de forma patente, advertindo ser um ato que depende também da vontade do Estado onde o procurado se refugiou. Sendo a extradição um ato de soberania, não pode o Estado requerente impor ao Estado requisitado a entrega de um indivíduo sob pena de violar essa soberania.

E finalmente, a conceituação anotada por João Marcelo de Araújo Júnior, em 1994. Na sua concepção, a extradição:

é o processo, fundado em um tratado, no costume ou na promessa de reciprocidade, regulado pela lei interna, através do qual um Estado solicita a outro a entrega de uma pessoa, foragida daquele, que esteja sendo processada ou já condenada em razão de crime, ao qual se aplique a lei do Estado requerente, a fim de que lá se veja processar ou cumpra a pena¹⁶.

¹³ RUSSOMANO, Gilda Maciel Correa Meyer. Op. cit. p.10.

¹⁴ RODRIGUES, Manoel Coelho. **A extradição no direito brasileiro e na legislação comparada**. Tomo 1, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1930, p.3.

¹⁵ MACIEL, Anor Butler. **A extradição**. Revista Forense, ano 51, mar./abr.1954, p.52.

¹⁶ ARAÚJO JUNIOR, João Marcelo de. **Extradição: Aspectos fundamentais**. Revista Forense, ano 90, abr./jun. 1994, v.326, p.61.

Nesta conceituação, o elemento soberania já não aparece como integrante, mas não significa o desvirtuamento do instituto, porquanto, as características fundamentais evidenciadas acima, conforme os ensinamentos de Gilda Russomano, permanecem.

Nesta acepção, cumpre fazer breve diferenciação entre a extradição e outras medidas compulsórias de retirada de cidadãos de território estrangeiro: a expulsão e a deportação.

Francisco Xavier da Silva Guimarães as distingue nos termos seguintes:

Enquanto a expulsão se fundamenta no interesse preservatório da segurança e da ordem política e social do Estado expulsor, a deportação funda-se na entrada ou estada irregular, no País, de estrangeiro que se introduziu no Território Nacional sem necessária autorização. A extradição, a seu turno, tem por base a colaboração internacional no atendimento do interesse persecutório do Estado requerente¹⁷.

Seguindo-se o magistério deste autor, pode-se dizer que, enquanto a extradição depende da provocação do governo estrangeiro por meio de um processo, a deportação e a expulsão são atos nos quais, o poder público age por iniciativa própria, sem a suscitação de um terceiro Estado.

Refletindo sobre as características dessas medidas compulsórias, Francisco Rezek registra que:

A deportação é uma forma de exclusão, do território nacional, daquele estrangeiro que aqui se encontre após uma entrada irregular, ou cuja estada tenha se tornado irregular por excesso de prazo, ou por exercício de trabalho remunerado, no caso do turista. (...) A medida não é punitiva, e, o deportado pode retornar ao país desde o momento em que se tenha provido de documentação regular para o ingresso¹⁸.

Com base nessa exposição, pode-se registrar que a expulsão é um ato político, no qual o estrangeiro é retirado do país por prática de condutas consideradas ofensivas ao interesse nacional, enquanto que a deportação embora tenha também como finalidade a retirada do estrangeiro do território nacional, seu motivo é a entrada ou permanência ilegal conforme reza o artigo 5º, inciso XV, da Constituição Federal e o art. 57 do Estatuto do Estrangeiro e seus parágrafos.

Igualmente ao instituto da expulsão, também a deportação não se aplica ao brasileiro naturalizado, senão consistiria no banimento, modalidade de pena vedada pelo ordenamento constitucional (art.5º, inciso XLVII, d)¹⁹.

¹⁷ GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. **Medidas compulsórias: a deportação, a expulsão e a extradição**. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p.3-4.

¹⁸ REZEK, Francisco José. **Direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 1998, p.196.

¹⁹ Registra-se como exemplo de deportação o incidente ocorrido em março de 2008, quando a Polícia espanhola de fronteira impediu o ingresso de dois estudantes brasileiros do Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, na Espanha. Fato que recebeu destaque nos meios de comunicação nacional e gerou perplexidade da sociedade em virtude do já esperado sensacionalismo midiático.

Não é insignificante anotar que em regra, os institutos da expulsão e da deportação têm regulamentação da lei interna de cada Estado, não sendo imprescindível celebração de tratado bilateral ou multilateral para regulamentação entre os Estados.

Nessa conjuntura, é interessante observar que, não obstante essas medidas compulsórias refletirem a soberania do Estado, cada uma tem características próprias, apesar de ambos serem deferidos pelo Executivo.

Assim sendo, o cidadão deportado quando suprido o vício que ensejou a sua retirada do país (obtendo visto adequado e pago as sanções impostas pela autoridade competente), poderá retornar ao território nacional quando pretender.

Já o expulso, como não teve uma saída voluntária do país, mesmo que retorne de forma legal ao território nacional, sua permanência dependerá de eventual revogação pelo Chefe do Executivo do Decreto que determinou a sua saída forçada do país. Caso contrário, não poderá permanecer, porque sua permanência indesejada é considerada entrada ilegal, fato gerador de nova expulsão.

Por fim, Edgar Carlos de Amorim, na sua obra intitulada “*Direito internacional privado*” resume a diferenciação entre a deportação e a expulsão do seguinte modo:

Três são as linhas de diferenciação: a) quanto á causa; b) quanto ao processo; e c) quanto aos efeitos. Vejam-se no que tange à causa: na deportação o estrangeiro entra irregularmente no território brasileiro ou nele penetra de maneira regular e passa a ser irregular por haver ultrapassado o prazo do visto. Na expulsão, ele está munido de visto em vigor, mas pratica crime contra a segurança nacional, ou contra a ordem política, ou social, a tranqüilidade, ou a moralidade pública, ou torna-se nocivo aos interesses nacionais, bem como inconveniente. Daí por que deverá ser expulso²⁰.

Na verdade, pode-se dizer que na deportação, o estrangeiro é devolvido ao país de onde saiu antes de chegar ao território nacional (país de origem ou um terceiro Estado), por ter ingressado ou permanecido ilegalmente no solo brasileiro. Seu reingresso no país depende tão-somente de sua vontade.

Na expulsão, o estrangeiro ingressa de maneira legal ou ilegal, mas é retirado do país por violação ao interesse nacional. Fato que lhe torna sempre desprezível no país, e dificulta seu eventual retorno.

Em retaliação ao ocorrido, a Polícia Federal brasileira, deportou no mesmo dia, no Aeroporto Internacional de Salvador, sete cidadãos de nacionalidade espanhola. Dado à repercussão do ato, o Planalto e o Itamaraty em nota oficial distribuída à imprensa, justifica a deportação dos espanhóis ao fato do Governo ter decidido aumentar o rigor na fiscalização da entrada de estrangeiros no Brasil.

Custa acreditar que não tenha sido a aplicação de tratamento recíproco pelo Governo brasileiro, embora a justificativa negue essa hipótese. Seja qual for o motivo, se político ou administrativo, o importante é que nenhum Estado é ou pode ser obrigado a manter em seu território cidadão estrangeiro que não deseja. Disponível no site <<http://www.folha.com.br>>. Acesso em: 23/03/ 2008.

²⁰ AMORIM, Edgar Carlos de. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.100.

Neste diapasão, é preciso ressaltar que o direito de expulsão, consoante a lição de Hildebrando Accioly e Geraldo Nascimento,

(...) não pode ser exercido arbitrariamente, isto é, deve restringir-se às estritas necessidades da defesa e da conservação do Estado. É por isso que, segundo a opinião corrente, ele só deve ser aplicado aos estrangeiros que perturbem efetivamente a tranqüilidade ou a ordem pública e constituam um perigo ou uma ameaça para esta, ou se tornem seriamente inconvenientes aos altos interesses do Estado²¹.

Para clarificar a assertiva supra, cita-se a Lei n.º 6.815/80, cujo art.65, *caput* dispõe:

É passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranqüilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais.

Como se vê no presente dispositivo, a expulsão afigura-se como medida administrativa de prevenção aplicada ao estrangeiro que tenha praticado condutas ofensivas aos interesses nacionais.

Nenhum Estado pode ser compelido a manter em seu território, estrangeiro incapaz de se adaptar às suas normas de convivência e que pode se tornar posteriormente fonte de graves problemas. O único Estado que tem a obrigação legal e moral de manter em seu território indivíduo nocivo a si próprio e aos seus propósitos é o Estado cujo este cidadão é nacional.

Finalmente, cabe assinalar que ²²o indivíduo que, em virtude da expulsão, é conduzido ao território do seu país, não deve ser aí perseguido pela justiça, por crime anterior. O indivíduo expulso não deve tampouco – e ainda com razão- ser entregue a terceiro Estado, onde seja procurado por motivo de algum crime do qual seja acusado.

²¹ ACCIOLY, Hildebrando e Silva; NASCIMENTO, Geraldo E. do. Op. cit. p.402

²² Idem, p.403

3 PRINCÍPIOS VETORES DA EXTRADIÇÃO

É conveniente advertir que, a idéia de princípios a ser desenvolvido neste item, se deve ao fato de que os princípios ocupam no sistema normativo a relevante função de harmonizar conflitos entre direitos fundamentais, já que estes são restringíveis e sua aplicação reflete-se em todo o processo de extradição.

Os princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica, consoante lição de Wellington Pacheco Barros e Wellington Gabriel Zachuetto Barros²³.

Oportuna a observação de Rizzatto Nunes, a respeito do tema. Segundo este doutrinador, ²⁴nenhuma interpretação será bem feita se for desprezado um princípio. É que ele, como estrela máxima do universo ético-jurídico, vai sempre influir no conteúdo e alcance de todas as normas.

Em páginas adiante, complementa seu raciocínio registrando que os princípios funcionam como verdadeiras supranormas, isto é, eles, uma vez identificados, agem como regras hierarquicamente superiores às próprias normas positivadas no conjunto das proposições escritas ou mesmo às normas costumeiras.

Observe-se que, o ensinamento desse jurista reforça a idéia de que os princípios são preceitos fundamentais, protetores dos direitos e garantias, na medida em que além de orientar as soluções dos problemas normativos, fundamentam o ordenamento jurídico.

Portanto, os princípios, diferentemente das normas que impõem a realização de determinada conduta, pré-estabelecendo a forma pela qual o intérprete deve se proceder para

²³ BARROS, Wellington Pacheco. **A proporcionalidade como princípio do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.14.

É pacífica a reformulação do entendimento doutrinário acerca da importância dos princípios no ordenamento positivo. Neste sentido, o jurista citado elenca na página 22 da mesma obra as suas seguintes funções:

- 1- *A função orientadora*, quer dizer que os princípios constitucionais servem de norte à criação legislativa e à aplicação de todas as normas jurídicas, constitucionais e infraconstitucionais.
- 2- *A função vinculante*, disciplina que todas as regras do sistema jurídico estão presas aos princípios constitucionais que as inspiraram. São parâmetros aos juízos de constitucionalidade das regras jurídicas e de legalidade das decisões administrativas delas originadas.
- 3- *A função interpretativa*, atualizada com os valores éticos, sociais e políticos, deve respeitar a harmonia entre o conteúdo das regras jurídicas com os princípios.
- 4- *A função supletiva*, que supre a aplicação do direito a situações fáticas que ainda não foram objeto de regulamento próprio; atuam os princípios na lacuna ou insuficiência de norma jurídica que o caso concreto necessite.

²⁴ NUNES, Rizzatto Luís Antônio. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. 5ªed., São Paulo: Saraiva, 2003.p.164.

alcançar aquele objetivo; não estabelecem o percurso, apenas determinam o fim a ser alcançado sem, contudo, indicar o meio, o percurso para a sua realização. Esse caminho deve ser encontrado pelo intérprete daquela norma, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes²⁵.

3.1 Princípio *aut dedere aut judicare*

Aut dedere aut judicare, é expressão latina que significa entregar ou julgar. Este princípio determina a entrega ou o julgamento de indivíduo que, tendo praticado ato ilícito em um Estado, refugia-se em outro, objetivando se desviar das sanções legais do Estado cujo ato ilícito foi cometido.

Sobre este princípio, assevera Francisco Guimarães que, quando o Estado requerido, por força de sua lei interna, não pode atender ao pedido estrangeiro, deverá assumir a posição de guardião do interesse internacional comum, obrigando-se a proceder contra o extraditando, tal como se o crime tivesse sido cometido em seu território²⁶.

Para João Marcelo de Araújo Junior, quando algum delinqüente for reclamado por via de extradição, e o Estado requerido, por força de sua lei interna, não puder atender à justa reivindicação estrangeira, deverá assumir a posição de guardião do interesse internacional comum, obrigando-se a proceder contra o extraditando, como se o crime tivesse sido cometido em seu território²⁷.

Nesse compasso, o princípio *aut dedere aut judicare* fortalece o instituto da extradição na medida em que desenha a função judicial cooperativa no combate à impunidade desejada por infratores da lei.

²⁵ Rogério Tairar, revela que “os princípios, tais como as regras, são uma categoria do conceito norma e se distinguem daquelas por seu caráter abrangente, valorativo e geral: os primeiros enunciam preceitos invioláveis, enquanto as segundas emitem procedimentos destinados a sanar situações específicas previstas em lei”. Ainda de acordo com esse jurista, “os princípios desposados pelo ordenamento jurídico emolduram o contexto no qual as regras adquirem coerência e sentido geral”. Finalmente, importa mencionar que “as regras, se conflitantes, excluem-se mutuamente, enquanto os princípios não, pois o eventual confronto entre dois princípios num caso concreto deverá ser sanado mediante o balanceamento de valores, de sorte a harmonizar sua convivência no âmbito do sistema”. **A dignidade da pessoa humana e o direito penal: a tutela dos direitos fundamentais**. São Paulo: SRS Editora, 2008.p.41-44.

²⁶ GUIMARÃES, Francisco. Op. cit. p.53.

²⁷ ARAÚJO JUNIOR, João Marcelo. Op. cit. p.63.

Conforme será visto no item 3.6, o princípio da dupla incriminação determina a existência de identidade criminal do fato objeto do processo extradicional tanto no ordenamento jurídico do Estado requerente quanto do Estado requerido.

Assim, considera-se que apesar da relevância do princípio “*aut dedere aut judicare*” no auxílio do combate à impunidade, o mesmo não é de aplicação absoluta no processo extraditório do ordenamento jurídico de vários Estados, porque, quando não é obstaculizado pelas Constituições que impedem a entrega do seu nacional, encontra bloqueio na dupla incriminação.

Sendo assim, a aplicação do princípio “*aut dedere aut judicare*” depende da avaliação de caso concreto e ponderação de interesses do governo requisitante e do Estado brasileiro.

3.2 Princípio da legalidade

Muito se discute sobre a importância do princípio da legalidade no Estado Democrático de Direito, tendo em vista que o Poder Público tem o dever de expressar dos seus atos por meio de lei.

Segundo Norberto Bobbio,²⁸ compreende-se a legalidade como o atributo do poder que age em conformidade com determinadas leis previamente estabelecidas. Toda ação deve estar em conformidade com a lei, sendo a legalidade o modo de exercício do poder. Não se confunde a legalidade, enfim, com a questão da legitimidade, que ao seu modo relaciona-se com outros fatores, mormente axiológicos ou racionalmente qualitativos do poder.

Damásio Evangelista de Jesus preleciona que

O princípio da legalidade (ou de reserva legal) tem significado político, no sentido de ser uma garantia constitucional dos direitos do homem. Constitui a garantia fundamental da liberdade civil, que não consiste em fazer tudo o que se quer, mas somente aquilo que a lei permite. À lei e somente a ela compete fixar as limitações que destacam a atividade criminosa da atividade legítima. Esta é a condição de segurança e liberdade individual. Não haveria, com efeito, segurança ou liberdade se a lei atingisse, para punir condutas

²⁸ BÓBBIO, Norberto. **Legalidade e Pluralismo, verbetes do dicionário de política**. Brasília: 1983 p.674.

lícitas quando praticadas, e se os juízes pudessem punir os fatos ainda não incriminados pelo legislador²⁹.

Visando assegurar a garantia da legalidade do processo extradicional e conseqüentemente os direitos do extraditando, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal prescreve que:

Art. 207 - Não se concederá extradição sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a legalidade e a procedência do pedido, observada a legislação vigente.

No mesmo sentido, a Lei n.º6.815/80 determina:

Art.83- Nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Plenário do STF sobre a legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão.

Da mesma forma, estabelece a Constituição Federal:

Art.102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;

A entrega do extraditando não pode ser deferida pelo Chefe do Executivo sem a prévia apreciação sobre a legalidade do processo extraditório, incluindo-se aí os requisitos formais e materiais sob pena de anulação por vício de inconstitucionalidade.

Ressalta Alberto de Barros que, o ³⁰princípio da legalidade impõe a *não* admissão de outras causas delitivas da extradição a não serem aquelas expressamente previstas na composição normativa do instituto.

Sendo assim, pode-se dizer que o princípio da legalidade é o principio orientador à aplicação da pena na medida em que baliza a intervenção estatal nas liberdades individuais do cidadão, evitando que o excesso e arbitrariedade acompanhem o Estado quando é convocado a intervir na vida privada.

Para Francisco Rezek, ³¹o exame da legalidade diz respeito à análise do cumprimento das condições ou pressupostos da extradição, que dizem respeito à condição pessoal do extraditando, ao fato que se lhe atribui, e, finalmente, ao processo que contra si tem ou teve curso no Estado requerente.

Tendo como parâmetro o principio da legalidade, não se concederá a extradição na ausência de lei que possa predefinir o fato imputado ao acusado como crime. Aliás, não é

²⁹ JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal Brasileiro**: parte geral, v.1. 25ªed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.61-62.

³⁰ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. Extradicação e Direito Internacional Penal. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas**, Maceió, Ano I, n.º1, jul./dez.2002, p.16.

³¹ REZEK, Francisco José. Op. cit. p.202.

outro o entendimento de Luiz Régis Prado, quando leciona que ³² não se concederá a extradição sem lei anterior que defina o delito e a pena correspondente ao fato.

Como bem refere Vladimir Passos de Freitas³³, somente são admitidos os delitos expressamente previstos na normativa de extradição. Por oposição, certos ilícitos-como os políticos ou de opinião são expressamente executados, pois estes podem dar lugar ao instituto simetricamente oposto da extradição, que é o asilo.

O que se pode afirmar é que o princípio da legalidade restringe o poder punitivo estatal, na exata medida em que impede que o Estado, quando chamado a punir um indivíduo acusado de prática de ato delituoso o faça de forma arbitrária e ilimitada.

Como acima referido, em face de tamanha relevância para o Estado Democrático de Direito, este princípio encontra amparo no rol de direitos e garantias do Texto Constitucional (art. 5º, inciso XXXIX) expresso, *in verbis*:

Não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal

O inciso II do art. 5º bem como o art.º37, *caput*, da Constituição Federal também consagrou o referido princípio ao dispor que:

Art. 5º, II- ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).

Ao fazer uma análise do princípio da legalidade Maurício Lopes aduz que:

As ações humanas passíveis de reprovação penal que sujeitem o indivíduo a restrições à liberdade ou outras medidas de caráter repressivo devem estar previstas expressamente em lei vigente à época do fato e de cujo conteúdo tenha sido dado conhecimento público a todos quantos se achem sob jurisdição do Estado³⁴.

³² PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: parte geral, v.1.7ªed.rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.208.

³³ FREITAS, Vladimir Passos de. **Comentários ao Estatuto do Estrangeiro e Opção de Nacionalidade**. Campinas/SP: Millenium, 2006.p.171.

³⁴ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Legalidade Penal**. Projeções Contemporâneas. Série Princípios Fundamentais do Direito Penal Moderno. Vol.01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.34.

O princípio da legalidade constitui uma garantia individual do cidadão face ao Poder Público, que não pode restringir direito e garantias sem tipificação legal sob pena de ofensa de valores relevantes constitucionalmente protegidos.

O princípio da legalidade confere maior garantia ao direito de liberdade, porquanto, assegura que o único instrumento hábil para, de forma legítima, restringir a esfera de autonomia do indivíduo é a lei, decorrente de ato emanado de um órgão que, ao menos em tese, o representa (ou manifesta aquela que seria a vontade geral da comunidade política)³⁵.

Finalmente, é relevante acentuar que³⁶ as limitações impostas ao poder punitivo do Estado visam impedir o despotismo do poder público e evitar atrocidades como aquela ocorrida antes da reforma penal ocorrida no século XVIII.

3.3 Princípio da especialidade

O princípio da especialidade também conhecido sob a designação de *princípio do efeito limitativo da extradição*, consagrado em grande parte de tratados de extradição celebrado pelo Brasil, impede o extraditando de ser processado ou condenado por delito diferente daquele que motivou a solicitação.

Ensina João Marcelo, que o princípio da especialidade se caracteriza por impedir que o extraditado seja perseguido, condenado, ou por qualquer outro modo, cerceado em sua liberdade no Estado requerido, por outro crime, anterior à sua entrega³⁷.

Deste modo, constitui-se uma orientação patenteada pelo legislador ordinário que visa assegurar a intangibilidade dos direitos fundamentais do extraditando no processo cooperacional, sobretudo, o direito à vida e a liberdade.

Assim, prescreve o art.91, I da lei n.º6.815/80:

Não será efetivada a entrega sem que o Estado requerente assumo o compromisso de não ser o extraditando preso nem processado por fatos anteriores ao pedido.

Neste sentido, destaca João Marcelo de Araújo Junior que o³⁸ extraditado é o titular das garantias decorrentes do princípio da especialidade e, portanto, está legitimado para

³⁵ VICENTE PAULO, Marcelo Alexandrino. **Direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p.59.

³⁶ CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Teoria da Pena**: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.126.

³⁷ ARAUJO JUNIOR, João Marcelo de. Op.cit. p.67.

³⁸ Idem, p.68

utilizar todos os meios disponíveis a fazer valer os direitos daí decorrentes. Assim sendo, poderá agir perante os tribunais do Estado requerente para compelir as autoridades locais a cumprir as obrigações assumidas perante outros Estados em relação à sua extradição. Da mesma forma, está, também, legitimado para manifestar um protesto perante o Estado requerido diante da violação da “*regle de la specialité*”.

Neste ponto, destaca Arthur Brito que ³⁹este postulado do direito de extradição visa proporcionar maior segurança às relações entre os Estados envolvidos na repressão internacional ao crime e, apesar de não ter um parâmetro preciso no direito brasileiro, pode ser deduzido da cláusula expressa no artigo 91, inciso I, da Lei n.º 6.815/80, pela qual o Estado requerente, no momento da efetivação da extradição, deve assumir o compromisso de “*não ser o extraditando preso nem processado por fatos anteriores ao pedido*”.

O princípio da especialidade possui cunho misto, porque, além de propiciar maior confiança nas relações entre os Estados no combate à criminalidade, garante ao extraditando o direito de ser informado sobre o motivo e a causa da acusação, funcionando como efeito limitativo da extradição⁴⁰.

Em sinopse, o princípio da especialidade é uma licença concedida pelo governo Brasileiro ao Estado estrangeiro, após a solicitação deste para que processe ou julgue o extraditando por crime diverso daquele que motivou o pedido extradicional.

O Supremo Tribunal Federal, no cumprimento da sua tarefa –controle de legalidade– conforme a determinação constitucional tem permitido a aplicação do pedido de extensão efetuado por Governo estrangeiro para processar e julgar o extraditando por crime diverso daquele que ensejou o processo de extradição.

Mencionando tal princípio, a relatora do processo extradicional, n.º 661, originário do governo Italiano, Ministra Ellen Gracie entendeu que o princípio da especialidade não possui natureza absoluta ao ponto de permitir a impunidade de indivíduos infratores da lei. Eventual obstáculo apenas é criado por esta Corte Máxima quando se tratar de Estados cujo desrespeito aos direitos humanos constitui rotina. No Acórdão, manifestou a Ministra, *in verbis*:

Princípio da especialidade (Lei 6.815/80, artigo 91, I). Efeito limitativo da extradição. Mitigação pelo emprego de interpretação jurisprudencial. Tendo ocorrido o fato antes do pedido originário da extradição, mas, posteriormente, realizada sua apuração pelo país requerente, há de ser deferido o pedido de extensão. Precedentes. Mesmo estando o súdito no Brasil ao tempo do pedido, este fato por si só não configura fator impeditivo do deferimento do pedido, tendo em vista que

³⁹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **As novas tendências do direito extradicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.23.

⁴⁰ REZEK, Francisco José. Op. cit. p.196.

atualmente ele já se encontra sob a custódia do país suplicante. Ausência da necessidade de postulação de extradição autônoma, em atendimento ao princípio da economia processual. (Ext.661, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 27-6-02, Plenário, *DJ* de 16-8-02)⁴¹

O que se verifica, portanto, a partir do julgado ora colacionado, é que a jurisprudência tem-se pautado e aplicado a regra da especialidade como garantia do extraditando contra artifícios tendentes a puni-lo além do previsto legalmente, e, assegurando simultaneamente que não ficassem impunes os atos praticados por este antes de se refugiar no país.

Posicionamento que se compartilha porque o princípio da especialidade não deve servir de pretexto para cobrir a impunidade dos indivíduos que praticam atos ilícitos conscientemente e refugiam-se no país visando subtraírem-se a punição.

Portanto, o princípio da especialidade – que não se reveste de caráter absolutamente atuará como obstáculo jurídico ao atendimento de pedido de extensão extradiciona, quando este, formulado com evidente desrespeito ao postulado da boa fé que deve informar o comportamento dos Estados soberanos em suas recíprocas relações no plano da Sociedade Internacional, veicular pretensões estatais eventualmente destituídas de legitimidade⁴².

Crê-se, portanto, que o posicionamento firme desta Corte propugnando pelo não cerceamento indevido à liberdade do extraditando demonstra respeito à comunidade estrangeira, que teve a sua ordem jurídica violada, e, assegura ao acusado o direito a um processo justo, bem como a certeza de que impunidade desejada não encontra obstáculo além fronteira.

3.4 Princípio da prevalência dos tratados

Em regra, a concessão da extradição no ordenamento positivo brasileiro tem como base legal o tratado. É este que delinea as condições a que as partes pactuantes estão submetidas para proceder à entrega do indivíduo acusado de prática de delitos.

⁴¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º661**. Disponível in <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ext+661&base=baseAcordãos>>. Acesso em: 11 Nov. 2010.

⁴²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º853**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ext%201010%20alemanha&base=baseAcordãos>>. Acesso em: 11 Nov. 2010.

Nesse contexto, prescreve o art.76, da Lei n.º6815/80 que a extradição poderá ser concedida quando o governo requerente se fundamentar em tratado, ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade.

Segundo Yussef Said Cahali, a existência de tratado torna obrigatória a extradição nos casos ali previstos. Entretanto, pontua que na relação deve prevalecer o primado absoluto da Constituição, há uma hierarquia entre as regras da extradição, que assim se estabelece: em primeiro lugar, os tratados internacionais e em segundo lugar, a legislação interna⁴³.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente manifestado sobre essa questão e entendido que na hipótese de conflito entre tratado e lei interna, prevalece o tratado sobre a lei interna tendo em vista que aquele tem caráter especial.

Vejam- se os seguintes acórdãos desta Corte, *in verbis*:

EXTRADIÇÃO...PARIDADE NORMATIVA ENTRE LEIS ORDINÁRIAS BRASILEIRAS E TRATADOS INTERNACIONAIS-EXTRADIÇÃO E PRESCRIÇÃO PENAL...2.Tratados e convenções internacionais- tendo-se presente o sistema jurídico existente no Brasil (RTJ 83/809) –guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado brasileiro. A normatividade emergente dos tratados internacionais, dentro do sistema jurídico brasileiro, permite situar esses atos de direito internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as leis internas do Brasil. A eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno brasileiro somente ocorrerá-presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico-, não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre em face da aplicação do critério cronológico (*Lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes. 3. Não se concederá a extradição quando estiver extinta a punibilidade do extraditando pela consumação da prescrição penal, seja nos termos da lei brasileira, seja segundo o ordenamento positivo do Estado requerente. A satisfação da exigência concernente à dupla punibilidade constitui requisito essencial ao deferimento do pedido extradicional. Com a consumação da prescrição penal extraordinária pertinente ao delito de corrupção passiva, reconhecida nos termos da legislação criminal peruana, inviabilizou-se – no que concerne a essa específica modalidade de crime contra a Administração Pública- a possibilidade de deferimento da postulação extradicional. (STF- Ext.662- Rel. Min. Celso de Mello- DJU 30/05/1997)⁴⁴.

Tratado bilateral, no Brasil, tem hierarquia de lei ordinária e natureza de lei especial, que afasta a incidência da lei geral de extradição. Tratado de Extradição Brasil - Estados Unidos: rol taxativo de delitos cuja imputação obriga à extradição, no qual não se compreendem os crimes comuns cogitados para caracterizar, posto inexistente a falência, a tipicidade no Brasil dos fatos atribuídos ao extraditando nos Estados Unidos. (Ext. 795, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 8-8-01, Plenário, DJ de 6-4-01).

⁴³CAHALI, Yussef Said. **Estatuto do Estrangeiro**. São Paulo: Saraiva,1983.p.310.

⁴⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º662**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=Ext.SCLA.%20E%20662.NUME&base=baseAcordãos>>. Acesso em: 18 Nov. 2010.

Como se vê, esta é uma orientação consolidada na Excelsa Corte no sentido de que a lei especial, neste caso, o tratado de extradição celebrado com o Estado estrangeiro, não contrariando a Lei Maior, prevalece sobre a lei ordinária, impedindo deste modo, a existência de conflito, conferindo maior proteção ao extraditando.

3.5 Princípio da reciprocidade

Muito se tem discutido acerca do princípio da reciprocidade na doutrina em virtude de sua aparição subsidiária, isto é, quando no processo extradicional uma das partes não tem como suporte legal para o pedido de extradição do indivíduo que se refugiou em seu território o tratado de extradição que permita a sua entrega e impedir a sua impunidade.

Proveniente do termo latino *reciprocitas*, a reciprocidade significa a condição ou a qualidade daquilo que é recíproco (*reciprocus*), isto é, situação em que são estabelecidas condições mútuas ou correspondentes. A reciprocidade, pois, implica na identidade ou na igualdade de direitos, de obrigações ou de benefícios⁴⁵.

Alberto Jorge Correia de Barros Lima, conceitua as promessas de reciprocidade como acordos entre países sem tratados de extradição, pelos quais estes se obrigam pela entrega de um determinado ou determinados agentes criminosos⁴⁶.

Visando resolver o problema, o art.76 do Estatuto do Estrangeiro dispõe expressamente que a extradição somente poderá ser concedida quando o governo requerente fundamentar em tratado, ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade.

Porém, o problema persiste porque as promessas de reciprocidade não possuem o mesmo rito formal dos tratados, e não obrigam as partes envolvidas a realizarem o seu cumprimento e, além disso, as promessas de reciprocidade não sujeitam as partes a sanções.

Ao tratar do tema, pontifica Francisco Rezek que:

A promessa de reciprocidade em matéria extradicional tanto pode ser acolhida quanto rejeitada, sem fundamentação, pelo governo brasileiro. Sua aceitação não significa, em absoluto, um compromisso internacional sujeito ao referendo do Congresso. Ao governo é lícito, ademais, declinar da promessa formulada, em espécie, por país cujas solicitações anteriores tenham tido melhor êxito⁴⁷.

⁴⁵ DE PLÁCIDO E SILVA. Op. cit. p.678-679.

⁴⁶ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. Op. cit. p. 16.

⁴⁷ REZEK, José Francisco. Op.cit. p.198.

Como se infere do pensamento do autor, não há qualquer obrigação do governo brasileiro cumprir fielmente promessas que não sejam do interesse nacional. É possível que haja um dever moral de extraditar, tendo em vista a necessidade dos Estados se colaborarem objetivando frear a impunidade. Jamais uma obrigação, sobretudo quando se trata de países que costumeiramente violam os direitos humanos e colocam em perigo a integridade física do acusado.

Já para Elizabeth Goiareb, a declaração de reciprocidade é fonte reconhecida do direito extradicional na doutrina e na jurisprudência, possuindo a mesma natureza jurídica dos tratados. Para a autora, a declaração de reciprocidade difere de tratados porque o seu campo de aplicação é mais restrito e pode ser, a qualquer momento, denunciada, por um dos governos interessados⁴⁸.

Abordando da questão Yussef Said Cahali postula que, a extradição somente poderá ser concedida, nas condições estatuídas em lei. Na sua ausência, a promessa de reciprocidade aparece como requisito legal que não pode ser dispensado pelo Executivo nem pelo Judiciário.

A posição do autor leva a compreensão de que a configuração do processo extradicional por meio de promessa de reciprocidade somente pode ser feito à semelhança do que prescreve a lei de extradição vigente. Condições especiais, por ventura acrescidas na promessa de reciprocidade não podem ser a margem do que ocorre nos pedidos de extradição com países cujo tratado de extradição o Brasil possui.

Neste compasso, Francisco Xavier da Silva defende que a promessa de reciprocidade de tratamento enseja que o pedido de extradição se subordine à lei interna do país. Para o autor, essa promessa é inviolável, pois a sua aceitação, por se tratar de requisito imposto por lei em caráter absoluto, não pode ser afastado ou dispensado. Ainda segundo o autor, a reciprocidade de tratamento em matéria extradicional, é mais de natureza política do que uma exigência da justiça porque a aceitação da promessa de reciprocidade é da alçada exclusiva do Poder Executivo e independe da apreciação do Poder judiciário.

Impende ressaltar, que a aceitação do pedido de reciprocidade apesar de ser da competência do Poder Executivo, seus aspectos legais dependem da manifestação do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que a Carta Magna outorga a esta instituição a tarefa de analisar a legalidade do pedido efetuado pelo Estado estrangeiro.

⁴⁸ GOIAREB, Elizabeth. Op. cit. p.49.

Na visão de Carolina Lisboa, se o Estado requerente invocar a existência de reciprocidade oferecida pelo Brasil – o país – não poderá frustrar o exame do pedido que, se legal e procedente, imporá o atendimento como resultante da palavra empenhada.

Ao remeter ao Supremo Tribunal Federal os documentos justificadores da extradição, o Poder Executivo já denuncia, com sua iniciativa, a aceitação do pedido formulado, que é de sua alçada exclusiva⁴⁹.

Celso de Mello partilha o entendimento de não obrigatoriedade de aceitação da promessa de reciprocidade como ato instrumento capaz de forçar o Estado a conceder a extradição, tarefa exclusiva de tratado internacional. A promessa de reciprocidade na visão do Ministro não cria direito, e, portanto, não pode ser invocado para obter a extradição. É o que se depreende da seguinte observação:

Inobstante a existência de uma solidariedade entre os Estados na luta contra o crime, e de um dever moral dos Estados, que é o de assistência mútua, incluindo-se nela a repressão a criminalidade, fazendo da repressão um instituto necessário para a eficácia da repressão à criminalidade, é certo, contudo que tais razões não foram ainda suficientes para criar um direito e o correspondente dever de extradição na ordem jurídica internacional; o direito e o dever só existirão quando houver um tratado internacional que os consagre; na ausência de um tratado, pode existir um dever moral de extraditar um criminoso, mas não um dever jurídico⁵⁰.

Neste sentido, a ausência de tratado que enumere os crimes passíveis de extradição torna a promessa de reciprocidade sujeita à casuística e ao bom senso dos Estados envolventes no processo extradicional, considerando-se que o Estado requerido não está obrigado a atender ao pedido que não tenha base convencional, e o Estado requerente não pode responsabilizá-lo por tal ação.

Situação que certamente tem solução imediata, quando existe tratado prévio regulamentando o pedido de extradição entre os Estados. Nessa hipótese, a recusa enseja denúncia e responsabilidade perante a ONU, por violação de um tratado internacional.

Neste diapasão, leciona Joelíria Vey de Castro que,⁵¹ quando o pedido se alicerçar na mera promessa de reciprocidade, a recusa pode ser sumária, devido a sua frágil e precária estrutura, pois não há norma que a defina. Mas se o pedido se fundar na existência de reciprocidade com o Estado requerido, deverá haver a extradição, se outros requisitos estiverem presentes.

⁴⁹ LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. **A relação extradicional no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p.127.

⁵⁰ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1021.

⁵¹ CASTRO, Joelíria Vey de. Op. cit. p.30.

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento pacífico que a ausência de tratado de extradição não é empecilho para a sua concessão. Em diversos pedidos de extradição, o Pretório buscando aplicação do Direito Comunitário tem deferido extradições somente com base na promessa de reciprocidade.

É o que verifica da ementa do pedido de Extradição n.º 924, proveniente da República Federal Alemã, *in verbis*:

EMENTA: Extradição. **Promessa de reciprocidade.** Crime de receptação. Dupla tipicidade. Prescrição da pretensão punitiva. Inocorrência. Negativa da autoria. Requisitos preenchidos. LEI 6.815/1980. Apresenta-se viável o pedido de extradição, ainda que inexista tratado de extradição firmado com o Brasil, uma vez que o país solicitante apresentou promessa de reciprocidade (Lei 6.815/1980, art. 76). Infere-se, dos documentos apresentados junto às Notas Verbais, que o crime praticado pelo extraditando corresponde, no Brasil, ao de receptação. Atendida, assim, a exigência da dupla tipicidade. A extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva não ocorreu nem à luz da legislação alemã, nem da brasileira. Não cabe, em processo de extradição, o exame do mérito da pretensão penal deduzida em juízo no país solicitante, razão por que alegações concernentes à matéria de defesa própria da ação penal não elidem o deferimento do pedido. Precedentes. Preenchidas todas as condições de admissibilidade previstas pelo Estatuto do Estrangeiro, defere-se o pedido de extradição. Ressalva para que seja detraído o tempo de permanência na prisão no Brasil em razão deste pedido extradicional. Pedido de extradição integralmente deferido. (STF, Ext. 924 / RFA, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, julgamento em 01/12/2005)⁵².

Na análise do pedido, o Relator juiz Joaquim Barbosa, no seu voto, decidiu pela extradição da acusada, condicionando apenas à entrega que fosse efetivada a detração do tempo de prisão ao qual ela foi submetida no Brasil.

De tal modo, o Supremo reforça a compreensão que não havendo tratado previamente celebrado entre o Estado brasileiro e o Estado requerente, a reciprocidade opera como fundamento jurídico do processo extradicional se o Estado estrangeiro aceitar proceder de igual forma quando o Brasil for o interessado.

Na busca constante para uma cooperação penal internacional entre os Estados, bem como na punibilidade de delinquentes que se refugiam em outros territórios, na falta de tratado, este princípio da reciprocidade deve ser utilizado, uma vez que oferece ao indivíduo a garantia de que só será extraditado se a legalidade e procedência do pedido estiverem de acordo com as leis do Estado requerido⁵³.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º924**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ext+924&base=baseAcordãos>>. Acesso em: 10 Nov. 2010.

⁵³ CASTRO, Joélíria Vey de. Op. cit. p.30.

Na Extradução n.º 1010, solicitada pela Alemanha, o Estado brasileiro se viu diante de uma situação curiosa, e que expressa bem a dificuldade de sustentar a cooperação penal internacional com base em promessa de reciprocidade⁵⁴.

Mediante o compromisso de reciprocidade, a Alemanha havia requerido a extradição de brasileiro naturalizado, por tráfico ilícito de entorpecentes naquele Estado antes da naturalização. Entretanto, verificou-se, que a Constituição alemã proíbe de forma expressa a extradição de nacional alemão, sem ressalvas para o naturalizado como ocorre na ordem jurídica interna⁵⁵.

Após longo debate, o relator Min. Joaquim Barbosa citou o precedente a Ext. n.º 504 solicitada pela República da Itália que na época também havia sido negada por ausência de amparo constitucional, e sustentou que os fatos que fundamentam o pedido são anteriores à naturalização e por isso deviam ser enquadrados na regra que permite a extradição por crimes comum anteriores à naturalização. Então, caso fosse extraditado deveria ser punido tão – somente por fatos praticados antes da naturalização.

Dias depois, o Ministro reformulou seu voto, passando a entender que a República Federativa Alemã não está em condições de cumprir o compromisso de reciprocidade e decidiu pela extinção do processo sem o julgamento de mérito, ressaltando a possibilidade da aplicação extraterritorial da lei penal brasileira.

O Ministro Carlos Britto, no seu voto acompanhou o relator e decidiu pela extinção do processo com a imediata soltura do extraditando, caso tivesse o direito à liberdade cerceada. Aduziu que a promessa de reciprocidade era absolutamente inexequível, por incompatibilidade com o que dispõe a Constituição do Estado requerente, fato que leva o pedido de extradição efetuado pelo Governo alemão perder o seu fundamento de legitimidade.

Por outro lado, ainda segundo o Ministro, a ausência de tratado bilateral de extradição, torna o pleito extradicional insuscetível por absoluta ausência de substrato legal e fundamento moral.

⁵⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradução n.º1010**. Disponível *in*: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ext%201010%20alemanha&base=baseAcordaos>>. Acesso em 11 Nov. 2010. Extradução n.º1010/ Alemanha. Relator Min. Joaquim Barbosa.

⁵⁵ Lei Fundamental de Bonn proíbe a extradição de nacionais alemães, conforme o art.16, n.º2:

I- Os Direitos Fundamentais

Art.16 (Perda de nacionalidade, extradição)

1. Nenhum alemão poderá ser privado de sua nacionalidade. A perda da nacionalidade só poderá ocorrer em virtude de uma lei e, se contra a vontade da pessoa afetada, somente quando ela não vier se tornar apátrida em decorrência do ato.

§2. Nenhum Alemão poderá ser extraditado para um país estrangeiro. A lei pode estabelecer uma regulamentação divergente para extradições a um estado-membro da União Européia ou a um Tribunal Internacional, enquanto sejam assegurados os princípios de Estado de Direito.

Aduzindo como referência o precedente (Ext. n.º541), o Ministro Sepúlveda Pertence, acompanhou voto do relator Joaquim Barbosa.

Os Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes e Ellen Gracie (Presidente) também votaram pela a extinção do feito, sem julgamento de mérito.

Diante do exposto, é possível afirmar que a promessa de reciprocidade é um instrumento político-jurídico que apesar da sua importância na repressão à criminalidade não é de aplicação imediata, encontra obstáculo na Lei Maior de cada Estado.

Não é possível a sua aplicação quando a Lei Fundamental de um dos Estados envolvidos no processo extraditório proíbe que o seu nacional seja entregue a outro para tal fim.

E finalmente, cabe anotar que sua aplicação não enseja a certeza de cumprimento pelas partes envolvidas no processo extraditório. Elas cumprem-na se assim entenderem e quiserem. Afinal, a promessa de reciprocidade tem como embasamento apenas uma nota verbal, formalmente transmitida via diplomática.

3.6 Princípio da dupla tipificação

O princípio da dupla tipificação ou da identidade proíbe a punição do extraditando se o fato praticado por este não for considerado crime tanto no país onde realizou os atos quanto no Estado em que busca o refúgio.

Segundo Mirtô Fraga, esta exigência é lógica, o instituto da extradição visa à repressão à criminalidade. Em matéria penal predomina o princípio da lei mais benigna. O fato deve ser considerado crime, isto é, infração de certa gravidade, excluindo-se, portanto a contravenção⁵⁶.

Para Joelíria de Castro, o princípio da dupla tipificação é uma garantia essencial para que o indivíduo não tenha seu direito à liberdade cerceada, se o crime que cometeu não estiver tipificado nas legislações penais dos Estados envolvidos⁵⁷.

Compartilhando deste entendimento Elizabeth Goiareb doutrina que o princípio da dupla incriminação é uma garantia essencial ao direito de liberdade, uma vez que impede a

⁵⁶ FRAGA, Mirtô. **O Novo Estatuto do Estrangeiro Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.p. 298.

⁵⁷ CASTRO, Joelíria Vey de. Op. cit. p.28.

violação do princípio *nulla poena sine lege*. O que não significa que os crimes devam estar definidos em ambas as legislações com mesmas palavras⁵⁸.

Essa garantia encontra guarida no art.77, inciso II, da Lei n.º 6.815/80 ao determinar que “Não se concederá a extradição quando o fato que motivar o pedido não for considerado crime no país de refúgio”.

De acordo com João Marcelo de Araújo Junior,⁵⁹o princípio da dupla incriminação não quer significar que os crimes devam ser definidos em ambas as legislações com as mesmas palavras. O autor entende que o importante não é a semelhança formal entre os tipos legais de crimes nos dois Estados interessados, mas sim que os fatos que fundamentam a acusação ou a condenação dêem lugar a uma acusação ou convenção ou condenação equivalente no Estado requerido. Os tribunais devem verificar se a conduta atribuída ao extraditando constituiria crime em ambos os países.

Isso significa, portanto, que para o pedido extradicional ser acolhido pelo Estado brasileiro não é preciso que o fato típico tenha exata definição conforme as normas internas, mas apenas à correspondência com as leis nacionais. Aliás, não é outro o pensamento de Neemias Carvalho Miranda. Segundo o autor, não⁶⁰se exige, a mesma descrição legal do fato, ou seja, idêntica tipicidade, nem mesmo apenamento. Tão- somente que aquele fato esteja capitulado no ordenamento dos dois países.

Nesse sentido, tem-se por atendido o princípio da dupla tipicidade quando os fatos ilícitos, mesmo não guardando identidade de denominação jurídica com os tipos penais definidos pelo ordenamento positivo brasileiro, são igualmente incriminados, não obstante a falta de coincidência de sua designação legal, tanto pela legislação do Estado requerente quanto pelo sistema normativo vigente no Brasil. (Ext. 605, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 20/04/94, Plenário, DJ de 06/05/94).

Ao fazer uma análise sobre o princípio da identidade, Celso Albuquerque de Mello refere que este princípio tem sido criticado, tendo em vista que um Estado deve respeitar a legislação do outro que considera aquele fato como crime; e que podem surgir problemas na sua aplicação, como no caso de o fato ser punido com um *nomen júri diferent*⁶¹.

No entanto, o autor não expõe exatamente quais críticas são feitas. De acordo com a simples referência feita por aquele jurista é possível afirmar que estas críticas não foram

⁵⁸ GOIAREB, Elizabeth. Op. cit. p.56.

⁵⁹ ARAÚJO JUNIOR, João Marcelo de. Op. cit. p.63.

⁶⁰ MIRANDA, Neemias Carvalho. **Extradição: Decisões Contraditórias no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.17.

⁶¹ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. Op. cit. p.1024.

acolhidas pela doutrina nacional em virtude do silêncio com o qual é tratado o assunto em manuais cujo tema da extradição é dissecado.

Em registro sobre a dupla tipicidade, Carlos Enrique Maciel afirma que:

É irrelevante a diferença no quantum da pena assim como não importa eventual divergência quanto a nomenclatura atribuída à entidade delituosa pelas legislações em cotejo, nem mesmo pequenas discrepâncias quanto a descrição do tipo penal. Para a satisfação do princípio da identidade, basta que o fato narrado apresente os elementos estruturantes da capitulação delitiva contida na norma incriminadora estrangeira e em correspondência com o teor da lei penal brasileira⁶².

E complementa:

Cobra-se simetria normativa, não um embasamento teórico uniforme. Ao Governo solicitante da extradição é inoponível a interpretação dada a norma incriminadora pela doutrina e jurisprudência brasileiras, na medida em que estas não podem sobrepor-se ao direito positivo de outro país ou à hermenêutica adotada pelo tribunal estrangeiro. Exemplo: no crime de dano ao patrimônio público causado por evasão da prisão, não será obstáculo à extradição a alegação de que o fugitivo teria agido sem o elemento subjetivo do tipo, e, assim, sua conduta seria impunível no Brasil⁶³.

Deste modo, entende-se que não há exigência de semelhança nominal entre os delitos, basta-se apenas que a conduta imputada como crime tenha um correspondente no país Estrangeiro e no Brasil e que o fato seja punível em ambos Estados.

Sobre o postulado da dupla tipicidade, o Supremo Tribunal Federal por maioria dos seus ministros, vem entendendo que a divergência sobre a nomenclatura do delito praticado não é essencial para determinar o tipo, mas, sim os elementos estruturantes do tipo penal. No Acórdão da Extradicação n.º 977, oriunda do Governo lusitano, o relator Ministro Celso de Mello acentuou que⁶⁴:

O postulado da dupla tipicidade – por constituir requisito essencial ao atendimento do pedido de extradição – **impõe** que o ilícito penal atribuído ao extraditando seja

⁶² MACIEL, Carlos Enrique. **Extradicação: aspectos materiais e processuais**. *Revista Jurídica*, Campinas, v.23, n.1, 2007.p.19.

⁶³ Idem, p.20.

⁶⁴ Sobre o problema de correspondência e de nomenclatura de crimes no Estado estrangeiro e no Brasil, os seguintes exemplos deferidos pelo STF elucidam o mesmo:

1- Não há perfeita coincidência formal entre o delito de *conspiracy* existente nos Estados Unidos, e o crime de bando ou quadrilha, conforme punido no Brasil (art.288 do Código Penal), muito embora assemelhados entre si. Carlos Enrique Maciel explica que a diferença principal é que o delito estrangeiro (conspiração) já se consuma com a associação entre duas ou mais pessoas com vista a futuras práticas criminosas, ao passo que o delito brasileiro (bando ou quadrilha) exige que a *societas delinquentium* reúna, no mínimo, quatro indivíduos. Deste modo, a extradição pelo delito de *conspiracy* dependerá das particularidades do caso: só será deferida, se com certa estabilidade, o extraditando estivesse integrado com três ou mais criminosos, não atingindo esse número, o fato, no Brasil, é penalmente atípico, o que impedirá a entrega do extraditando.

2- O delito de falsificação de títulos de dívida pública e bônus de Tesouro Nacional – direito argentino- é equiparado ao de moeda falsa. Ext. n.º295. 18/11/1970. 3-Fato semelhante ocorre no crime de burla, previsto no art.451, n.º3, do Código Penal português, consubstancia fatos que constituem, no direito brasileiro, estelionato. Ext. n.º305, 06/12/1972. RTJ, 64: 567.

juridicamente qualificado como crime **tanto** no Brasil quanto no Estado requerente, **sendo irrelevante**, para esse específico efeito, **a eventual variação terminológica** registrada nas leis penais em confronto. O que realmente importa, na aferição do postulado da dupla tipicidade, **é a presença** dos elementos estruturantes do tipo penal (“*essentialia delicti*”), **tais como definidos** nos preceitos primários de incriminação **constantes** da legislação brasileira **e vigentes** no ordenamento positivo do Estado requerente, **independentemente** da designação formal por eles atribuída aos fatos delituosos. (Ext. 977/República Portuguesa, Rel. Min. Celso de Mello.)⁶⁵

Para o eminente relator, Ministro Celso de Mello, o fato merecedor de importância na aferição do pedido não é a terminologia que a conduta recebe em Portugal ou no Brasil, mas sim, a existência dos elementos que estruturam o tipo, os dados que compõem a descrição concreta da conduta proibida praticada pelo extraditando.

Cumprir registrar neste ponto, que, apesar do princípio da dupla identidade ser uma garantia do indivíduo contra a arbitrariedade do Estado, pode, de outro lado, ser considerado como obstáculo à realização da Justiça quando o crime praticado pelo extraditando não encontra correspondência na lei brasileira, fato que impede a sua entrega.

Entende-se que, para solucionar esta incoerência e evitar que o extraditando se vanglorie dos seus atos reprováveis o governo brasileiro deve alterar a Lei n.º6.815/80 de forma a aplicar alternativamente, em substituição a pena que cumpriria no Estado em que cometeu o delito, pena restritiva de direito como a limitação de fim de semana, prestação de serviço à comunidade, ou mesmo a pena de multa ao mesmo.

Corrigindo distorções existentes no atual processo extradicional, editando nova Lei que se adéque as novas formas de criminalidade, certamente que diminuiria vertiginosamente a impunidade dos que se refugiam no país após cometimento de crimes em seus países ou em um terceiro Estado.

3.7 Princípio da exclusão dos crimes não comuns

Tradicionalmente, os tratados de extradição costumam excluir os crimes não comuns como crime político, de opinião, de imprensa, crimes militares e religiosos do rol de crimes que permitem a extradição de indivíduos acusados de praticá-los.

⁶⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º977**. Disponível. In: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?sl=ext+977&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 Nov. 2010.

Na concepção de Neemias Miranda, a base dessa exclusão é ⁶⁶ o princípio da proporcionalidade entre os ganhos que a preservação das liberdades de crença e de opinião conferem a toda a sociedade, e os danos decorrentes desses crimes que atingem grupos limitados dentro dessa sociedade.

Pois bem, antes de mais, cumpre precisar esse raciocínio exemplificando com alguns tratados de extradição cujo Brasil é signatário. Dentre eles, o tratado de extradição entre o Brasil e a Itália, Brasil e a França, Brasil e Portugal e entre os Estados do Mercosul e as República da Bolívia e do Chile.

O tratado de extradição entre o Brasil e a República Italiana prescreve no artigo III. 1, alíneas e) f) e g) que a extradição não será concedida:

e) se o fato pelo qual é pedida for considerado, pela parte requerida, crime político; f) se a parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, condição social ou pessoal; ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados; g) se o fato pelo qual é pedida constituir, segundo a lei da parte requerida, crime exclusivamente militar. Para fins deste tratado, consideram-se exclusivamente militares os crimes previstos e puníveis pela lei militar, que não constituam crimes de direito comum⁶⁷.

No mesmo sentido, o tratado de extradição entre o Brasil e a República Francesa determina no artigo 4 (casos de Recusa Obrigatória da Extradição):

Não será concedida a extradição:

a) se a infração que originou o pedido for considerada pelo Estado requerido como uma infração política ou um fato conexo a uma tal infração; b) se o Estado requerido tiver razões fundadas para crer que o pedido de extradição, motivado por uma infração de direito comum, foi apresentado para fins de perseguir ou punir uma pessoa por motivo de raça, religião, nacionalidade ou opiniões políticas ou que a situação desta pessoa corra o risco de ser agravada por uma ou outra dessas razões⁶⁸;

Em sentido idêntico o tratado de extradição entre o Brasil e a República Portuguesa dispõe no artigo III (inadmissibilidade de extradição):

1. Não terá lugar a extradição nos seguintes casos:

1) tratar-se de crime militar que, segundo a lei de ambas as Partes Contratantes, não constitua simultaneamente uma infração de direito comum.

⁶⁶ MIRANDA, Neemias Carvalho. Op.cit. p.51.

⁶⁷ BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Tratado de Extradição entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana**. Disponível em: <http://www.2mre.gov.br/dai/bital119_1356.htm>. Acesso em: 19 Nov. 2010.

⁶⁸ BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Tratado de Extradição entre a República Federativa do Brasil e a República Francesa**. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/bfran1531362.htm>>. Acesso em: 19 Nov. 2010.

2. Não se consideram de natureza política as infrações que não sejam dessa natureza segundo:

a) a lei da Parte requerida;⁶⁹

Finalmente, o tratado de extradição entre os Estados Partes do Mercosul e as República da Bolívia e do Chile, por sua vez afirma:

ARTIGO 5

1. Não se concederá a extradição por delitos que o Estado Parte requerido considere serem políticos ou relacionados a outros delitos de natureza política. A mera alegação de um fim ou motivo político não implicará que o delito deva necessariamente ser qualificado como tal.

ARTIGO 6

Não se concederá a extradição por delitos de natureza exclusivamente militar⁷⁰.

Constata-se que, em todos os tratados colacionados os crimes político, de opinião, de imprensa, crimes militares e religiosos, surgem em cláusulas que vedam a extradição dos indivíduos que os tenham praticado.

Diante disso, merece crítica o equívoco presente na aplicação "crua" do princípio da exclusão de crimes não comuns. Pois, assim como ocorre com o crime político, também o crime religioso não encontra uma definição ou critério doutrinário seguro sobre a sua qualificação. O caráter religioso de crime também sofre variação de acordo com o ordenamento positivo de cada Estado.

Ademais, não é por outra razão que nem a Lei n.º 6.815/80 que regulamenta a extradição passiva nem o Texto Constitucional se omite sobre o assunto, limitando-se apenas a prescrever no art.5º, LII, que não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião. Em sentido igual dispõe o art.77, inciso VII da Lei n.º6.815/80 que “Não se concederá a extradição quando: o fato constituir crime político;”

Assim, observa-se que, essas normas não fazem qualquer menção a crime militar, crime religioso, crime de imprensa ou de opinião. O critério de qualificação desses crimes é inexistente, fato que permite que todo e qualquer crime independentemente das conseqüências ou prejuízos causados, desde que referenciado como militar, religioso, de imprensa ou de opinião iliba seu ator de qualquer punição.

⁶⁹ BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Tratado de Extradição entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa**. Disponível em <<http://www2.mre.gov.br/dai/extraport.htm>>. Acesso em: 19 Nov. 2010.

⁷⁰ BRASIL. Senado. **Tratado de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul e a República da Bolívia e a República do Chile**. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacao.action?id=254608>>. Acesso em: 19 Nov. 2010.

Em verdade, isso significa uma forma de estimular a impunidade. Não há motivo para se imunizar indivíduos que perseguem seu semelhante por motivo religioso ou vale-se de sua influência para cometer crimes de imprensa.

Daí o motivo por que também propõe-se como solução além da edição de nova lei conforme visto, a ponderação e análise casuística sobre a gravidade do delito pelo Supremo Tribunal Federal antes de negar a extradição de autores dessas infrações.

Havendo gravidade no delito com conseqüências desproporcionais ao motivo, a Suprema Corte deve recomendar o deferimento da extradição desde que assegurados ao acusado as condições básicas de defesa dos seus direitos, e no sentido contrário, recomendar o seu indeferimento ao Presidente da República.

3.8 Princípio de *ne bis in idem*

O princípio do *ne bis in idem* informa que a extradição somente deve ser deferida se o extraditando não tiver sido processado, julgado (condenado ou absolvido) no Estado requerente ou em terceiro Estado por mesmo fato.

Segundo o magistério de Joélria Vey de Castro,⁷¹ o princípio em análise é universal, não só em respeito ao instituto extradicional, mas porque reflete um sentimento de justiça, afastando da consciência jurídica que alguém possa ser condenado duas vezes pelo mesmo fato.

A partir desta compreensão, é possível notar que objetivando preservar a relevância deste princípio a Lei n.º 6.815/80, artigo 77, inciso V, determina:

Não se concederá a extradição se:
o extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido.

Neste sentido, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU, adotado pela Resolução n.º 2.200 A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16/12/1966 e ratificado pelo Brasil em 24/01/1992, em seu artigo 14, §7º dispõe que “Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”.

⁷¹ CASTRO, Joélria Vey de. Op. cit. p.28.

No mesmo sentido, o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos) de 22/11/1969, e ratificada pelo Brasil em 25/09/1992, também estabelece em seu artigo 8º, §4º, que “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

Comentando o princípio em tela, Carolina Guimarães⁷² sustenta que por uma questão de respeito à soberania, o sistema judicial do Estado requerido deve ter prioridade em relação ao do Estado requerente. Destaca ainda que este princípio garante um direito fundamental do indivíduo, impedindo que seja perseguido, ainda que em jurisdições diferentes, pelo mesmo fato.

Como visto em linhas atrás, a extradição não é uma pena, mas sim, uma forma de assistência entre Estados que visa assegurar a punição do infrator refugiado. Neste sentido, por uma questão de justiça, a restrição imposta pelo legislador objetiva assegurar que extraditando seja submetido à pena desnecessariamente, impede que o *jus puniendi* do Estado se estenda eternamente e de forma abusiva contra o cidadão.

Cabe assinalar, que o processo de extradição apenas terá o seu andamento se o extraditando mesmo tendo sido condenado, refugiou-se sem cumprir a totalidade da pena, hipótese em que terá que cumprir o restante.

Ainda sobre este ponto, cumpre esclarecer que, se o pedido de extradição contiver a indicação de outros delitos, nada impedirá o seu deferimento desde que o país requerente se comprometa a não processar o extraditando pelo fato criminoso já julgado no Brasil, ainda que a sentença tenha sido de absolvição.

Oportuno lembrar-se mos, neste momento, o entendimento do Supremo Tribunal Federal em face deste princípio ao julgar diversos casos paradigmáticos de extradição. Exemplifica-se com o seguinte caso:

Sob a acusação de tráfico internacional de entorpecentes, o Governo da Grécia solicitou para fins de instrução criminal, a extradição de seu súdito residente no país. No decurso do processo no Supremo Tribunal Federal, o extraditando demonstrou que, pelos mesmos fatos, já havia sido condenado pela Justiça italiana e naquele país cumprido a pena privativa de liberdade imposta.

O pedido efetivado pelo Governo grego tem o seu amparo no art.8º do Código Penal grego que determina que “os crimes cometidos no exterior são sempre punidos pelas leis gregas (...) independentemente das leis do lugar onde foi praticado o ato (...)”.

⁷² LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. Op. cit. p.166.

Entendendo que ninguém pode expor-se em tema de liberdade individual, situação de duplo risco de condenação, o Pretório Excelso denegou a extradição nos seguintes termos:

Tendo em conta que o extraditando, pelo mesmo fato delituoso, fora condenado pela Justiça Italiana e já cumprira integralmente a pena, o Tribunal indeferiu pedido de extradição formulado pelo Governo da Grécia, determinando a imediata expedição de alvará de soltura. Salientou-se, na espécie, que, embora o art.77, V, da Lei 6.815/80, limite o indeferimento do pedido extradicional à hipótese em que o extraditando "estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido" não é possível punir-se a mesma pessoa por mais de uma vez pelo mesmo fato, sob pena de ofensa ao princípio *ne bis in idem*. (Ext.871/República da Grécia, rel.min. Carlos Velloso, 17/12/2003). Informativo STF n. 334⁷³.

O Ministro Carlos Velloso, ao votar, entendeu que não era o caso de se conceder a extradição. Indeferiu o pedido e determinou a imediata expedição do alvará de soltura em favor do extraditando se por outro motivo não estivesse preso.

Como ficou demonstrado, a aplicação prática do princípio *ne bis in idem* no Supremo Tribunal Federal teve como fundamento a necessidade de garantir a liberdade individual do extraditando e a segurança jurídica nas relações sociais. Ao impedir a dupla valoração do fato criminoso o princípio *ne bis in idem* limita o poder punitivo estatal que não poderá interferir na liberdade além do permitido, isto é, punir além do previsto pelo ordenamento jurídico.

Neste viés, percebe-se que qualquer processo a que seja submetido o cidadão nacional ou estrangeiro, haverá configuração do princípio *bis idem*, caso se submeta a processo semelhante ou diferente, cujo fato seja o mesmo que motivou o processo penal.

Hildebrando Accioly e Geraldo Nascimento lecionam que a mesma regra *non bis in idem* exige também que a extradição não seja concedida quando o refugiado já tiver sido julgado pelo Estado requerente ou por um terceiro Estado pela infração em que se funda o pedido, salvo o caso em que, tendo sido condenado, é procurado unicamente para cumprir a pena ou o resto da pena que lhe tenha sido imposta⁷⁴.

⁷³ Levando em consideração o fato de que o princípio em descrição ser aplicado em matéria penal como limitador de aplicação da pena, idêntico entendimento adotou o Min. Celso de Mello no processo de extradição proveniente da República Italiana:

“A extradição não será concedida, se, pelo mesmo fato em que se fundar o pedido extradicional, o súdito reclamado estiver sendo submetido a procedimento penal no Brasil, ou já houver sido condenado ou absolvido pelas autoridades judiciárias brasileiras. Ninguém pode expor-se, em tema de liberdade individual, à situação de duplo risco. Essa é a razão pela qual a existência de situação configuradora de *double jeopardy* atua como insuperável causa obstativa do atendimento do pedido extradicional. Trata-se de garantia que tem por objetivo conferir efetividade ao postulado que veda o *bis in idem*”. Ext.688. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 22/08/97.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º688**. Disponível in:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.as?sl=ext+688&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 Nov. 2010.

⁷⁴ ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO, Geraldo. Op. cit. p.358.

Portanto, para esses autores, a eventual entrega do foragido para cumprimento da pena privativa de liberdade a que lhe havia sido imposta por sentença condenatória transitada em julgado não caracteriza o *bis in idem*.

Para finalizar, é relevante registrar que, o princípio do *non bis idem* é também uma garantia do indivíduo contra o Estado ao obstar a possibilidade do extraditando tenha o seu direito fundamental à liberdade de locomoção restringida duas vezes pelo mesmo fato.

3.9 Princípios da comutação da pena

Aplica-se na extradição o princípio da comutação da pena. À semelhança do que ocorre com outros princípios, este é também uma garantia legal do indivíduo contra a arbitrariedade e o excesso do poder punitivo estatal. Tem seu amparo no art.91, III, da Lei n.º6.815/80, o Estatuto do Estrangeiro ao prescrever que, in verbis:

Não será efetivada a entrega sem que o Estado requerente assumo o compromisso: III- de comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanta à última, os casos em que a lei brasileira permitir sua aplicação.

Evidencia-se que, a preocupação do legislador foi impedir que o extraditando seja punido tão somente com a pena corporal ou a pena de morte, deixando de fora a pena perpétua apesar de esta restringir eternamente o seu direito à liberdade.

A pena de morte ou a pena corporal pode ser aplicada ao extraditando caso a conduta por ele praticada seja semelhante àquela cuja lei brasileira prevê como sanção a morte do infrator, a exemplo do que ocorre no casos de guerra declarada.

O princípio da comutação segundo Cezar Bittencourt decorre do princípio da humanidade, a extradição concedida pelo Brasil é condicionada à não aplicação de pena de morte, pena corporal⁷⁵, ou prisão perpétua.

Neste prisma, sustenta Carlos Henrique Maciel, que o Estado requerente ficará impedido de aplicar ao extraditando essas penas, terá que comutá-las em pena privativa de

⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral, v.1. 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.128.

liberdade no prazo máximo de trinta anos⁷⁶ em respeito ao limite consagrado pela legislação brasileira.

Ainda sobre o tema, assevera o autor que, apesar de condicionar a entrega do extraditando ao compromisso de comutação da pena, o Supremo Tribunal Federal não poderá indeferir no pedido de extradição pela simples ausência daquela promessa durante o processo judicial, cabendo-lhe apenas obrigar o Presidente da República a colhê-la *a posteriori*⁷⁷.

Nesse aspecto, Alexandre de Moraes também comunga a idéia de comutação da pena perpétua em pena privativa de liberdade conforme a legislação brasileira. Entretanto, ressalva que⁷⁸ a comutação não precisa necessariamente ser de 30 anos, podendo ser segundo sua própria legislação.

Em outros termos, o compromisso de converter em pena prisão com tempo certo a pena perpétua, não precisa ser conforme a legislação brasileira determina. Pode ser menos de 30 (trinta) anos de prisão se a própria legislação do Estado requerente assim preceituar. Só não é admissível que a pena ultrapasse os trinta anos.

Relevante expor o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito deste princípio. O governo Búlgaro (processo n.º744-0) requereu a extradição do seu cidadão Emil Todorov Ivanov, acusado de prática dos crimes de privação da liberdade mediante cárcere privado e latrocínio contra a vítima de nacionalidade russa.

O Ministro Celso de Mello, após refletir sobre o processo e verificar a ausência de impedimento, acolheu o pedido, condicionando a entrega do extraditando, à assunção de compromisso daquele Estado comutar em pena privativa de liberdade a pena de morte cominada ao crime de latrocínio.

Voto seguido pelo Ministro Marco Aurélio sem ressalvas. E deste modo, a Corte Máxima decidiu:

(...) Extradição — Pena de morte — Compromisso de comutação. — O ordenamento positivo brasileiro, nas hipóteses de imposição do *supplicium extremum*, exige que o Estado requerente assumira, formalmente, **o compromisso de comutar, em pena privativa de liberdade, a pena de morte**, ressalvadas, quanto a esta, as situações em que a lei brasileira — fundada na Constituição Federal (art. 5º, XLVII, a) - permite a sua aplicação, caso em que se tornará dispensável a exigência de comutação. Hipótese incorrente no caso. A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas - Artigo 3º, n. 1, a - outorga, à Missão Diplomática, o poder de representar o Estado acreditante (*État d'envoi*) perante o Estado acreditado ou Estado receptor (o Brasil, no caso), derivando, dessa função política, um complexo de atribuições e de poderes reconhecidos ao agente diplomático que exerce a atividade de representação institucional de seu País. Desse modo, o Chefe da Missão

⁷⁶ MACIEL, Carlos Enrique. Op. cit. p.24.

⁷⁷ Idem, ibidem.

⁷⁸ MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 6ªed. São Paulo: Atlas, 2006, p.360.

Diplomática pode assumir, em nome de seu Governo, o compromisso oficial de comutar, a pena de morte, em pena privativa de liberdade. Esse compromisso pode ser validamente prestado antes da entrega do extraditando ao Estado requerente. O compromisso diplomático em questão traduz pressuposto da entrega do extraditando, e não do deferimento do pedido extradicional pelo Supremo Tribunal Federal. (Ext. 744, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-12-99, DJ de 18/02/00)⁷⁹.

Desta forma, aplicando a regra da comutação, a Suprema Corte acertadamente impediu que ao extraditando fosse aplicado pena mais grave além da prevista no ordenamento jurídico brasileiro qual seja a pena perpétua, corporal, pena privativa de liberdade acima dos trinta anos ou pena de morte.

O Estado interessado na entrega do cidadão acusado ou condenado pela de prática de delito em seu território, deverá curvar-se a esse compromisso prescrito pela Lei n.º6.815/80 caso queira ter de volta o malfeitor sob tutela da sua Justiça⁸⁰.

Logo, este compromisso legal é uma garantia do extraditando contra a fúria do Estado requerente, que não poderá privá-lo do seu direito fundamental à liberdade de ir e vir caso pretenda fazê-lo irrestritamente, sob justificativa de punir atrocidades por este cometidas em seu território.

3.10 Princípio de não extradição de nacionais

Em princípio, a extradição é concedida respeitados os pressupostos do instituto, quando o indiciado ou condenado é nacional do Estado requerente ou quando essa pessoa é nacional de terceiro país, bastando apenas que se comunique o país cujo cidadão é nacional⁸¹.

Entretanto, não é o que ocorre em todos os países, inclusive no Brasil. Muito se debate sobre a extradição de nacionais para que sejam processados, julgados e condenados no exterior, por crimes lá praticados, considerando-se a proteção concedida pelos Estados aos seus cidadãos.

⁷⁹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º744**.

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?sl=ext+744&base=baseAcordãos>>. Acesso em: 10 Nov. 2010.

⁸⁰ Não é por outra razão que Frederico Marques leciona que a extradição “interessa tanto ao Estado que requisita como ao Estado que entrega os criminosos” segundo esse penalista “ao primeiro, porque assegurará a repressão de um delito que diretamente o atingiu; ao segundo, porque desembaraçará seu território da presença de um indesejável”. MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Bookseller, 1997.p.338.

⁸¹ DEL’OLMO, Florisbal de Souza. **A extradição no alvorecer do século XXI**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.37.

Sendo a nacionalidade, vínculo jurídico que une o cidadão a determinado Estado, Augusto Zimmermann, pontua que o indivíduo passa a ⁸²obter direitos e vantagens decorrentes deste fato, assume as obrigações exclusivas da condição de nacional e o Estado adquire a obrigação de velar pela sua integridade física onde quer que esteja, ainda que no fora do território nacional.

Neste cenário, a Carta Política de 1988 determina no art.5º, inciso LI que ⁸³nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.

Em diversos pedidos de extradição feitos por vários Estados estrangeiros, o Pretório Excelso tem mantido o firme posicionamento conforme a Constituição Federal de 1988 determina a não extradição de brasileiros natos. Excepcionalmente, o naturalizado, se o Estado requerente comprovar o seu envolvimento no crime lhe é imputado.

A despeito do tema, oportuno colacionar alguns acórdãos desta Corte que clarificam esta posição em comento. Nos acórdãos da Extradicação n.º 688 e 934, oriundos dos governos da Itália e do Uruguai, o Tribunal Pleno assim decidiu:

E M E N T A: EXTRADIÇÃO - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E DROGAS AFINS - BRASILEIRO NATURALIZADO - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE SEU ENVOLVIMENTO (CF, ART. 5º, LI) - INOVAÇÃO CONSTITUCIONAL DO MODELO EXTRADICIONAL BRASILEIRO - ÔNUS QUE INCUMBE AO ESTADO REQUERENTE - FALTA DE COMPROVAÇÃO - EXTRADIÇÃO INSUSCETÍVEL DE DEFERIMENTO - ABSOLVIÇÃO PENAL DO EXTRADITANDO, NO BRASIL, PELOS MESMOS FATOS EM QUE SE FUNDAMENTA A POSTULAÇÃO EXTRADICIONAL ESTRANGEIRA-PEDIDO INDEFERIDO. BRASILEIRO NATURALIZADO - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL DE EXTRADIÇÃO PELO BRASIL. - O brasileiro naturalizado, em tema de extradição passiva, dispõe de proteção constitucional mais intensa que aquela outorgada aos súditos estrangeiros em geral, pois somente pode ser extraditado pelo Governo do Brasil em duas hipóteses excepcionais: (a) crimes comuns cometidos antes da naturalização e (b) tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins praticado em qualquer momento, antes ou depois de obtida a naturalização (CF, art. 5º, LI). - Tratando-se de extradição requerida contra brasileiro naturalizado, fundada em suposta prática de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, impõe-se ao Estado requerente a

⁸² ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de Direito Constitucional**. 4ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.341.

⁸³ A presente norma discrimina o brasileiro naturalizado, todavia, não se pode descurar da sua necessidade como meio de evitar naturalização com o simples propósito de evitar a punição. Arthur Gueiros de Brito destaca esta diferenciação constitucional assim: “Nesse prisma, pode-se sustentar que, se de um lado a inovação em causa é digna de críticas, na medida em que discrimina, *in pejus*, o brasileiro naturalizado – em detrimento de uma tradicional política de proteção à nacionalidade adquirida-, por outro não se pode deixar de reconhecer que, ante o elevado índice de extraditados envolvidos no tráfico de drogas, alguma ação necessitava ser tomada ao nível do direito positivo, constitucional ou não”. Op.cit., p.133.

comprovação do envolvimento da pessoa reclamada na realização do episódio delituoso (...). Relator: Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 09/10/1996⁸⁴

Para a extradição de brasileiro naturalizado, acusado da prática de tráfico de entorpecentes e drogas afins, é imprescindível a comprovação de seu efetivo envolvimento no delito. Com base entendimento, o Tribunal resolveu questão de ordem suscitada pelo Ministro Eros Grau, relator, para indeferir pedido de extradição formulado pelo Governo do Uruguai para entrega de nacional uruguaio, naturalizado brasileiro há dezessete anos, em razão da inexistência, nos autos, de prova cabal do envolvimento do extraditando no referido crime. (...) Relator: Eros Roberto Grau. Julgamento em 09/09/2004.⁸⁵

Caso houvesse comprovação do envolvimento desses cidadãos no crime de tráfico de drogas, não há dúvidas de que o Supremo Tribunal Federal deferiria a entrega dos mesmos. O fundamento jurídico para esta Corte extraditar o naturalizado deve-se ao fato deste pretender mediante naturalização impedir que seja punido por crimes cometidos antes da naturalização.

A vedação imposta pela Carta Constitucional fundamenta-se no seguinte raciocínio:⁸⁶ se um estrangeiro obtém a naturalização, e mais tarde sua extradição é requerida pela prática de crime ocorrido antes da sua diplomação, entende-se que faltava um dos seus requisitos, o que, em última análise, enseja a nulidade do processo e restabelece o *status quo* do indivíduo. Estar-se-ia extraditando um estrangeiro e não um brasileiro naturalizado.

Em outras palavras, esse postulado constitucional, de acordo com Francisco Guimarães,⁸⁷ recomenda observar a nacionalidade no momento em que o delito foi praticado, e não aquela detida pelo criminoso à época em que foi preso ou em que se iniciou o procedimento penal, ou, ainda a data do pedido de extradição.

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º 688**. Disponível in: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?sl=ext+688&base=baseAcordãos>>. Acesso: 09 nov.2010.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º 934**. Disponível in: <<http://www.stf.jus.br/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ext+934&base=baseAcordãos>>. Acesso em: 09 nov. 2010. Neemias Carvalho Miranda em comentário ao tema destaca o seu protesto contra a exclusividade conferida ao STF na apreciação judicial dos pedidos extradicionais bem como a inextraditabilidade absoluta de brasileiros natos. Segundo o autor, o dispositivo carece de fundamentos racionais, não há na Constituição uma diretriz comprometendo o país com o dever de combater o crime (...) Op. cit. p.104.

Sobre a questão da naturalização, é de bom alvitre informar a situação de brasileiro que perde a nacionalidade e, readquire-a após prática de delitos para impedir a extradição. Tratando-se de brasileiro nato, obviamente que a extradição não será possível tendo em vista a proibição constitucional. E a reaquisição da nacionalidade originária, é como enfatiza Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva "de natureza meramente declaratória, de modo que surtirá efeitos *ex tunc* e impedirá a extradição, já que se trata de brasileiro nato". Sendo brasileiro naturalizado "a regra aplicável é semelhante à naturalização, (...) possui natureza constitutiva, com efeitos *ex nunc*, deverá ser concedida a extradição uma vez sendo o fato criminoso anterior a reaquisição". **A eficácia ex nunc da naturalização e a extradição de brasileiro**. Revista Forense, ano 93, jul./set. 1997, v.339, p.173.

⁸⁶ Idem, ibidem.

⁸⁷ GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. Op. cit. p.62.

Em termos claros, o estrangeiro perde a nacionalidade brasileira e fica submetido à extradição porque o fato que lhe imuniza contra a extradição (a condição de ser brasileiro) deixa de existir em virtude de nulidade do seu processo de naturalização.

Quanto ao brasileiro nato, é relevante lembrar que a sua inextraditabilidade é absoluta. A Lei Maior não consente que o pedido de extradição formulado por nenhum Estado estrangeiro com esse propósito seja deferido, por maior que seja a gravidade do crime e a sua repercussão.

O Pretório Excelso ao julgar o Habeas Corpus n.º 83.113-3/DF impetrado em favor de paciente Maria de Fátima da Cunha Felgueira Almeida de Sousa Oliveira, visando impedir o encaminhamento do pedido de extradição formulado pelo governo estrangeiro, pelo Ministro de Justiça a esta Instituição, assim decidiu:

Impossibilidade absoluta de extradição de brasileiro nato: STF- "O brasileiro nato, quaisquer que sejam as circunstâncias e a natureza do delito, não pode ser extraditado, pelo Brasil, a pedido de Governo estrangeiro, pois a Constituição da República, em cláusula que não comporta exceção, impede, em caráter absoluto, a efetivação da entrega extradicional daquele que é titular, seja pelo critério do "jus soli", seja pelo critério do "jus sanguinis", de nacionalidade brasileira primária ou originária" (STF- Pleno – Questão de Ordem- *Habeas Corpus* n.º 83.113-3/DF – Rel. Ministro Celso de Mello, *Diário da Justiça*, 29 ago.2003)⁸⁸.

Evidencia-se deste modo, que o Supremo Tribunal Federal reforça a proteção constitucional de brasileiro nato não ser extraditado para o cumprimento da pena no exterior ainda que haja o comprovado envolvimento do mesmo em prática de atos ilícitos, sendo irrelevantes as circunstâncias e a natureza do delito.

Em geral, pode-se anotar que inexistente sintonia entre os diversos Estados que fazem da cooperação penal internacional o instrumento de combate à impunidade dos foragidos da Justiça, encontram obstáculo insuperável na sua própria legislação na medida em que a sua Lei Fundamental impede a extradição de seus nacionais.

Segundo João Marcelo de Araújo Júnior,⁸⁹ a questão se prende ao sistema jurídico adotado por cada país. Naqueles cujo direito está vinculado, em suas origens, ao direito romano, a jurisdição está fundada na idéia de nacionalidade, em razão disso, de regra, não se admite a extradição de nacionais.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º 441**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ext+441&base=baseAcordãos>>. Acesso: 09 nov. 2010.

⁸⁹ ARAUJO JUNIOR, João Marcelo de. Op. cit. p.72.

Já os Estados cujo sistema jurídico com fulcro no direito comum adotam como principal fundamento da jurisdição a territorialidade. Por isso, neles prevalece o entendimento de que os criminosos devem retornar ao local onde cometeram os crimes, pouco importando a nacionalidade dos agentes.

Nesse compasso, pode-se afirmar que o Brasil se insere no grupo de Estados cujo sistema jurídico encontra-se fundado na idéia de nacionalidade e por tal motivo, não permite que seus cidadãos sejam extraditados a fim de serem julgados perante tribunais estrangeiros, ainda que lá tenham praticado atos ilícitos de tamanha perplexidade.

Contudo, vale ressaltar que esta não é a posição dominante, parte da doutrina não tem partilhado o entendimento do Constituinte no sentido de não permitir a extradição de nacionais à Justiça estrangeira. Novas leituras desse princípio vêm sendo feita pelos estudiosos do assunto, com o propósito de conferi-lo aplicabilidade adequada e evitar a distorção construída nos últimos tempos.

Desta feita, Hildebrando Accioly ao expor sobre a proteção conferida pelos Estados a seus cidadãos ao ponto de impedir que respondam perante Tribunais estrangeiros destaca:

A proteção devida pelo Estado aos seus nacionais não pode ser entendida de maneira que impeça o comparecimento destes perante juízes estrangeiros; depois, a falta de confiança na justiça estrangeira não justificaria apenas a não entrega de seus nacionais, mas também a de quaisquer outros cidadãos, pertencentes a nacionalidades distintas das dos Estados requerido e requerente. Além disso, nem a soberania de um Estado é absoluta, nem a dignidade de um Estado fica ofendida pelo fato da entrega de um seu nacional a justiça estrangeira, - especialmente porque tal entrega só se deve efetuar depois que as autoridades nacionais examinem os fundamentos do pedido e o considerem aceitável (...) os juízes naturais do delinqüente são os do Estado cuja ordem social foi mais gravemente atingida, ou seja, os do lugar onde o delito foi cometido⁹⁰

Como se verifica, esta forma de pensar não afasta a possibilidade dos Estados oferecerem proteção a seus nacionais, mas também não prega que continuem na impunidade. Para o autor, uma vez ofendido o ordenamento jurídico do Estado cujo ato foi cometido, o nacional deve ser entregue para que a Justiça seja efetivada independentemente da nacionalidade do indivíduo.

⁹⁰ ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**, v.1. 2ªed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1956.p.425.

Dentre os autores que se manifestam contra o princípio de não extradição de nacionais destacam-se Accioly, Celso de Mello, João Marcelo de Araújo Junior, Neemias Carvalho Miranda, Mirtô Fraga, Yussef Cahali, Vlademir Freitas, dentre outros.

Por outro lado, o fato do Estado entregar seu cidadão a um Estado estrangeiro não coloca em causa a sua soberania. A entrega do cidadão não seria feita sem que o Estado reivindicante demonstrasse a formação de culpa e os fundamentos do pedido.

Esta forma de pensar é também partilhada por João Marcelo de Araújo Junior, que entende ser solução, a harmonização dos dois sistemas. E esta harmonização ocorreria com a transferência de condenados para a execução de sentenças estrangeiras. Assim, o nacional poderia ser extraditado condicionalmente, para se ver processar em outro país. Em caso de condenação, a autoridade do delito faria retornar o extraditado condicional a seu país de nacionalidade, para que ali cumpra a pena que lhe foi imposta.

Cabe relembrar, neste ponto, alguns argumentos aduzidos pela doutrina a favor do princípio de não extradição de nacionais. Segundo as lições de Sibert citado por Yussef Cahali são esses argumentos:

a) Os nacionais devem encontrar junto ao Governo de seu país uma proteção vigilante e as garantias de uma justiça imparcial, que pode não ocorrer quando submetidos a julgamento perante tribunais estrangeiros, e isto seja em razão das diferenças existentes entre as leis penais e as instituições judiciárias dos diversos Estados, seja em razão de sentimentos de hostilidade que por sua ignorância podem animar os juízes em face daqueles que não integram a sua nacionalidade; **b)** O Estado requerido, no que se dispõe ao exercício da função de auxiliar de uma justiça estrangeira contra seus próprios nacionais, estará abdicando de uma porção de sua soberania; **c)** A recusa da extradição de um nacional não representa, de maneira alguma, um barril de imunidade, mas a atribuição de apreciar as infrações cometidas por ele para além das fronteiras, impondo-lhe a sanção adequada, mas com todas as garantias que a sua condição de nacional lhe assegura; **d)** Todo cidadão, tendo o direito de viver no território e sob a proteção do Estado de sua nacionalidade, não pode ser retirado de sua própria pátria contra sua vontade⁹¹.

Pelo exposto, faz-se necessário frisar que, o foco da discussão não é a soberania do Estado que conforme a doutrina moderna é relativizada, mas sim, o Estado cujo território o ato criminoso foi praticado demonstrar que o seu ordenamento jurídico interno é capaz de assegurar o réu ou o acusado em juízo criminal, o direito a ampla defesa, à garantia do

⁹¹ A propósito, vale destacar algumas razões invocadas por defensores da não entrega de nacionais elencadas pelo autor: a) Os nacionais devem encontrar junto ao Governo de seu país uma proteção vigilante e as garantias de uma justiça imparcial, que pode não ocorrer quando submetidos a julgamento perante tribunais estrangeiros, e isto seja em razão das diferenças existentes entre leis penais e as instituições judiciárias dos diversos Estados, seja em razão de sentimentos de hostilidade que por sua ignorância podem animar os juízes em face daqueles que não integram a sua nacionalidade; b) O Estado requerido, no que se dispõe ao exercício da função de auxiliar de uma justiça estrangeira contra seus próprios nacionais, estará abdicando de uma porção de sua soberania; c) A recusa da extradição de um nacional não representa, de maneira alguma, um barril de imunidade, mas a atribuição de apreciar as infrações cometidas por ele para além das fronteiras impondo-lhe a sanção adequada mas com todas as garantias que a sua condição de nacional lhe assegura; e finalmente, d) Todo cidadão, tendo o direito de viver no território e sob a proteção do Estado de sua nacionalidade, não pode ser retirado de sua própria pátria contra sua vontade. CAHALI, Yussef Said. Op. cit. p.317.

contraditório, à imparcialidade do magistrado e à igualdade das partes. Em outras palavras, demonstrar que assegura os direitos e garantias fundamentais do cidadão inerente ao Estado Democrático de Direito ao julgar o estrangeiro.

Oportuno lembrar-se, neste momento, que a proteção concedida pelos Estados a seus cidadãos deve-se ao fato de haver países que atribuem tratamento desigual a estrangeiros que se encontram em seu território, seja cumprindo pena por prática de delitos ou não.

E o bom exemplo desta assertiva, é o desrespeito aos direitos humanos dispensados a prisioneiros afegãos que cumprem a pena perpétua na base americana de Guantánamo, sob acusação de planejar os atos terroristas de 11 de setembro de 2001, e as recentes denúncias de violação à Convenção de Genebra (torturas para obter confissão e constrangimentos) aos prisioneiros iraquianos em Abu Grhaib durante a administração do ex- Presidente George W. Bush.

Portanto, a vedação constitucional quanto à entrega de cidadãos nacionais à Justiça estrangeira, ou mesmo condicionando à entrega de estrangeiros visa proteção da integridade física e moral da pessoa humana que não deve ser submetida à lavagem cerebral, detector de mentiras, soro da verdade, hipnose, apedrejamento, ou a outras penas cruéis.

Resta esclarecer, que não se defende neste trabalho a impunidade. Entende-se que o extraditando deve ser punido, mas que seus direitos não atingidos pela pena de privação da liberdade sejam preservados. Não devem ser violados sob o pretexto do combate a impunidade como ocorre nos Estados Unidos de América em que o Poder Público protege Direito violando outros direitos.

Não se pode ignorar, que o princípio da não extradição de nacionais repercute negativamente na ordem internacional considerando-se que prejudica a cooperação internacional no combate a impunidade, mas também não se pode olvidar que um erro não justifica o outro, o fato do estrangeiro ter violado a ordem interna de um Estado (as normas de convivência de uma sociedade), não justifica que deva ser julgado e condenado a qualquer custo. É preciso que os Direitos e Garantias Fundamentais conquistadas ao longo dos séculos frutos de muita luta sejam preservados.

Acredita-se que o princípio de não extradição de nacionais somente prejudica a cooperação internacional no combate à criminalidade se os Estados envolventes no processo extraditório forem inflexíveis quanto à preservação dos direitos humanos.

No caso do Brasil, o fato do Texto Constitucional vedar a extradição de brasileiro nato, não impõe necessariamente a impunidade do mesmo tendo em vista que ao fato

praticado por este será aplicado o princípio da extraterritorialidade da lei brasileira fazendo com que este responda perante a justiça nacional por seus atos.

Além do mais, não é outro o pensamento de Luis Ivani de Amorim, quando ao escrever sobre o princípio de não extradição de nacionais socorre-se do princípio da extraterritorialidade da lei penal brasileira explicar sua não impunidade:

(...) a negativa à extradição de brasileiro, não significa que estes fiquem impunes, pois de acordo com o art.7º, II, b) do CP ficam sujeitos à nossa lei, o brasileiro que cometer um crime no estrangeiro, desde que haja a ocorrência dos seguintes requisitos: entrar o agente em nosso território, ser o fato punível também no país em que foi praticado, estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição, não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena e não ter sido perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável (§2º do art.7º citado) ⁹².

Dáí por que não cogitar-se da impunidade, caso o governo brasileiro se negue entregar o cidadão nacional que tenha praticado crimes no Estado estrangeiro e retornado ao país com o propósito de esquivar-se das conseqüências do seu ato.

Embora o local da ocorrência do delito seja relevante para a colheita da prova e demais elementos do processo, não é de todo essencial para o julgamento do extraditando que mesmo evadindo-se do local da prática do crime pode responder pelos seus atos, desde que comprovado o envolvimento no delito.

Não se pode ignorar que, o cumprimento da pena pelo nacional no estrangeiro pode dificultar a função primária da pena (reintegração social), tendo em vista a possibilidade de o extraditando durante o cumprimento da pena não poder receber visita de familiares (em datas comemorativas, feriados etc.) que residem no Brasil, aliado ao fato de ao sair da prisão pode não encontrar a família pré-constituída no país de origem por motivo de desintegração (por morte de parentes, mudança de residência, envolvimento de filhos em crimes etc.).

Acredita-se que, não é objetivo do poder público punir o estrangeiro apenas por vingança, mas sim reintegrá-lo ao convívio social primeiramente e em seguida intimidar a sociedade para que crimes semelhantes não aconteçam.

Desta sorte, reforço a idéia de que a extradição não deve ser concedida ao Estado requerente se este não respeita as normas contidas na Declaração Universal dos Direitos do Homem, os princípios básicos como a imparcialidade, a ampla defesa e devido processo legal.

⁹² ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. **Curso de Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.93.

Ao responder o processo no estrangeiro, como destaca Joelíria Vey de Castro,⁹³ o nacional terá comprometido à sua defesa, pela ignorância da língua, desconhecimento do ordenamento jurídico daquele Estado.

Ressalta-se ainda que, além do obstáculo lingüístico destacado, o Código Bustamante no artigo 345 prescreve não obrigatoriedade dos os Estados contratantes entregarem os seus nacionais. A Nação que se negue a entregar um dos seus cidadãos fica obrigado à julgá-lo.

Portanto, o Estado requerido não tem obrigação de conceder a extradição de um seu nacional caso não haja convenção específica neste sentido. Poderá puni-lo internamente por ato infracional praticado no exterior.

3.11 Princípio da preferência da jurisdição nacional

Preliminarmente, deve-se assinalar que este princípio encontra-se patente na lei n.º 6815/80, ao determinar no art. 77, inciso III que não se concederá a extradição quando o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando.

Este princípio ao conferir a jurisdição nacional preferência para julgar indivíduos que em solo brasileiro praticaram crime, pressupõe a existência da concorrência entre o Brasil e qualquer Estado.

Comentando sobre a jurisdição nacional, Fernando Capez acentua, que:

A jurisdição é territorial, na medida em que não pode ser exercida no território de outro Estado, salvo em virtude de regra permissiva, emanada do direito internacional costumeiro ou convencional. Em respeito ao princípio da soberania, um país não pode impor regras jurisdicionais a outro⁹⁴.

Tendo em vista os aspectos observados, pode-se referir que sendo a jurisdição territorial, um ato de soberania não pode Estado alheio desrespeitar o princípio da soberania e impor suas normas ao acusado nem tão pouco invadir território alheio e capturá-lo a fim de satisfazer a necessidade punitiva.

Por seu turno, Luiz Régis Prado e Erika Carvalho prelecionam, a respeito que:

⁹³ CASTRO, Joelíria Vey de. Op. cit. p. 37.

⁹⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal:** parte geral, v.1. 6ªed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p.88.

A necessidade de reclamar ou de conceder a extradição de um delinqüente fundamenta-se, simultaneamente, na própria estrutura de aplicação da lei penal (visto que o Estado onde aquele reside nem sempre tem razão jurídica para puní-lo) e na necessidade de se respeitar a soberania estrangeira (o Estado competente para processar ou executar a sanção penal não pode capturar o indivíduo que se encontra fora de seus limites territoriais). Importa reconhecer, portanto, que o instituto da extradição suaviza as conseqüências que necessariamente derivam do acolhimento do critério da territorialidade, porque nem sempre um Estado, em cujo território se tenha refugiado um culpável depois de ter cometido no estrangeiro um crime, pode ou tem interesse em proceder a punição do próprio réu. Daí a necessidade de que seja entregue aos órgãos do Estado no qual o delito foi cometido, para que tenha lugar o processo penal ou o cumprimento da pena imposta⁹⁵.

A partir dessa compreensão, é possível notar que o princípio da preferência da jurisdição nacional presente no inciso III, do art.77 encontra seu fundamento, sobretudo, na regra da extraterritorialidade da lei penal brasileira [já visto em páginas anteriores], que visa impedir que o brasileiro que se delinqüiu no estrangeiro permaneça impune caso não possa ser extraditado.

Sustentando essa perspectiva, Frederico Marques expõe:

O fundamento da aplicação da lei penal pátria nos casos de crime praticado por brasileiro no estrangeiro descansa precipuamente na necessidade de evitar que fique impune o nacional que delinqüie alínde. Se ele não pode ser extraditado, em virtude de sua qualidade de brasileiro, imprescindível se faz o processo e julgamento no Brasil para que o delito não permaneça sem punição⁹⁶.

Efetivamente, pode-se afirmar que o princípio da extraterritorialidade da lei penal que consiste na aplicação da lei brasileira aos crimes cometidos fora do Brasil, encontra-se preservado de forma que não há que falar na impunidade do delinqüente.

Discorrendo sobre a jurisdição nacional Yussef Said nos lembra que:

(...) segundo alguns autores, para que a extradição seja possível, é necessário que o indivíduo reclamado deva encontrar-se *voluntariamente* no país requerido; se o extraditando ali se encontra em razão de uma circunstância independente de sua vontade, como se em virtude de um naufrágio foi lançado nas costas do país requerido, ou se foi feito prisioneiro de guerra, ou foi expulso por outro Estado, seria caso de recusar-se a extradição⁹⁷.

O que se pode pensar é algo diverso, não há necessidade para que o Estado requerido somente atenda solicitação se o extraditando ingressou voluntariamente no país. Pode ser a única oportunidade para realização da justiça antes que o fato prescreva.

⁹⁵ PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. **Delito e Terrorismo: Uma Aproximação Conceitual**. Revista dos Tribunais. São Paulo: v.771, 2000, p.432.

⁹⁶ MARQUES, José Frederico de. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Bookseller, 1997.p.416.

⁹⁷ CAHALI, Yussef Said. Op.cit.p.357

Imagine-se que determinado criminoso, foragido de países cujo Brasil possui tratado de extradição esteja com mandado de captura expedido pela Interpol, encontre no território nacional por motivo de força maior [naufrágio do barco que lhe transportava para Argentina].

Obviamente que o motivo da sua presença no território nacional é irrelevante. O importante é que a sua prisão tenha sido decretada por um juiz competente em virtude de crime cometido, e que não responda perante tribunal de exceção dentre outras condições determinadas pela lei n.º 6.815/80.

Atendendo ao princípio da humanidade, deve-se acolhê-lo, tratá-lo, e após a sua recuperação física e psicológica, entregá-lo para que seja punido pelos atos praticados antes de se pôr em fuga. Sua ausência do país não paga consequências dos crimes por ele cometidos.

A verdade, é que a posição apresentada pelo citado autor merece respeito, entretanto, não tem fundamento no Estatuto do Estrangeiro nem tão pouco jurisprudência do Supremo Tribunal Federal neste sentido.

Não há dúvidas de que, eventual liberação desse indivíduo pelo Poder Público pode ser considerada como um perdão, um cheque em branco, uma autorização para cometimento de outros crimes inclusive no Brasil, já que ele não pode ser entregue porque não ingressou voluntariamente no país.

Esse raciocínio não deve ser aplicado de forma “nua” e “crua” pelo Poder Público para todos os casos. Sendo este indivíduo, um infrator da lei o governo brasileiro deve criar condições para que este seja mandado de volta.

Sua entrega ao país reclamante deve ser feita assim que esteja assegurado pelo Estado requerente o respeito à sua integridade física e psicológica.

4 PRESSUPOSTOS DA EXTRADIÇÃO

Superado o exame dos princípios norteadores da extradição, analisar-se-á neste item os seus pressupostos segundo a Lei n.º 6.815/80. São estes os seguintes pressupostos da extradição: competência do Estado requerente para julgar o extraditando, não extinção da punibilidade pela prescrição, gravidade do delito, natureza da infração, natureza do juízo existência de sentença final de privação de liberdade ou ordem de prisão do extraditando, detração penal e não reextradição.

4.1 Competência do estado requerente para julgar o extraditando

Além da observância dos princípios dissecados em linhas atrás, é necessário que as condições previstas no Estatuto do Estrangeiro sejam preenchidas para que a extradição seja deferida.

Prescreve o art.78 da Lei n.º 6.815/80 que são condições para a concessão da extradição:

I- ter sido o crime cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado;

Como se vê, no inciso I do artigo em análise esta é uma regra de competência baseada no princípio da territorialidade da lei penal conferida pela lei para processar e julgar crimes praticados no território do Estado cujo delito foi cometido ou embora não tendo sido praticado neste, seja aplicável ao indivíduo as leis penais desse Estado.

Não há exigência para concessão da extradição que a infração seja cometida no território do Estado requente, bastando tão-somente que ao extraditando seja aplicável a lei penal desse Estado.

Como bem assinala Anor Butler Maciel, "98 cada Estado se declara competente para julgar e punir os autores de crimes cometidos em seu território, seja qual for a nacionalidade dos delinqüentes". Ainda, segundo Maciel são excepcionais os casos em que as legislações penais sujeitam a processo quem comete crime fora do seu território.

⁹⁸ MACIEL, Anor Butler. Op.cit. p.52.

É de ressaltar que a regra da territorialidade pretende impedir reclamação indevida do extraditando por terceiro Estado cujo reclamado é nacional ou possui nacionalidade com propósito de livrá-lo da punição.

João Marcelo de Araújo Junior assevera que,⁹⁹ a despeito da regra da territorialidade ser a tradicional, a extradição deverá ser concedida em favor do país cujos interesses fundamentais tenham sido mais afetados, desde que ele ofereça as melhores condições para a efetiva atuação da lei penal com a menor violação possível dos direitos humanos do acusado. Fora dessas situações, deverá prevalecer o princípio da territorialidade, em segundo lugar o da nacionalidade ativa, depois o da nacionalidade passiva e, por último, a do domicílio¹⁰⁰.

4.2 Não extinção da punibilidade pela prescrição

A imprescritibilidade do crime objeto do processo extraditório é também outro pressuposto relevante que condiciona a entrega do refugiado ao Estado estrangeiro. O que significa que para a entrega do extraditando, o fato por ele praticado não deve ter a sua extinção configurada pela prescrição tanto na lei do Estado requerente quanto na lei brasileira.¹⁰¹

⁹⁹ ARAÚJO JUNIOR, João Marcelo de. Op.cit. p.73

¹⁰⁰ REZEK, Francisco José. **Direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 1998, p.196..

¹⁰¹ A idéia da prescrição é simples, é dever de o Estado movimentar toda sua estrutura jurídica e administrativa [Poder Executivo e Judiciário] para punir o infrator da norma e restaurar a paz e a confiança da sociedade em face da norma violada. Não o fazendo, o Poder Público perde o poder-dever de perseguir indefinidamente aquele infrator e submete-se ao risco de afrontar os fundamentos e os fins que o Estado possuía para puni-lo no momento da consumação do crime a ele imputado. Nas palavras de Fernando Capez prescrição é a perda do direito – poder- dever de punir pelo Estado em face do não-exercício da pretensão punitiva [interesse em aplicar a pena] ou da pretensão executória [interesse de executá-la] durante certo tempo. Os principais fundamentos apresentados pela doutrina penal para sua existência são: evitar sentenças injustas contra o réu, ou ainda no entendimento desse autor são: a inconveniência da aplicação da pena muito tempo após a prática da infração penal; combate à ineficiência: o Estado deve ser compelido a agir dentro de prazos determinados CAPEZ, Fernando. Op. cit. p. 520.

Sobre a prescrição de crime, Neemias Carvalho Miranda expõe sua indignação e discordância face à aplicação indiscriminada para todas as modalidades de crimes. Para o autor a aplicação do postulado da prescrição não deve ser de forma pura a todo e qualquer caso, mas sim de forma casuística. Entende esse jurista que uma vez ocorrido o crime e tendo havido preservação de provas materiais [documentais, testemunhais] e as circunstâncias do fato e demais elementos não deixam dúvidas da autoria ou participação do foragido no ato criminoso, não é de aplicar a prescrição, aplica-se a pena legal cominada pelo ordenamento jurídico. MIRANDA, Neemias Carvalho. Op. cit. p.69-70. Entendimento este que se compartilha com o autor porque não se pode ignorar que a quebra de confiança e o sentimento de insegurança gerado pelo crime continuam devido ausência de uma resposta enérgica do Estado face ao crime. Não realização da Justiça pelo Estado pode estimular a vingança privada, sobretudo dos mais próximos à vítima como familiares e amigos, colocando em causa a função preventiva especial [intimidação dos demais] e proporcionar ao autor do fato criminoso o sentimento de vitória por ter se esquivado às conseqüências da lei.

O fato determinante da extradição será necessariamente um crime, de direito comum, de certa gravidade, sujeito à jurisdição do Estado requerente, estranho à jurisdição brasileira, e de punibilidade não extinta pelo decurso do tempo¹⁰².

Cumpra registrar desde logo, a regra prevista no art.77, da Lei n.º6815/80, *in verbis*:

Não se concederá a extradição quando:
VI- estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou do Estado requerente

Seguindo a regra presente no citado artigo 77, inciso VI, o Egrégio Tribunal assentou o entendimento de que "não se concederá a extradição quando estiver extinta a punibilidade do extraditando pela consumação da prescrição penal, seja nos termos da lei brasileira, seja segundo o ordenamento positivo do Estado requerente. Ainda segundo o Tribunal a satisfação da exigência concernente à dupla punibilidade constitui requisito essencial ao deferimento do pedido extradicional¹⁰³.

Frisa-se, por relevante, que na verificação da prescrição à luz da legislação brasileira e do Estado requerente, elementos regentes do instituto como as causas suspensivas e interruptivas não podem ser desconsiderados pela Suprema Corte.

Tratando-se de pedido de extradição para fins de execução já iniciada, a análise da prescrição deve ser feita, não à luz da pena unificada para fins de execução, mas sim das penas efetivamente aplicadas ou que restam a cumprir, relativamente a cada um dos delitos¹⁰⁴.

Por final, cabe verbalizar que a inexistência da dupla punibilidade cede espaço para a aplicação do princípio da dupla tipicidade. Conforme já descrito, para que o fato seja considerado crime deve estar previsto como tal em ambos os ordenamentos, tanto do Estado requerente, quanto do Estado requerido.

João Marcelo de Araújo Júnior, sobre o tema observa que ¹⁰⁵o desaparecimento do direito de punir no Estado requerido faz com que o extraditando não seja merecedor de pena e, por isso, o Estado requerido não estará legitimado para entregar um indivíduo a outro Estado, quando ele não tem interesse na sua punição.

É de se registrar que a necessidade de se revisar a teoria da prescrição no direito é patente, não se pode aplicá-la a todo e qualquer crime sem levar em consideração as suas conseqüências. Ela é um obstáculo real a realização da Justiça que ao Estado compete exercer para manter a paz e a segurança.

¹⁰² REZEK, Francisco José. Op. cit. p.194.

¹⁰³ Trecho da Ext.662. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento em 28/11/96, Plenário, DJ de 30/05/97.

¹⁰⁴ Trecho da Ext.1.065. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento em 17/05/07, Plenário, DJ de 29/06/97.

¹⁰⁵ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo de. Op. cit. p.71.

Nota-se, então, que a partir do momento em que o fato descrito como crime no Estado requerente é atingido pela prescrição no Brasil, o mesmo deixa de ser crime e o Governo Brasileiro perde a legitimidade para entregar o extraditando.

Provável entrega do extraditando ignorando-se a prescrição configura violação da ordem jurídica interna, mormente à Lei n.º 6.815/80 que regulamenta o processo de extradição requerida pelo governo estrangeiro.

4.3 Gravidade do delito

Para que a extradição seja deferida ao Estado estrangeiro a pena correspondente a infração praticada pelo extraditando deve ser privativa de liberdade, porém, jamais inferior a um ano.

A pena privativa de liberdade deve ser igual ou superior a um ano, ainda que permitidos na lei brasileira medidas tendentes a evitar o encarceramento do sentenciado (transação penal, suspensão condicional do processo ou da execução da pena, substituição por penas restritivas de direitos).

Cumpra esclarecer que, se o fato motivador do processo extradicional for considerado *contravenção* no direito brasileiro, o pedido será indeferido porque o inciso IV, art.77, da Lei n.º6.815/80 refere-se expressamente a *crime*. Prescreve o referido artigo:

Não se concederá a extradição quando:
IV- a lei brasileira impuser ao crime a pena de prisão igual ou inferior a um ano;

O deferimento da extradição quando não se tratar de crime cuja pena seja inferior a um ano, deve ser considerado ilegal, por descumprimento do preceito que desautoriza efetivação do processo extraditório nessas hipóteses.

Para Carolina Lisboa,¹⁰⁶ a reserva feita da extradição para fatos de certa gravidade, deve-se ao interesse da sociedade e da repressão não está verdadeiramente em jogo, senão diante de tais fatos; o caráter relativamente insignificante de uma infração inexpressiva não prevalece ao ser relacionado com as formalidades, a morosidade, as negociações e as despesas que exigem um processo de extradição.

¹⁰⁶ LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. Op. cit. p.163.

Não é compensatório o Estado movimentar a máquina pública, despendendo recursos financeiros para punir o acusado com uma pena restritiva de direito, prestação de serviço comunitário ou qualquer outra modalidade da pena de natureza leve.¹⁰⁷ Seria contraproducente - como aponta Carlos Enrique Maciel - uma grande movimentação das máquinas estatais com vista à extradição baseada em crimes de diminuta ofensividade.

No mesmo sentido, manifesta Vladimir Passos de Freitas que “a extradição é um procedimento sério e oneroso demais para que se aperfeiçoe em vão. Por isto, está subordinada a preenchimento de certas condições legais positivas e negativas, objetivas e subjetivas para que se efetive e legitime¹⁰⁸”.

A extradição, sendo sempre uma medida grave, não se deve aplicar senão às infrações de alguma importância. Os tratados devem enumerá-las com precisão; suas disposições a este respeito variam, naturalmente, conforme a situação respectiva dos países contratantes¹⁰⁹.

O que se verifica, portanto, a partir do exposto, é a preocupação do legislador em proteger a liberdade do cidadão como direito fundamental, não permitindo seu cerceamento tão-somente pela prática de infrações de menor potencial ofensivo.

Desse ponto, a única crítica que pode ser registrada a respeito, é a inconveniência de o foragido permanecer impune se a ofensa por ele praticada antes do refúgio no território nacional vier a ser considerada contravenção pelo Egrégio Plenário.

4.4 Natureza da Infração

O motivo político tem sido eleito pela doutrina nacional e estrangeira como fator impeditivo da extradição, apesar da inexistência de consenso em se saber o que é crime político. Deste modo, reza o art.77, inc.VII, da Lei n.º 6.815/80 que não se concederá a extradição quando o fato constituir crime político. No mesmo sentido, a Carta de 1988 preconiza no art.5º, LII que não será concedida a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião¹¹⁰.

¹⁰⁷ MACIEL, Carlos Enrique. Op. cit. p.17.

¹⁰⁸ FREITAS, Vladimir Passos de. Op.cit.p.173

¹⁰⁹ CAHALI, Yussef Said. Op.cit.p.333

¹¹⁰ Em julgamento do pedido de extradição n.º524, o Supremo Tribunal Federal decidiu que inextraditabilidade de estrangeiro por delitos políticos ou de opinião reflete, em sistema jurídico brasileiro, uma tradição

A inextraditabilidade por crime político possui duas justificativas principais: evitar a intromissão do Estado requerido nos assuntos políticos internos do Estado requerente da extradição; evitar possivelmente, que, em época de rompimento com os princípios democráticos, algum Governo continue perseguição ideológica contra alguém que, com altruísmo, haja simplesmente exercido um direito fundamental¹¹¹.

Além do altruísmo, Neemias Carvalho Miranda acrescenta a esse fundamento a ¹¹²injustiça a ser cometida ao extraditar alguém que arriscou a vida tentando libertar seus concidadãos das garras dos dirigentes que se transformam em verdadeiras desgraças para seus povos, considerando-se que muitos torturam, exterminam ou destratam seus povos.

Assim, o princípio da não extradição de criminosos políticos, ¹¹³universalmente consagrado, funda-se na própria necessidade de defesa da personalidade humana contra o arbítrio e o ódio que surgem em períodos de exaltação política.

O problema da inextraditabilidade por crime político se perfaz a partir do momento em que tanto a Lei 6.815/80 quanto a Constituição de 1988, apesar de terem previsto tal previsão não o definem.

E aqui cabe uma crítica. Essa tarefa ficou a cargo da doutrina que trata do assunto sem o sucesso esperado. A definição do caráter político da infração sofre variação de acordo com o ordenamento positivo de cada Estado, e a avaliação desse caráter é feito no caso concreto a cargo do Estado em que o extraditando se encontra refugiado. É o que se verifica a partir da manifestação de alguns doutrinadores e das Jurisprudências do Supremo Tribunal Federal que serão citados e analisados.

Hildebrando Accioly e Geraldo do Nascimento definem crimes políticos como sendo aqueles que são perpetrados contra a ordem política estatal, ou seja, aqueles que se voltam contra a segurança interna do Estado, a forma de governo e sua constituição política, ou aqueles delitos dirigidos contra a segurança externa do Estado, contra sua independência, contra a integridade de seu território e as boas relações com os outros Estados¹¹⁴.

constitucional cujo, direito público subjetivo dela emerge, em favor dos súditos estrangeiros, oponível ao próprio estado e de cogência inquestionável há no preceito normativo que consagra esse favor constitucional, uma insuperável limitação jurídica ao poder de extraditar do estado brasileiro.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º 508**. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=extradi%E7%E3%+508&pagina=2&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 Nov. 2010.

¹¹¹ MACIEL, Carlos Enrique. Op. cit. p.17.

¹¹² MIRANDA, Neemias Carvalho. Op.cit. p.54-57.

¹¹³ GUIMARÃES, Francisco. Op.cit. p.77.

¹¹⁴ ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO, Geraldo do. Op. cit. p.353.

Em outras palavras, não existe a menor possibilidade de se falar em crime político se os atos praticados pelo indivíduo não forem contra a ordem estatal (a segurança interna ou externa do Estado, forma de governo, sua constituição política ou contra a integridade territorial do Estado) e sua íntegra relação com outros Estados.

Em mesmo sentido esclarece Neemias Carvalho Miranda postulando que:

Comete um crime político o indivíduo que, agindo sem violência, exterioriza idéia e pratica atos tendentes a abolir, destruir, desfazer no todo ou em parte, a estrutura político-jurídica do Estado, a forma de governo, o regime político, depor e destituir autoridades, desmembrar o território do Estado ou afetar a sua soberania, incluindo-se entre aqueles atos a traição e a espionagem¹¹⁵.

De acordo com o seu registro, é possível afirmar que para um crime ser considerado político, é preciso que seu autor tenha o ideal tendente a subverter a ordem político-jurídica do Estado pré-constituída e instaure ou tente instaurar nova Ordem que assegure aos cidadãos Direitos e Garantias fundamentais que não existiam.

Segundo Artur Gueiros, em linhas gerais, há três critérios de aferição de crimes políticos:

1) crime político é aquele que atinge um bem ou interesse jurídico de natureza política, como, por exemplo, a organização político-estatal; 2) crime político será aquele motivado por razões político-ideológicas, independentemente de estar capitulado na legislação comum; e 3) compreendem-se como tal as duas vertentes anteriores, ou seja, o crime político restará caracterizado tanto por razões objetivas [bem jurídico político] como subjetivas (finalidade política)¹¹⁶.

Para Mirtô Fraga, hoje, tem-se utilizado, um critério misto, considerando crimes políticos como ações ou omissões contrárias às instituições dominantes. São crimes políticos, em última análise, as ações ou omissões dirigidas contra a organização político-social do Estado ou contra o Governo legalmente constituído¹¹⁷.

Celso de Mello acentua que a maioria dos tratados internacionais proíbe a extradição dos criminosos políticos, porém, não define o crime político, o que torna difícil a aplicação e a

¹¹⁵ MIRANDA, Neemias Carvalho. Op.cit. p.54.

¹¹⁶ SOUZA, Artur Brito Gueiros. Análise Comparativa da Extradição na América Sul. Disponível em <<http://www.anpr.org.br/portal/components/comanpronline/media/ArtigoAnalisecomparativaextradiçãoArturGueiros.pdf>>. Acesso em 31 Mar. 2010. Nesse mesmo sentido, Celso de Mello apresenta três critérios propostos pela doutrina: a) objetivista - define o crime político como sendo aquele perpetrado contra a ordem política estatal; o importante é que o bem jurídico seja de natureza política; b) subjetivista- considera crime político o que foi cometido com a finalidade política; c) o mais adotado atualmente é o critério misto resultante da combinação dos dois critérios anteriores. Mello, Celso Duvivier de Albuquerque. **Direito constitucional internacional: uma introdução: Constituição de 1988**. 2ªed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.184.

¹¹⁷ FRAGA, Mirtô. Op. cit. p.302.

interpretação no caso concreto. Afinal, é mais fácil dizer o que não é crime político, do que defini-lo¹¹⁸.

O que se verifica, portanto, é que a difícil tarefa de definir crime político enfrentada pela doutrina não foi superada nem pelo legislador ordinário nem tão pouco pelo constituinte que apenas transferiu essa tarefa ao Supremo Tribunal Federal, como se registra do §2º da do art.77, da Lei n.º6.815/80 "Caberá, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal a apreciação do caráter da infração".

Durante o julgamento do processo extradicional n.º 615, oriundo do Governo Boliviano, após debate os Ministros da Suprema Corte enfatizaram tal vácuo no ordenamento jurídico e entenderam que a solução é aplicar o princípio da preponderância. Veja-se o seguinte acórdão:

Não havendo a Constituição definido o crime político, ao Supremo cabe, em face da conceituação da legislação ordinária vigente, dizer se os delitos pelos quais se pede a extradição constituem infração de natureza política ou não, tendo em vista o sistema da principalidade ou da preponderância". (Ext. 615, Rel. Min. Paulo Brossard, julgamento em 19-10-94, DJ de 5-12-94)¹¹⁹..

Constata-se, portanto, a partir desse acórdão que a regra da preponderância criada pela doutrina e adotada pelo Egrégio Plenário é circunstancial, não permite de forma racional e *a priori* definir ou qualificar o crime político.

A definição ou qualificação do caráter político do crime é tarefa dos Ministros da Suprema Corte, conforme caso concreto e o senso de Justiça de cada um dos Ministros que compõem esta Corte. Tarefa realizada sem que tenham uma referência legal ou teórica, baseando-se tão-somente na finalidade pretendida pelo extraditando na execução do seu ato criminoso.

É inegável que a proibição estabelecida pela Magna Carta, justifica-se pela possibilidade de criminosos políticos virem a ser julgados sem as garantias básicas que devem ser assegurados aos réus em processo penal, entretanto, não se pode deixar de ressaltar que a impossibilidade doutrinária em definir com precisão o que seja crime político, pode gerar a impunidade e injustiça.

Conduta considerada crime comum sob a ótica da ordem jurídica estrangeira (com a devida comprovação de autoria e materialidade) pode ser configurado pelos Juízes da

¹¹⁸ MELLO, Celso Duvivier Albuquerque de. **Curso de Direito internacional público**. São Paulo: Renovar, 2000, p.957.

¹¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º 615**. Disponível in <<http://www.stf.jus.br/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ext+615&base=baseAcordãos>>. Acesso: 10 Nov. 2010.

Suprema Corte brasileira como crime político, e desse modo livrar da punição o foragido da Justiça estrangeira¹²⁰, e vice versa.

Com base nesse critério, a doutrina estabeleceu o entendimento de que, quando o indivíduo atingido é o cidadão particular, trata-se de crime comum, enquanto que se as ações forem perpetradas contra o poder público, a ordem social, os interesses gerais da coletividade ou relações internacionais o crime é político.

O §1º do art.77, da Lei n.º6.815/80 determina que a extradição é vedada apenas na hipótese de serem puramente políticos atos imputados ao extraditando, não se excluindo a possibilidade da extradição quando verificar-se tratar de infração comum da lei penal estrangeira, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal.

Para Mazzuoli, a exceção imposta pelo Estatuto do Estrangeiro, não pode ser admitida tendo em vista que, o que o ¹²¹texto constitucional protege é o crime político enquanto tal e não a lei penal comum estrangeira, que sobre ele não prevalece. O delito de caráter político tem *primazia* sobre os crimes comuns, e não o contrário. Havendo conexão entre um delito político e um crime comum, o problema se resolve em favor do primeiro, sob pena de violação do comum constitucional que impede a extradição por motivo de crime político.

Com relação a essa exceção feita pela Magna Carta, Luís Roberto Barroso e Carmen Tibúrcio explicam que na hipótese de existir crime político, este sempre haverá de preponderar sobre o comum, para o fim de evitar a extradição e deste modo, não pode a lei ordinária impor restrições à garantia constitucional, sob pena de violar a Constituição¹²².

Esse também é o pensamento de José Afonso da Silva, que, após advertir que é inconstitucional § 1º do art.77 da Lei 6.815/80 por permitir a extradição de fato político quando o fato principal constituir crime comum ou conexo ao delito político.

O vício de inconstitucionalidade reside na desconsideração do crime político como imunizador (impediente) da extradição conforme determina o art.5º, LII da Constituição Federal de 1988.

Relevante, a respeito, transcrever as lições deste constitucionalista:

¹²⁰ Para o direito interno, dar prevalência ao aspecto político de um crime em relação ao crime comum é uma opção dos Juízes do Supremo Tribunal Federal. Opção que certamente não é a mesma feita por todos os países, o que reforça a idéia de relatividade do critério da preponderância aplicada para crime político.

¹²¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 4ªed.rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.679.

¹²² BARROSO, Luís Roberto e TIBURCIO, Carmen. **Algumas questões sobre a extradição no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, v.787, maio, 2001, p.446.

É, portanto, inconstitucional o § 1º do art. 77 da Lei 6.815/80 ao declarar que o fato político não impedirá a extradição quando constituir, principalmente, infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir fato principal. Ora, o fato principal, para a tutela constitucional, é sempre o crime político. Este é que imuniza o estrangeiro da extradição. Logo, onde ele se caracterize, onde ele exista, predomina sobre qualquer outra circunstância, e, portanto, não cabe a medida, pouco importando haja ou não delito comum envolvido, que fica submergido naquele¹²³.

Na concepção deste constitucionalista, o crime político é o elemento que imuniza o estrangeiro da extradição, prevalece sobre os demais fatos praticados pelo indivíduo independentemente de outras circunstâncias do crime. Portanto, o crime político predomina sobre os crimes comuns eventualmente praticados em concurso com aquele.

Sendo o crime comum considerado crime principal, o agente causador do dano perde a imunidade e torna-se passível de punição ainda que o seu objetivo aparente tenha sido político.

De acordo com essa corrente de pensamento, a que filia José Afonso, Mazzuoli, Luís Roberto Barroso e Carmen Tibúrcio dentre outros pensadores, o crime político tem a primazia sob o conjunto de crimes praticados pelo extraditando. Defendem o entendimento de não se conceder a extradição quando se trata de crime político.

Desse modo, o crime político assume a função absorvedora dos demais crimes quando o extraditando pratica concurso de crimes (crime comum, crime conexos e crime político puro ou impuro)¹²⁴.

Finalmente, o §3º prescreve do mesmo artigo 77 que o Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou quaisquer autoridades, os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, seqüestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou processos violentos para subverter a ordem política ou social¹²⁵.

¹²³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22ªed. São Paulo: Malheiros, 2002.p.340.

¹²⁴ Crimes políticos puros são os que visam atingir a forma e a organização política de um Estado. MIRANDA, Neemias Carvalho. Op., cit. p.56. Para o Supremo Tribunal Federal, crime político puro- é conceito que compreende tanto os delitos cometidos contra a segurança interna como os praticados contra a segurança externa do Estado. (STF, Ext.700-QO, Rel.Min. Octavio Gallotti, Dj de 5-11-1999). Esta cláusula, também conhecida como cláusula belga, ou cláusula de atentado é decorrente de seguinte fato considerado político: em visita à Bélgica, o Imperador francês Napoleão III sofreu atentado a sua vida. Inicialmente, recusou-se a entrega do criminoso para ser julgado na França, já que, na época, era categoricamente proibido a extradição por crime político. Contudo, devido a pressões diplomáticas, o Governo belga foi compelido a alterar sua legislação para nela incluir a possibilidade de extradição por delito político quando se tratasse de ato violento contra pessoa de Chefe de Estado ou de seus familiares. A cláusula passou a ser expressa assim: "Não será considerado delito político, conexo com ele, o atentado contra pessoa do chefe de um governo estrangeiro ou membro de sua família".

¹²⁵ Luís Roberto Barroso e Carmen Tibúrcio sustentam a inconstitucionalidade desse dispositivo legal aduzindo que não cabe a legislação ordinária estabelecer limitações a um direito subjetivo público, matéria prevista em

Dito isto, torna útil registrar que o esforço teórico de definir crime político ainda é aquém das expectativas de resolver o impasse existente em torno do assunto. É imprescindível um engajamento maior entre os tratadistas da matéria para se evitar o casuísmo e inconveniências na avaliação do caráter político do crime.

O casuísmo com qual o Supremo Tribunal Federal vem tratando o assunto coloca sob suspeita a segurança jurídica e consoma injustiças. Indivíduos perigosos que cometeram crimes comuns, cujo ato não visava um fim altruísta - melhorar as condições do país ou da humanidade – mas sim atender interesse particular, não devem ser tratados como criminosos políticos e receber imunidade contra a punição.

Devem ter tratamento digno de criminoso comum, sem imunidade. Ser extraditado para o Estado requerido para que cumpra as penas correspondentes às suas atrocidades.

4.5 Natureza do Juízo

É de conhecimento geral que a inexistência de tribunal pré-constituído para o julgamento de fatos a ele submetido mascara a suspeição de parcialidade dos juízes e as garantias asseguradas aos réus pelo Estado-Poder.

Segundo o magistério de Mirtô Fraga:

O Tribunal de exceção é criado para julgar, sem garantias normais, determinados crimes retirados, temporariamente, da competência dos Tribunais comuns. É instituído, geralmente, por ocasião de guerra civil, revoluções, agitação social e política. Normalmente não há isenção e imparcialidade nos julgamentos, razão por que não se concede a extradição quando a pessoa reclamada tiver de responder perante Tribunal dessa espécie¹²⁶.

Seguindo o magistério do autor, pode-se dizer que o tribunal de exceção criado *ex post facto* é um tribunal que carece de regras transparentes e garantias básicas normalmente asseguradas ao cidadão no processo penal.

Objetivando assegurar um julgamento justo, livre de parcialidade, suspeições e vingança, o legislador prescreve no artigo 77, da Lei n.º 6.815/80 que:

sede constitucional como ocorre com o instituto da extradição. Para esses juristas, essa atribuição é da Constituição e não da lei ordinária. Somente a Carta Magna pode limitar direito subjetivo público, qualquer outra limitação que não seja proveniente da Lei Maior, é inconstitucional. Op. cit. p.447.

¹²⁶ FRAGA, Mirtô. Op. cit. p.306.

Não se concederá a extradição quando:

VIII - o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de exceção.

Daí extrai-se que, a vedação ao tribunal de exceção é uma garantia do cidadão contra arbitrariedade do Estado, visa assegurar ao extraditando as prerrogativas constitucionais de ampla defesa e duplo grau de jurisdição, a garantia do contraditório, a igualdade das partes no tribunal, a imparcialidade do magistrado processante, *a due process law*, o princípio do juiz natural, dentre outras.

A respeito da vedação do tribunal de exceção prevista no art.5º, inciso XXXVII, do Texto Constitucional bem como a do art.77, inciso VIII, da Lei n.º 6.815/80 supracitado, o Egrégio Plenário ao julgar o pedido de Extradicação n.º524, oriundo dos Estados Unidos da América, reforçou entendimento já firmado nesta Corte em virtude de pedidos semelhantes de que:

A noção de tribunal de exceção admite, para esse efeito, configuração conceitual mais ampla. Além de abranger órgãos estatais criados *ex post facto*, especialmente instituídos para o julgamento de determinadas pessoas ou de certas infrações penais, com evidente ofensa ao princípio da naturalidade do juízo, também compreende os tribunais regulares, desde que caracterizada, em tal hipótese, a supressão, em desfavor do réu, de qualquer das garantias inerentes ao devido processo legal. A possibilidade de privação, em juízo penal, do *due process of law*, nos múltiplos contornos em que se desenvolve esse princípio assegurador dos direitos e da própria liberdade do acusado – garantia de ampla defesa, garantia do contraditório, igualdade entre as partes perante o juiz natural e garantia de imparcialidade do magistrado processante – impede o válido deferimento do pedido extradicional." (Ext. 524, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 31-10-90, Plenário, DJ de 8-3-91)¹²⁷.

Como se pode compreender, para esta Corte, a noção de tribunal de exceção vai além de mera criação da instituição tribunal após a ocorrência do fato com o propósito de julgar determinados cidadãos ou certas infrações penais com evidente ofensa ao princípio do juiz natural.

A noção de tribunal de exceção é mais ampla, compreende tribunais que embora pré-constituídos e permanentes não asseguram ao réu o exercício dos direitos e garantias fundamentais do cidadão (as garantias inerentes ao devido processo legal, suporte da garantia da ampla defesa, garantia do contraditório, garantia de imparcialidade do juiz processante e a igualdade entre as partes perante o juiz natural).

¹²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradicação n.º 524**. Disponível in <<http://www.stf.jus.br/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ext+524&base=baseAcordãos>>. Acesso em: 10 Nov. 2010.

Deste modo, como bem ressaltado por Carolina Lisboa, se houver possibilidade de no Estado requerente o extraditando ser submetido a julgamento perante tribunal de exceção, o Estado requerido, como guardião dos direitos e garantias individuais do extraditando, deve negar a extradição. Trata-se de um óbice legítimo que busca resguardar a imparcialidade no julgamento por um órgão judicial independente e livre, como expressão de uma garantia individual fundamental.

O Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição tem a obrigação moral imposta pelo legislador constituinte de velar pelo asseguramento dos direitos e garantias individuais dos cidadãos residentes ou não no país independentemente da nacionalidade.

A extradição somente será concedida se ao acusado for assegurado o julgamento perante um tribunal previamente constituído e capaz de assegurá-lo rigorosamente os direitos e garantias previstos em lei.

4.6 Existência de Sentença Final de Privação de Liberdade ou Ordem de Prisão do Extraditando

Para a entrega do refugiado, o Estado requerente deverá comprovar existência de sentença final de privação de liberdade ou ordem de prisão emitida por uma autoridade competente (ordem emitida por juiz de direito, tribunal ou qualquer autoridade judiciária ou administrativa) investida de poderes para tal¹²⁸.

É de registrar que, sendo a liberdade um direito humano fundamental no Estado Democrático de Direito - Estado assegurador de direitos e garantias- não pode esta ser cerceada imotivadamente por autoridade pública. Desse modo, a Lei n.º6.815/80 estabelece como condição para a concessão da extradição, no art.78, inciso II, da Lei n.º6.815/80 “II existir sentença final de privação de liberdade, ou estar à prisão do extraditando autorizada por juiz, tribunal ou autoridade competente do Estado requerente, salvo o disposto no art.82”.

¹²⁸ Em Acórdão proferido no pedido extradicional n.º633, o Tribunal Pleno consignou o entendimento no sentido de inexigir que a ordem de prisão proferida pelo Estado estrangeiro deva ser emanado necessariamente de autoridade integrante do Poder Judiciário, bastando apenas que esta autoridade seja investida nos termos da legislação local. Veja-se o Acórdão:

“O ordenamento positivo brasileiro, no que concerne aos processos extradicionais, não exige que a ordem de prisão contra o extraditando tenha emanado, necessariamente, de autoridade estrangeira integrante do Poder Judiciário. Basta que se cuide de autoridade investida, nos termos da legislação do próprio Estado requerente, de atribuição para decretar a prisão do extraditando. Precedente” (Ext.633, Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento em 28/08/1996.

Todavia, não obstante tal previsão, o Tribunal Pleno tem entendido que a inexistência de sentença penal condenatória contra o extraditando, não obsta sua entrega ao Estado requerente. Para o Supremo Tribunal Federal, o pedido de extradição executória supõe a sentença penal condenatória, e ao lado desta figura, a extradição de caráter instrutório, pressupõe – para efeito de sua efetivação – mera existência de procedimento persecutório instaurado no exterior, desde que exista ordem de prisão emanada de autoridade competente do Estado requerente (Lei n. 6.815/80, art. 78, II).

Partindo do entendimento dessa Corte, é de se afirmar que a existência de procedimento persecutório instaurado no exterior com a devida ordem de prisão emanada de autoridade competente do Estado requerente associado a sua presença no território nacional pressupõe até prova *in* contrário comprove a formação de sua culpa.

Outrossim, é relevante relembrar que, sendo a ordem de prisão uma medida de constrição de um direito- direito à liberdade de locomoção- além de não poder ser emitida sem o devido fundamento fático-jurídico, também não poder vir de autoridade incompetente, desprovida de qualquer amparo legal sob pena de violar a ordem jurídica brasileira (Constituição Federal de 1988, art.5º, inciso " LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente"; bem como inciso " LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei").

Por fim, deve-se ressaltar que não se concederá a extradição, ¹²⁹se a medida é requerida simplesmente para o efeito de a Justiça do país requerente interrogar o extraditando em processo preliminar de instrução, no qual não se proferiu, ainda, nenhuma sentença ou decisão que se inclua nas hipóteses do art.78, II, do Estatuto.

4.7 Detração da Pena

É também condição para efetivação da extradição, que o Estado requerente detraia a pena ser aplicada ao foragido. Que na aplicação da pena privativa de liberdade o país solicitante desconte o tempo em que o acusado esteve preso no Brasil aguardando o

¹²⁹ LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. Op. cit. p.186.

pronunciamento da Suprema Corte brasileira bem como do Executivo que tem a competência constitucional exclusiva para conceder ou negar a extradição.

Consoante à lição de Fernando Capez, com a detração: o tempo em que o extraditando permaneceu preso preventivamente no Brasil, aguardando o julgamento do pedido de extradição, deve ser computado na execução da pena no país requerente¹³⁰.

A exigência visa impedir o prolongamento da prisão por tempo superior ao da condenação, ou seja, a finalidade do legislador foi evitar que, na prática, a prisão no Brasil, para fins do processo de extradição, resulte em prorrogação da pena imposta pelo Estado requerente¹³¹.

Nessa linha, a Suprema Corte decidiu que¹³²preenchidas todas as condições de admissibilidade previstas pelo Estatuto do Estrangeiro, defere-se o pedido de extradição. Advertência feita apenas para que seja *detraído* o tempo de permanência na prisão no Brasil em razão deste pedido extradicional.

Em sinopse, o Estado estrangeiro que obtiver a entrega do cidadão reclamado deverá prometer ao governo brasileiro que quando do cumprimento da pena privativa de liberdade em seu território, o extraditando terá abatido o tempo em que o reclamado permaneceu preventivamente encarcerado no Brasil em razão do pedido de extradição.

4.8 Não Reextradição

Finalmente, o Estado requerente deve, ainda, assumir o compromisso de não entregar o extraditando a outro Estado sem o prévio consentimento do Brasil. No dizer de Celso de Mello, a reextradição ocorre¹³³quando o indivíduo é extraditado para um Estado e esse dá a sua extradição a um terceiro Estado.

¹³⁰ CAPEZ, Fernando. Op. Cit. p.91.

¹³¹ LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. Op. cit. p.212.

¹³²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º 524**. Disponível in <<http://www.stf.jus.br/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ext+924&base=baseAcordãos>>. Acesso em: 10 No. 2010.

¹³³ MELLO, Celso Duviver de Albuquerque. Op. cit. p.951.

O artigo 82 da Lei n.º 6.815/80 determina que nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão¹³⁴.

Com base na disposição em comento, Joelíria Vey de Castro afirma que evita-se com isto, que um terceiro Estado utilize-se da reextradição com a finalidade de processar e julgar um indivíduo que, por alguma razão, não lhe seria restituído diretamente. Dessa forma, obsta que o princípio da especialidade seja burlado.

O propósito do legislador é proteger o extraditando, impedir que direitos não atingidos pela pena previamente negociada seja aplicado obliquamente por um terceiro Estado que, por vezes, já tenha visto o seu pedido negado pelo não preenchimento das condições legais.

O Min. relator do Acórdão abaixo, Maurício Corrêa entendeu que a reextradição pode-se manifestar em extradição disfarçada e assim determinou:

Pedido de extradição disfarçada acerca de seu real propósito. Insubsistência, em face do compromisso legal a que se sujeita o requerente de não proceder à reextradição do súdito para outro país que o reclame, senão com o expresse consentimento do Brasil.(Ext. 853, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 19-12-02, Plenário, DJ de 5-9-03.)¹³⁵

Vê-se, portanto, que a limitação imposta pelo instituto da reextradição, visa impedir que as condições impostas em prol da proteção dos direitos e garantias do extraditando sejam desrespeitados pelo terceiro Estado que interveio posteriormente na relação extradicional.

Nas palavras de Alberto Silva Franco, a reextradição visa¹³⁶ impedir a interposição de terceiro Estado nessa relação bilateral, a impedir que determinada soberania requeira e obtenha a extradição do país do asilo visando ao interesse de terceira potência, a beneficiar-se com a remessa ulterior da pessoa, cuja entrega direta não se conseguiria.

Em síntese, a proibição instituída pela reextradição é um mecanismo tendente a dificultar a interposição de terceiro Estado na relação previamente definida entre o Estado

¹³⁴ O instituto da reextradição faz parte do ordenamento interno desde 28/04/1938, através do Decreto lei n.º 394 cujo art.12, letra e [ao admitir duas exceções para a reextradição independente do consentimento do Brasil: a) se o extraditando consentir; e b) se permanecer em liberdade no território do Estado um mês depois de julgado e absolvido ou cumprimento da pena] continha tal previsão e posteriormente o Decreto lei n.º 941 de 1969 também trouxe sua previsão e agora a Lei n.º 6.815/80, publicado em DOU de 19/08/1980.

¹³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º 853**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ext+853&base=baseAcordãos>>. Acesso: 10 Nov. 2010.

¹³⁶ FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 6ªed. Revista e ampl. . São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, v.1, t.1. p. 153.

brasileiro e o Estado requerente bem como assegurar que o extraditando seja apenado além do que foi objeto do processo extradicional.

5 PROCEDIMENTO EXTRADICIONAL

Segundo o entendimento firmado pela doutrina e o Supremo Tribunal Federal o processo extradicional vigente no direito interno insere-se no sistema belga ou *misto*¹³⁷ também conhecido por sistema de *delibação*, com predominância da atividade jurisdicional.

Nele, a aferição do preenchimento das condições de deferimento do pedido de extradição não é tarefa exclusiva do poder executivo, na figura do governo, mas, compartilhado com o poder judiciário (Supremo Tribunal Federal) objetivando assegurar garantias do devido processo legal e a ampla defesa.

Desta forma, o sistema extradicional brasileiro divide-se em três distintas fases, conforme a cominação dos artigos 80, 81, 83 e 86 da Lei n.º 6.815/80 interpretada pela doutrina como fases administrativa, jurisdicional e política (também conhecida como presidencial ou administrativa).

5.1 Fase Administrativa: O Pedido

A fase inicial é administrativa, inaugura-se com o requerimento e o encaminhamento do pedido extradicional do Estado Estrangeiro diretamente ao Presidente da República, via diplomática, ou na falta de agentes diplomáticos, de Governo a Governo, se o Estado postulante não mantiver agente diplomático no Brasil.

O pedido deve ser instruído com a cópia autêntica ou a certidão da sentença condenatória, da de pronúncia ou da de que decretar a prisão preventiva, proferida por juiz ou autoridade competente, indicações precisas sobre o local, data, natureza e circunstâncias do

¹³⁷ Trata-se de um sistema, segundo Artur de Brito Gueiros de Souza, cuja característica peculiar é o fato do judiciário participar do mecanismo de produção da vontade de extraditar, [...]. É um sistema em que é defeso ao juiz penetrar no mérito da causa estrangeira, bem assim, em questões atinentes à prova ou a teses defensivas, álibis, negativas de autoria etc. Op. cit. p.40-41.

Além deste sistema o doutrinador ensina que o sistema de ampla revisão ou anglo-saxônico, é um sistema em que o Poder Judiciário tem a liberdade para analisar o mérito da causa criminal.

Existe também o sistema puramente administrativo- sendo sistema em que somente as autoridades administrativas do Estado requerido têm competência para analisar as condições necessárias ao deferimento da extradição sem a participação do Executivo em qualquer fase do processo.

fato criminoso, identidade do extraditando, e ainda, cópia dos textos legais sobre o crime, a pena e sua prescrição conforme o artigo 80 da Lei n.º 6.815/80 e o tratado de extradição celebrado com o Estado requerente se houver que será encaminhado pela Embaixada ao – Ministério das Relações Exteriores que o encaminhará por sua vez ao Ministério de Justiça¹³⁸.

Recebida a solicitação diplomática da extradição, o Poder Executivo coloca-se como árbitro, em função de sua política internacional, quanto à conveniência do encaminhamento, ou não, do pedido ao Supremo Tribunal Federal; essa faculdade de recusa do encaminhamento do pedido ao Judiciário pode implicar na denegação de plano do pedido de extradição¹³⁹.

O próprio Estado requerente terá por ônus verter oficialmente tal documento para o português, sem a necessidade, portanto, de tradutor juramentado, tendo em vista que o mero encaminhamento dos papéis via diplomático atribui foros de autenticidade à versão.

Imperfeições gramaticais ou defeitos na tradução dos escritos que formam o pedido de extradição não o inviabiliza, desde que os erros não impeçam a compreensão de seu teor¹⁴⁰, entretanto, ¹⁴¹as imprecisões e omissões concernentes ao local, data, natureza e circunstâncias do fato delituoso impedem o exercício, pelo Supremo Tribunal Federal, do seu poder de controle sobre a legalidade do pedido extradicional.

Cumprir destacar que, nesta fase, o requerimento pode vir fundamentado em tratado ou promessa de reciprocidade conforme o art.76 do Estatuto do Estrangeiro- visto no item 3.5- cabendo ao Governo brasileiro decidir o seu acolhimento ou sua rejeição.

Registra-se, ainda, que aceite ou não o pedido de reciprocidade formulado pelo Estado requisitante, o processo seguirá ao Supremo Tribunal Federal para a análise de legalidade conforme determina a lei.

¹³⁸ Ao indeferir o pedido de extradição n.º 524, oriundo de Paraguai, o relator Min. Celso de Mello enfatizou no Acórdão que "É essencial, especialmente nas extradições instrutórias, que a descrição dos fatos motivadores da persecução penal do estado requerente esteja demonstrada com suficiente clareza e objetividade impõe-se, desse modo, no plano da demanda extradicional, que seja plena a discriminação dos fatos, ao quais, indicados com exatidão e concretude em face dos elementos vários que se subsumem ao tipo penal, poderão viabilizar, por parte do estado requerido, a análise incontroversa dos aspectos concernentes (a) dupla incriminação, (b) a prescrição penal, (c) a gravidade objetiva do delito, d) a competência jurisdicional do Estado requerente e ao eventual concurso de jurisdição, (e) a natureza do delito e (f) a aplicação do princípio da especialidade. O descumprimento desse ônus processual, por parte do estado requerente, justifica e impõe, quer em atenção ao que preceituam as cláusulas do tratado de extradição, quer em obséquio as prescrições de nosso direito positivo interno, o integral e pleno indeferimento da extradição passiva". Rel.Min. Celso de Mello, J.31.10.1990, DJU 08.03.1991, P.2.200

¹³⁹ MELLO, Celso D. Albuquerque de. Op. cit. p.60-61.

¹⁴⁰ MACIEL, Carlos Enrique. Op. cit. p.28.

¹⁴¹ (RTJ 147/894, Rel. Min. Celso de Mello).

5.2 Fase Judicial: O Controle Jurisdicional

Esta fase, destinada ao controle jurisdicional visa efetuar o controle da legalidade e verificar as condições materiais da extradição de acordo com o Texto Constitucional e com o Estatuto do Estrangeiro sem adentrar no mérito do pedido¹⁴², ¹⁴³salvo, excepcionalmente, na análise da ocorrência da prescrição penal, da observância do princípio da dupla tipicidade ou da configuração eventualmente política do delito imputado ao extraditando e ¹⁴⁴a determinação de preferência a ser atendida em caso de mais de um Estado requerente.

Nos termos do referido artigo (Art.102, inciso I, alínea g), compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar a extradição solicitada por Estado Estrangeiro.

Prega o art. 83, da Lei n.6.815/80 que nenhuma extradição será concedida sem o prévio pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência não cabendo recurso da decisão¹⁴⁵.

Esta é uma tarefa exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Sem a sua prévia manifestação acerca da legalidade e procedência do pedido não haverá deferimento da extradição pelo Chefe do Executivo da União.

O exame judiciário da extradição é a maneira pela qual se garante observância dos direitos fundamentais, e efetiva a preocupação pelas garantias individuais, buscando um equilíbrio entre os direitos do homem e as exigências de cooperação através da regra do *due process of law*¹⁴⁶.

¹⁴² Carlos Enrique Maciel elenca alguns atos que o Supremo Tribunal Federal não poderá realizar sob pena de adentrar no mérito do processo: "a- espionar eventuais nulidades no procedimento estrangeiro; b- fiscalizar a observância das regras de competência interna dos tribunais de outros países; c- rever a prova ali produzida quanto à materialidade ou autoria; d- indagar acerca da suficiência dos indícios probatórios que fundamentam a instauração da ação penal ou o decreto de prisão preventiva; e- promover a dilação probatória, a fim de perquirir se, em determinado período, o extraditando estava no território do país solicitante; f- valorar as provas atinentes ao elemento subjetivo do tipo; ou g- adentrar no próprio mérito dos fatos imputados ao cidadão estrangeiro, em ordem a rever a condenação lá proferida, reenquadrando o extraditando em tipo diverso daquele constante da sentença penal a ser executiva". Op. cit. p.30.

Relevante acentuar que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que: "constitui- quando instaurada a fase judicial de seu procedimento- ação de índole especial, de caráter constitutivo, que objetiva a formação do título jurídico apto a legitimar o Poder Executivo da União a efetivar, com fundamento em tratado internacional ou em compromisso de reciprocidade, a entrega do súdito reclamado". (STF – Pleno –Extradição 667-3 – República Italiana, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 25 set. 1995, DJU, 29 set. 1995, p.31.998-999).

¹⁴³ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7ªed. São Paulo: Atlas, 2006, p.256..

¹⁴⁴ LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. Op. cit. p.146.

¹⁴⁵ Apesar de a lei impedir recurso, é cabível os embargos declaratórios quando a decisão for omissa, obscura ou contraditória. Embargos declaratórios são cabíveis em qualquer processo, inclusive no processo extraditório.

¹⁴⁶ Lisboa, Carolina. Op. cit. p.144.

No mesmo sentido, destaca Francisco Rezek que o ¹⁴⁷exame judiciário da extradição é o apurar da presença de seus pressupostos, arrolados na lei interna e no tratado porventura aplicável (...).

Determina o art.81 que o Ministério das Relações Exteriores remeterá o pedido ao Ministério da Justiça que ordenará a prisão do extraditando colocando-o à disposição do Supremo Tribunal Federal.

Já no Supremo Tribunal Federal, uma vez distribuído o processo, o Ministro relator decretará a prisão do extraditando que ficará a disposição desta instituição até o julgamento do processo pelo Tribunal Pleno, dando assim, o início à participação desta Corte no processo.

Dispõe o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal no Art. 208 que não terá andamento o pedido de extradição sem que o acusado seja preso e colocado à disposição do Tribunal. A prisão é considerada condição *sine qua non* para o seguimento do processo extraditório sendo que sem a capturação do preso não haverá a entrega do extraditando ao Estado estrangeiro.

Segundo Arthur de Brito,¹⁴⁸a prisão opera-se como verdadeira condição de procedibilidade, na medida em que a jurisprudência do STF tem reiteradamente proclamado que o instituto da prisão preventiva, que desempenha nítida função de natureza cautelar em nosso sistema jurídico, não se revela incompatível com a presunção constitucional de não culpabilidade das pessoas.

Ou seja, é uma prisão que não tem o objetivo de absolver ou condenar o extraditando pelo eventual crime por ele acusado de praticar no estrangeiro, mas sim, para cumprir diligências administrativas e evitar sua evasão do território nacional.

Trata-se, portanto, de uma prisão meramente cautelar em cumprimento à ordem judicial estrangeira para a conclusão dos atos processuais e para impedir que o acusado, tomando conhecimento do processo extraditório em curso em que é parte possa evadir-se do país e obstar a conclusão do pedido¹⁴⁹.

¹⁴⁷ REZEK, Francisco José. Op. cit. p.193.

¹⁴⁸ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Op. cit. p.109. Esta prisão não pode ser efetivada tendo em vista que parte deste dispositivo é inconstitucional, não foi recepcionado pela *Magna Carta* porque o art.5º, inciso LXI veda qualquer prisão que não seja em flagrante delito ou que não seja por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. Neste sentido, enfatiza Valério de Oliveira Mazzuoli: "É evidente que esta parte do dispositivo não foi recepcionada pela Constituição de 1988, uma vez que no nosso atual regime constitucional só se admite prisão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade *judiciária* competente (CF, art.5º, inc.LXI)" MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit. p.677.

¹⁴⁹ A Suprema Corte já decidiu que a "prisão preventiva para os efeitos da extradição não se fundamenta nos requisitos do art.312 do CPP. Ela é requisito indispensável ao regular desenvolvimento do processo de extradição (Lei n.º6.815/80, art.84, parágrafo único)" (Ext.820, Min. NELSON JOBIM, DJ de 3/05/02). Ainda,

Cabe referir neste ponto, que ¹⁵⁰ não é da competência do Judiciário censurar o ato do Executivo, no tocante ao julgamento do que convém ou não aos interesses nacionais, aspectos em que se faz sentir o poder discricionário do Governo. Caso contrário, seria conferir ao Poder Judiciário o exame de questão essencialmente política, o que desvirtuaria a sua função constitucional, por isso que lhe é defeso.

A intervenção do Poder Judiciário é bastante restrita ante a amplitude da autorização legislativa que confere ao Executivo avaliar com exclusividade, se os atos do estrangeiro são nocivos à convivência social e aos interesses nacionais.

Percebe-se, que a tarefa do Supremo Tribunal Federal é simples. Cumpre-lhe, apenas controlar e fiscalizar os pressupostos e a legalidade do pedido.

Diante disso, questionam-se as vantagens do controle limitado (misto), com predominância da atividade jurisdicional adotado pelo ordenamento interno já que o mesmo somente permite ao Poder Judiciário exercer apreciação dos aspectos objetivos do crime, ignorando-se os elementos subjetivos, deixando o extraditando desprotegido.

Salienta-se, que ao impedir que o Supremo Tribunal Federal reexamine o mérito ou os aspectos formais, relativos à regularidade do processo criminal realizados pelo Estado requerente contrapõe-se a real função desta Instituição, a defesa dos direitos e garantias fundamentais do cidadão plasmados no Texto Constitucional de 1988.

Nesse contexto, propõe-se teoricamente como solução, a adoção do sistema anglo-saxônico ou de ampla revisão que o Poder Judiciário tem a liberdade para analisar o mérito da causa criminal, revisando os aspectos formais concernentes à regularidade dos atos de persecução penal e à própria substância da imputação penal praticados no Estado requerente contra o extraditando, visando o seu regresso.

Certamente, a adoção desse sistema apresenta outras dificuldades de ordem logística como, por exemplo, interrogar testemunhas que se encontra em outro país, proporcionando mais gastos para o Poder Público.

Não podendo ouvir testemunhas em virtude da distância geográfica, pode se fixar em análise de aspectos formais atinentes à persecução penal e à própria substância da imputação penal praticados.

neste sentido, decidiu que a “a prisão preventiva – que não deve ser confundida com prisão penal – não objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, mas destina-se considerada a função cautelar que é inerte, a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal” (HC79.857. Min. CELSO DE MELLO. Segunda Turma, DJ 04/05/2001; g.n.) Ao disciplinar a prisão do extraditando, a Lei n.º6.815/80 prescreveu que ela perdurará até o término da decisão do Supremo Tribunal Federal, não sendo admitidas a liberdade vigiada, a prisão domiciliar nem a prisão-albergue (art.84, parágrafo único).

¹⁵⁰ GUIMARÃES, Francisco. Op.cit. p.44.

E deste modo, impedir que o Supremo Tribunal Federal seja apenas um órgão consultivo do Poder Executivo cuja tarefa é tão-somente verificar a existência de impedimento legal para a concessão da extradição como este vem sendo aceite por parcela da doutrina nacional e pelos Ministros da Suprema Corte sem qualquer perspectiva de prover alterações legais que redirecionem o atual estágio da extradição.

Como já se ressaltou em linhas atrás, as decisões da Suprema Corte de Justiça devem ser cumpridas por todos os órgãos que compõem a Administração Pública do país, independentemente de quem as representem.

5.3 Fase Política: A Entrega do Extraditando

Após a avaliação da legalidade pela Suprema Corte brasileira, o procedimento segue para a fase final, denominado pela doutrina de "fase administrativa", mas que se prefere nominar de "fase presidencial" visto ser a fase cuja decisão compete ao Presidente da República, responsável pela representação do país na arena internacional.

Preliminarmente, vale informar que esta função é do Poder Executivo, representado na pessoa do Presidente da República conforme a regra contida no art.84, inc.VII da Carta Política de 1988, segundo o qual, é da competência do Presidente da República "manter relações com Estados estrangeiros". É o único autorizado constitucionalmente a conceder ou negar a extradição requerida por Estados estrangeiros sem a possibilidade de revisão ou ratificação de qualquer outro Poder.

Intrinsecamente ligado a esta função extradicional desenrola-se a polêmica sobre a discricionariedade ou obrigatoriedade do Chefe do Executivo para conceder ou negar a extradição quando o Tribunal Pleno julgar pela legalidade ou ilegalidade do pedido extradicional submetido ao crivo desta Corte.

A polêmica deve-se ao fato de que nem a Lei n.º6.815/80 nem a Constituição ter atribuído expressamente ao Presidente da República a competência [discricionária ou vinculada] de órgão revisor do pedido de extradição quando este é julgado procedente pelos Juízes do Supremo Tribunal Federal.

O procedimento vem sendo efetivado seguindo as normas do Estatuto do Estrangeiro [Lei n.º6.815/80], o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, os únicos diplomas que

possuem regras sobre o processo extradicional no ordenamento interno bem como as orientações doutrinárias¹⁵¹.

Retornando ao ponto inicial, sem perder de vista a questão, é de salientar que se o Egrégio Tribunal após avaliar a legalidade do processo extraditório e entender que o pedido extradicional preenche os requisitos formais e materiais, portanto, o pedido é regular, o Chefe do Executivo (Presidente da República) tem a liberdade de entregar ou não o extraditando se o pedido não foi sustentado em Tratado bilateral previamente celebrado entre o Brasil e o Estado estrangeiro.

Havendo Tratado previamente celebrado entre o Brasil e o Estado requerente, certamente que não há como cogitar hipótese de discricionariedade do Presidente da República para conceder ou não a extradição, mas sim obrigatoriedade de sua concessão sob pena de violação de Acordo internacional, fato gerador de responsabilidade perante a Comunidade Internacional.

Poder-se-ia sustentar discricionariedade do Presidente da República se na condição de encarregado constitucional de "manter relações com Estados estrangeiros" tivesse a opção de descumprir obrigações internacionais sem que o país fosse responsabilizado na arena internacional, e o próprio Chefe do Executivo não tivesse que responder perante o Senado por seus atos.

Neste sentido, Mazzuoli sustenta que ¹⁵²não há que se falar em discricionariedade do Poder Executivo na medida em que este Poder já concordou com a entrega quando da promulgação do tratado assinado.

Com base neste jurista, sustenta-se que a discricionariedade atribuída pela doutrina ao Presidente da República no processo extraditório é inexistente tendo em vista que a existência de tratado de extradição previamente celebrado entre o Estado requerente e o Brasil impede o Chefe do Executivo de agir conforme sua conveniência.

Desde que os Estados assumem obrigações mediante assinaturas de tratados, acordos ou convenções tornam-se vinculados aos mesmos, não podendo descumpri-los sob pena de sanções, salvo cláusulas *in contrário*.

Em regra, o Chefe do Executivo tem apenas uma e única opção para agir quando existe o tratado, deferir a extradição. Sua decisão deve estar vinculada ao princípio da

¹⁵¹ Registre-se que a Lei n.º 6.815/80 possui apenas dezoito artigos sobre o tema [art.76-94] e o RISTF , sete artigos [art.207-214]. Existe necessidade urgente de edição de nova lei que regulamente a situação jurídica de estrangeiro no Brasil, elimine as lacunas e as omissões presentes na Lei vigente [trinta anos de vigência] que não mais atende aos anseios da sociedade globalizada.

¹⁵² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit. p.678.

legalidade sob o risco de extrapolar o limite do aceitável e cair em arbitrariedade que tanto se procura impedir através de assinaturas de tratados de extradição.

A única hipótese que ensejaria o não cumprimento do tratado, a não entrega do extraditando sem a devida responsabilidade do Governo brasileiro¹⁵³ - na arena internacional, segundo Mazzuoli- seria se o Estado requerente não atendesse aos requisitos do art.91, incs. I a V, do Estatuto do Estrangeiro, que lhe impõe o compromisso de não ser o extraditando preso nem processado por fatos anteriores ao pedido; de comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, os casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação; de não ser o extraditando entregue, sem o consentimento do Brasil, a outro Estado que o reclame; e de não considerar qualquer motivo político para agravar a pena.

Se a Suprema Corte decidir pela ilegalidade do pedido, portanto, que o processo extraditório é irregular, o Chefe do Executivo não pode de acordo com sua conveniência deferir o pedido entregando o extraditando ao Estado requerente porque estará incorrendo na ilegalidade¹⁵⁴.

Julgado o pedido legal pelo Supremo Tribunal Federal e não havendo o tratado bilateral previamente celebrado entre as partes, o Presidente da República, tem a faculdade de conceder ou não a extradição ao Estado estrangeiro. Deferindo-o¹⁵⁵, deve providenciar que se comunique a missão diplomática do Estado requisitante através do Ministério das Relações Exteriores, para no prazo improrrogável de sessenta dias da comunicação retirar o extraditando do território nacional (art.86), sob pena do extraditando ser posto em liberdade, mas sem o prejuízo de responder ao processo administrativo de sua¹⁵⁶ expulsão e o motivo de extradição o recomendar (art.87).

¹⁵³ Idem, p.676. Além desse motivo, outros são trazidos pelos estudiosos do assunto como autorizadores de indeferimento da extradição. João Marcelo de Araújo Junior traz como uma das causas razões humanitárias. Segundo esse doutrinador o pedido de extradição poderá ser indeferido se em razão da idade, do estado de saúde ou de outras circunstâncias de caráter pessoal, verificar-se que a entrega poderá importar em grave e desnecessário sofrimento para o extraditando.

¹⁵⁴ Negada a extradição, a sentença faz coisa julgada considerando-se que não é aceite qualquer espécie de recurso tendente a modificar a decisão nem tão pouco novo pedido baseado em mesmos fatos. É o que determina o art.88 da Lei n.º6.815/80, "Negada a extradição, não se admitirá novo pedido baseado no mesmo fato".

¹⁵⁵ Deferindo o pedido, o Estado requerente deve assumir o compromisso presente no art.91 da Lei n.º6.815/80 e seus incisos: a) de não ser o extraditando preso por fatos anteriores ao pedido; b) computar [detrair] o tempo de prisão que o extraditando esteve preso no Brasil aguardando a conclusão do processo extraditacional; c) comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte; d) não ser o extraditando entregue [reextradição], sem o consentimento do Brasil, a outro Estado que o reclame e finalmente d) não considerar qualquer motivo político, para agravar a pena.

¹⁵⁶ Em julgamento do HC n.º79157/CE, cujo relator o Ministro Néri da Silveira, o Tribunal Pleno proferiu o despacho do pedido de extradição oriundo da Itália, recomendava ao Presidente da República a expulsão do Luigi Bordoni, acusado de prática de delitos naquele país bem como e no Brasil. Veja-se o acórdão: "EMENTA: Habeas Corpus. 2.Extradição e expulsão. 3.Extraditando condenado pela Justiça brasileira, por crimes

Esta é a única hipótese em que o Chefe do Executivo tem a faculdade de agir conforme entender conveniente, e mesmo assim, só decide após a manifestação da Suprema Corte. Excluindo-se esta hipótese o Presidente da República não poderá conceder a extradição se a decisão do Supremo Tribunal Federal estiver em sentido negativo porque não tem poderes constitucionais para substituir o Judiciário.

Diante de toda a exposição, conclui-se que, existindo previamente o tratado de extradição, o Presidente da República está obrigado a efetivar a entrega sob pena de responsabilidade perante a Ordem Internacional pelo descumprimento de tratado.

Daí a total propriedade de se afirmar inexistência da discricionariedade do Chefe do Executivo no procedimento extraditório, repetido diversas vezes nos manuais que tratam do tema extradição.

Inexiste discricionariedade do Chefe do Executivo na relação extraditória. O seu ato seria discricionário se não estivesse submetido ao prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, se pudesse agir conforme sua vontade em toda e qualquer hipótese.

Terminada a apreciação dos procedimentos a serem observados para a efetivação da extradição pelo governo brasileiro, segue-se a análise do tratamento extraditório na mais Alta Corte do país.

capitulados nos arts. 12 e 16 da Lei n.º 6368/1976, a sete anos e sete meses de reclusão. 4. Após a condenação, o Presidente da República decretou a expulsão do paciente, "ficando a medida condicionada ao cumprimento da pena a que estiver sujeito no País e à liberação pelo Poder Judiciário". 5. Hipótese em que, na execução da pena, veio a ser concedido ao paciente livramento condicional, sem recurso do Ministério Público. 6. Com base no mandado de prisão preventiva para extradição expedido pelo STF, foi o paciente, de novo, posto sob custódia, com vistas à entrega ao Estado requerente. 7. Dispõe o Presidente da República da prerrogativa legal, ut Lei n.º 6815/1980, art. 89, caput, in fine, de natureza discricionária, como Chefe de Estado, de ordenar, com prejuízo da própria execução da sentença, a efetivação imediata da entrega extraditória do súdito estrangeiro às autoridades do Estado requerente. 8. No caso concreto, o Decreto de expulsão, posterior à decisão do STF deferindo, em parte, o pedido de extradição, condicionou efetivar-se a medida após o cumprimento da pena. Esse decreto não foi alterado, nem ocorreu exercício, pelo Presidente da República, da citada faculdade prevista no art. 89, caput, in fine, da Lei n.º 6.815/1980. 9. Nessas circunstâncias, o paciente deve permanecer, em execução da pena, no regime de livramento condicional deferido pelo Juízo das Execuções Penais competente, somente podendo suceder sua entrega ao Estado requerente após 18.11.1999, quando ocorrerá o cumprimento integral da pena que lhe foi imposta, salvo, à evidência, se o Presidente da República usar da faculdade do art. 89, da Lei n.º 6815/1980 aludida. 10. Habeas Corpus deferido, para que o paciente seja posto em liberdade e prossiga no regime de livramento condicional, se por acaso não houver de ser revogado, até o cumprimento final da pena. Julgamento 10/06/1999. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º. 79157**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=HC+79157&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 06. Nov. 2010. Através deste Acórdão, percebe-se que o extraditando indesejado pode ser expulso caso necessário para a manutenção da ordem social.

6 TRATAMENTO EXTRADICIONAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

6.1 A soberania como fator determinante no Supremo Tribunal Federal

Ao fazer uma análise sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, é possível verificar que o princípio da soberania dos Estados tem sido diversas vezes aduzido por esta Corte como empecilho para exigir dos Estados estrangeiros a devida proteção dos direitos humanos de extraditandos que serão submetidos a sua tutela após a conclusão do processo pertinente.

Constatou-se, que os Ministros deste Tribunal têm permanecido presos a doutrina tradicional da soberania que a compreende como poder absoluto de Estado que lhe permite dentro das suas fronteiras agir conforme lhe aprouver sem qualquer interferência de outros Estados.

Averiguou-se ainda, que este fato tem levado os Juízes desta Corte a não cogitar sequer a possibilidade de qualquer negociação com o Estado requerente da extradição quando o direito do extraditando encontra-se atrelado a diligências que dizem respeito exclusivamente ao mesmo. Ou seja, atos que demandam realização de condutas peculiares de outro Estado.

A respeito do assunto, relevante citar alguns Acórdãos proferidos por este Pretório Excelso aduzindo a soberania como obstáculo para se abster de exigir do Estado requerente da extradição realização de atos que possam proteger o direito do acusado sob a custódia do Estado brasileiro.

Dentre eles o Acórdão do pedido de extradição n.º 542, oriundo do Governo dos Estados Unidos de América, cujo Relator foi o Ministro Celso de Mello bem como o pedido de extradição n.853, proveniente da República do Paraguai, sob relatoria do Ministro Maurício Corrêa. São estes os Acórdãos:

Cabe, assim, à Justiça do Estado requerente, reconhecer soberanamente, desde que o permita a sua própria legislação penal, a ocorrência, ou não, da continuidade delitiva, não competindo ao Brasil, em obséquio ao princípio fundamental da soberania dos Estados, que rege as relações internacionais, constranger o Governo requerente a aceitar um instituto que até mesmo o seu próprio ordenamento positivo possa rejeitar. (Ext. 542, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 13/02/92).

Não pode o Supremo Tribunal Federal avaliar o mérito dos elementos formadores da prova, inclusive a autoria e a materialidade dos delitos cometidos, ora em produção

perante a autoridade judiciária do País requerente, tema afeto à sua soberania. (Ext. 853, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 05/09/03).

Compreende-se, desta forma, que o princípio da soberania do Estado é levado aos extremos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, ignorando o fato que atualmente a doutrina contemporânea diante de grandes desafios impostos pela globalização e a celebração de uma infinidade de tratados sobre a defesa dos direitos humanos se viu forçada a considerar a possibilidade de se relativizá-lo para dar respostas a esses desafios.

Embora não se expresse no mesmo termo, Huguette Rêgo Rogrigues também rechaça o tratamento dispensado pelo sistema brasileiro de extradição. Para esta autora ¹⁵⁷o sistema extradicional brasileiro, por limitar o Pretório Excelso ao exame objetivo do pedido de extradição, limitando-o ao exame das condições e dos pressupostos extradicionais inseridos tanto na lei como no texto dos tratados, impede que se alcance verdadeira proteção ao indivíduo.

É relevante acentuar que ao lado do princípio da soberania do Estado vigora o princípio da igualdade entre os Estados presente no art.3º, inciso V, da Constituição, e dezenas de tratados de direitos humanos que poderiam ter sido alegados pelo Tribunal para fazer valer o direito dos extraditados.

Como destaca Flávia Piovesan,¹⁵⁸ se é verdadeira a assertiva de que a noção tradicional de soberania absoluta do Estado passa a sofrer uma relativização ante o processo de globalização econômica, por outro lado, não deixa de haver relativização da soberania por conta do processo de globalização dos direitos humanos, face à “cristalização da idéia de que o indivíduo deve ter protegidos na esfera internacional, na condição de sujeito de Direito.

É interessante observar, que ao tratar das mudanças conhecidas pelo mundo nos últimos tempos, Karla da Silva Costa, revela:

O mundo passou e está passando por consideráveis mudanças nas últimas décadas, por isso não é ainda possível apresentar um “novo conceito de soberania”. Talvez o mais coerente seja na verdade (re) pensar a Soberania não apenas atrelada à idéia de elemento essencial do Estado ao direito, mas como uma “instância de legitimação

¹⁵⁷ RODRIGUES, Huguette Rêgo. **Aspectos Práticos da Extradição no Brasil**. Revista Ciências Sociais, v.1, n.º1, Rio de Janeiro: Editorial Central da Universidade Gama Filho. 1995, p.136.

¹⁵⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil**. In: O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Org. Alberto do Amaral Jr. r Cláudia Perrone Moisés. São Paulo: Edusp - Editora da Universidade de São Paulo, p.241. O mesmo entendimento é esboçado por Piovesan na sua obra **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. Precedentes Históricos do Processo de Internacionalização e Universalização dos Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2002.p.132, ao propugnar que houve (...) revisão do conceito de soberania absoluta do Estado do Estado, que passa a sofrer relativização em prol da observância dos direitos humanos, na medida em que estes passam a constituir tema de legítimo interesse da comunidade internacional (...).

que prescinde do soberano, fundadora de uma cidadania que, também, prescinde dos cidadãos, mas é resultado da comunicação".¹⁵⁹

Compreende-se, desta forma, que as transformações impostas pela evolução da sociedade nos últimos tempos têm forçado uma revisão do conceito absoluto de soberania que vigora nos Estados. Essas mudanças sugerem uma nova interpretação ao instituto ou a criação de outro instituto que se adéqüe a essas novas realidades.

Defendendo semelhante entendimento, Celso de Mello postula que¹⁶⁰ a tendência atual é a da soberania existir como um conceito meramente formal, isto é, estado soberano é aquele que se encontra direta e imediatamente subordinado ao Direito Internacional Público. O seu conteúdo é cada vez menor, tendo em vista a internacionalização da vida econômica, social e cultural. (...). Os que visam a integração econômica são aqueles em que a noção de soberania sofre uma restrição mais profunda.

Cabe assinalar, por necessário que apesar da soberania ser um dos elementos constitutivo de Estado está superado o entendimento de que ela é uma característica absoluta deste ente. Conforme a lição magistral de Valério de Oliveira Mazzuoli,¹⁶¹ inexistente uma soberania absoluta (sem limites) no plano internacional pelo fato de todos os Estados serem juridicamente iguais, e também porque a vida da sociedade internacional é regida por normas jurídicas internacionais. Não se pode mais, atualmente, pensar que os tratados concluídos entre Estados (no exercício do seu próprio poder soberano) fiquem reduzidos a meros lenços de papel (...).

Corroborando esta perspectiva, Augusto Zimmermann afirma:

A soberania que fundamenta o Estado brasileiro não deve significar a existência de um poder absoluto no Estado. Primeiro porque, ainda que tida por soberania, a ordem jurídica interna vem sendo cada vez mais limitada por outras externas, que reproduzem tratados e convenções visando a convivência pacífica dos povos e o respeito aos direitos humanos. Diversos problemas do mundo atual, como poluição, alimentação, guerra nuclear e crime organizado, exigem uma conseqüente interdependência estatal, porque ultrapassam barreiras geográficas dos Estados.¹⁶²

A questão da soberania já deixou de ser tratada como um poder absoluto e ilimitado dentro das fronteiras de cada Estado. E o maior exemplo dessa realidade é a criação da Comunidade Econômica Européia que surgiu com o propósito de unificar a economia européia, entretanto, expandiu-se de forma firme e hoje se ocupam de questões relacionadas

¹⁵⁹ COSTA, Karla da Silva. **Soberania: um conceito em evolução**. Caderno de Estudos Jurídicos. Belo Horizonte: PUC Minas, v.6, dez. de 2003, p.104.

¹⁶⁰ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Direito constitucional internacional: uma introdução: Constituição de 1988**. 2ªed.rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.p.131.

¹⁶¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit. p.463.

¹⁶² ZIMMERMANN, Augusto. Op.cit. p.232.

com os direitos humanos como: a alimentação, o meio ambiente, a saúde pública, a segurança etc.

Aliás, a consolidação dessa organização supranacional ajudou a impulsionar a globalização econômica e é a maior prova de que o conceito de soberania vem sendo relativizado por alguns Estados.

Aceitar a soberania como poder ilimitado e absoluto do Estado no seu território é não vislumbrar as mudanças sofridas pelo conceito para adaptar-se à realidade jurídica e social. A soberania será um conceito contemporaneamente válido se por ela entender-se a qualidade ou o atributo da ordem estatal, que, embora exercida com limitações, não foi igualada a nenhuma outra no âmbito interno e nem superada no externo.¹⁶³

A soberania é um destes dogmas que insistem em permanecer segundo doutrinas arcaicas e que já não condizem com as aspirações contemporâneas dos povos no seio de uma comunidade internacional em constante mutação¹⁶⁴.

Huguette Rêgo Rodrigues, ao analisar a relação do princípio da soberania estatal no processo extradicional destaca que o Supremo Tribunal Federal,¹⁶⁵ buscando observar o princípio da soberania dos Estados, tem deixado que o homem, principal destinatário das regras de conduta impostas pelo Estado, fique adstrito a esta soberania.

De fato, o Supremo Tribunal Federal tem ignorado o fato de que a soberania, elevada à categoria de princípio da soberania estatal por diversas Constituições, entre elas a brasileira, foi criado por Jean Bodin, para justificar a superioridade do monarca em relação aos seus súditos e consolidar a territorialidade do Estado.

Essa passividade do poder público na defesa dos direitos humanos também é constatada por Valério de Oliveira Mazzuoli. Para esse jurista,¹⁶⁶ o Brasil não tem se utilizado de todos os meios disponíveis ao seu alcance para efetivar a observância dos direitos humanos, consagrados nos tratados de direitos humanos que impõe deveres aos Estados que a eles aderem.

¹⁶³ OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. **O conceito de soberania perante a globalização**. Revista CEJ, Brasília, n.º32, jan/mar.2006, p.86.

¹⁶⁴ FURLAN, Fernando de Magalhães. **Direito da Integração no Mercosul e Dogmas de Estado: Análise da Doutrina da Soberania e Regime Constitucional Brasileiro**. Revista Fundação Escola Superior de Ministério Público de Distrito Federal e Território, Brasília, Ano 9, v.17, jan/jun.2001, p.98.

¹⁶⁵ RODRIGUES, Huguette Rêgo. Op. cit. p.136.

¹⁶⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **A Incorporação dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Ordenamento Brasileiro**. Intertemas: Revista da Toledo. Presidente Prudente.v.2, mai.2000, p.117.

Numa visão coerente, pode-se afirmar que o princípio da soberania tem sido em certa medida um obstáculo contra a efetividade dos direitos humanos na medida em que os atos do poder público somente podem ser exercidos nos moldes estabelecidos pela própria lei.

Aliás, esse entendimento também é defendido por Simone Martins Rodrigues, ao sustentar que:

O princípio da soberania estatal confinou a defesa dos direitos humanos dentro das fronteiras dos Estados, não permitindo que fossem tratados como legítima preocupação e parte das atribuições da sociedade internacional como um todo. No entanto, podemos destacar uma mudança nesta perspectiva ao longo da história, identificando processos universalizantes de codificação dos direitos humanos dentro do âmbito do direito internacional. Quando os direitos deixam de ser considerados matéria de exclusiva jurisdição dos Estados soberanos e passam a estar inseridos entre as prerrogativas da sociedade internacional, a sua defesa passa a ocorrer independente das limitações territoriais impostas pelos Estados¹⁶⁷.

Portanto, torna-se de vital importância perceber que atualmente a defesa dos direitos humanos não encontra fronteiras em um território determinado. Esse amparo deve ser a preocupação de todos os membros da comunidade internacional independentemente de celebração de tratados ou não e não matéria de jurisdição exclusiva de um ou outro Estado.

Já se encontra superado o entendimento extremo de que o princípio da soberania estatal é fator impeditivo de intervenção internacional diante da evidência da violação de direitos humanos por parte de um Estado contra seus súditos.

É conveniente advertir que,¹⁶⁸ o dogma da soberania foi concebido historicamente para justificar a superioridade de um poder, livre de qualquer sujeição. Tomava-se a soberania pelo mais alto poder, a *supremitas*, traço essencial para distinguir o Estado dos demais poderes que com ele disputavam.

O francês Jean Bodin foi o primeiro a conceituar a soberania, por volta de ano 1576, na sua obra “*Les six livres de la Republique*”, como poder absoluto e perpétuo de uma República. Na visão de Bodin a¹⁶⁹ soberania deveria ser um poder ilimitado, que não

¹⁶⁷ RODRIGUES, Martins Simone. **Segurança internacional e direitos humanos: a prática da intervenção humanitária no Pós- Guerra Fria**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.p.

¹⁶⁸ FURLAN, Fernando de Magalhães. Op. cit. p.102. Esse mesmo raciocínio é compartilhado por Afonso Arinos de Melo Franco, ao postular que “A soberania do Estado e, assim, a justificação da centralização do poder político nas mãos das autoridades públicas, e do caráter imperativo e supremo (no plano jurídico) deste poder. O caráter soberano do poder do Estado não pode ser concebido, com efeito, senão como um postulado jurídico, e nunca como um fato jurídico, visto que, historicamente, o grau de poder dos Estados depende da sua força material (...)”. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro: teoria geral**. V.1. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.p.112.

¹⁶⁹ GOMES, Carla Amado. **A evolução do conceito de soberania: tendências recentes**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, nº111, ano 34, jul/set. 1998.p.58. Para reforçar esse entendimento, cumpre registrar a contribuição de Norberto Bóbbio em co-autoria com Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino. Para eles, segundo eles, a soberania é absoluta porque o seu exercício é livre e não pode ser interrompido por nenhum obstáculo de natureza política. Absoluta significa incondicionado mas, não arbitrário. Pode-se dizer que ao governante confere-se poder absoluto e soberano, não estando subordinado a

reconhece superior na ordem interna e não se subordina a qualquer tipo de dependência no plano internacional.

Quase dois séculos mais tarde, no ano de 1762, Rousseau em sua obra “*O Contrato Social*”, ao tratar do tema da soberania, transfere a titularidade do seu exercício da pessoa do governante para o povo. Além de reconhecer as características da inalienabilidade e indivisibilidade como fundamentos da soberania¹⁷⁰.

Com a superação do Estado absoluto e aperfeiçoamento do Estado constitucional a soberania perde as suas características iniciais de perpetuidade e absolutismo desenhado por Bodin e passa ser compreendida como componente constitutivo do Estado ou aptidão do Estado decidir internamente seu próprio destino sem a ingerência de outro Estado ou Organização supranacional.

Assegura Fernando de Magalhães Furlan que¹⁷¹ desde o final do século XIX, e especialmente no curso do século passado, vem havendo uma relativização crescente do conceito de soberania. Isto se deve às idéias anarquistas e marxistas que passaram a negá-la, à internacionalização de aspectos políticos, econômicos e, mais recentemente, sociais e culturais que determinaram afinidades entre Estados e coordenação de políticas públicas, ou pela presença de organizações não-governamentais internacionais que se apresentam como partícipes da experiência política de diferentes Estados. Ainda segundo Furlan, a restrição da soberania é um dado incontestável da atualidade.

Nesta mesma linha de pensamento, Ladislau Dowbor sublinha que:

São vários os indícios de que a política mudou de lugar. Na medida em que a sociedade internacional transformou-se em província da sociedade global, são evidentes os deslocamentos ou esvaziamentos de princípios da soberania, hegemonia e cidadania, sem esquecer democracia. Se é verdade que esses princípios situam-se classicamente no âmbito da sociedade internacional, do Estado-nação, ou do contraponto sociedade civil e Estado, então fica evidente que a soberania, a hegemonia, cidadania e democracia mudaram de lugar, perderam significados, ou simplesmente transformaram-se em ficções jurídico-políticas de um mundo pretérito¹⁷².

Perceba como o autor evidencia as transformações ocorridas na sociedade internacional, alterações que levaram ao esvaziamento do princípio da soberania e de outros princípios com a sua conseqüente relativização.

nenhuma lei ulterior ou posterior, está acima do direito interno. Ele teria monopólio do direito, mediante o poder legislativo. **Dicionário de política**. Trad. Carmen C. Varriale et AL. 7ªed. Brasília, 1995, p.1.183.

¹⁷⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29ªed. São Paulo: Saraiva, 2010.p.78.

¹⁷¹ FURLAN, Fernando de Magalhães. Op. cit. p. 115.

¹⁷² DOWBOR, Ladislau; IANNI, Octávio; RESENDE, Paulo Edgar. (Orgs.). **Desafios da globalização**. 2ªed. Petrópolis: Vozes, 2004.p.25.

Contestando esse ideário crescente sobre relativização do conceito de soberania, Manuel Jorge e Silva Neto sustenta que:

(...) não se trata de “relativização” do conceito de soberania, mas sim sua autêntica incorporação à realidade dos Estados atuais que não se enclausuram em compartimentos estanques; pelo contrário, recorrem aos tratados e convenções internacionais visando à solução dos seus problemas domésticos. E, se, nessa linha de compreensão, comparecem ao concerto internacional, subscrevendo tais disposições, a presença do Estado nacional é eloqüente demonstração de exercício de soberania¹⁷³.

Perceba que, para esse constitucionalista, o conceito de soberania não passa por uma relativização, mas sim a uma incorporação às novas realidades da sociedade internacional. E incorporar, significa coligar, aliar. Embora, o autor não deixe claro se com essa incorporação os Estados exercem a soberania de forma compartilhada ou independente, é possível deduzir que na sua visão o exercício de soberania é compartilhado devido à submissão do Estado aos tratados e convenções internacionais.

José Souto Maior Borges, conquanto não fale expressamente na relativização da soberania como o faz Manuel Jorge e Silva Neto, reconhece que a sua noção tradicional não se coaduna com as novas realidades sociais. É o que se deduz da sua afirmação:

Não está aqui em jogo o conceito tradicional, ideológico e individualista de soberania, nem se pretende uma supranacionalidade mutiladora da autonomia estatal. Juridicamente o tratado internacional não é instrumento- surpreendente afirmação! – de restrições ou limites à pretensa soberania estatal, mas de preservação da independência estatal, adaptando-a a novas condições socialmente emergentes para o seu exercício e que ditaram o aparecimento do fenômeno comunitário¹⁷⁴.

Compreende-se que, mesmo ironizando a ideologia individualista sustentada pela teoria da soberania, José Souto entende que os tratados não restringem ou limitam a soberania estatal, pelo contrário, salvaguardam a independência dos Estados.

Já Saulo Casali Bahia, é da opinião de que o Estado perde a sua soberania ao se submeter às normas supranacionais. O autor não se refere à tese da relativização nem tão-pouco a tese de compartilhamento dela, mas sim, a sua perda, uma terceira via. Veja-se, a abordagem que o autor faz sobre o assunto:

(...) é óbvio que o funcionamento do TPI significa uma perda de soberania por parte dos países que dele participem. Este não é o primeiro exemplo, na sociedade

¹⁷³ SILVA NETO, Manuel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. Lumens Juris: Rio de Janeiro, 2006.p.196-197.

¹⁷⁴ BORGES, José Souto Maior. **Curso de Direito Comunitário**. São Paulo: Saraiva, 2005.p.171.

internacional, em que o funcionamento de organizações supranacionais encontra resistência no dogma da soberania. E, tal como acontece no tocante às organizações que surgem no bojo de processos de integração econômica, a superação do paradigma da reserva de poder soberano aos Estados apenas acontecerá quando e onde houver necessidade para isto. No momento em que os esforços para o alcance da paz dependerem do efetivo estabelecimento do TPI, sem dúvida os obstáculos desaparecerão. A União Européia foi uma criação basicamente dedicada à finalidade da paz. E, na medida em que a *pax* hegemônica deve ceder a paz através de um mecanismo complementar universal, o TPI e a idéia de Justiça universal que nele se contém haverão de prosperar¹⁷⁵.

Note-se que, o autor também sustenta a idéia de superação do dogma da soberania por parte dos Estados. Para ele, apesar das resistências iniciais que alguns Estados apresentam, em função das necessidades que possuem, terminam aceitando essa superação.

Entende-se que seja sustentando a tese de relativização ou de compartilhamento, o relevante é que as transformações que a humanidade vem experimentando principalmente nas duas últimas décadas do século XX, estão provocando a revisão do conceito de soberania. Ela já não é compreendida pelos Estados como poder absoluto, ilimitado e perpétuo como sustentava Jean Bodin em 1576.

Em linhas gerais, defende-se que a restrição à noção de soberania é fato irreversível. Ela tem sido aceita pelos Estados ibéricos desde o século passado com a criação do bloco econômico europeu, cuja efetivação impõe um exercício compartilhado de suas ações.

Aliás, não é por acaso que a Carta Constitucional previu no parágrafo único do artigo 4º, a possibilidade de integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de comunidade latino-americana de nações. Isto demonstra que o constituinte reconheceu a relevância da integração entre os Estados para a Nação brasileira e admitiu a possibilidade de o país ceder parte da sua soberania para ser dirigido por uma ordem supranacional (o Mercosul).

Não será possível uma integração política, econômica e social à semelhança do que ocorre com a União Européia sem que os Estados-membros do Mercosul rompam com o antigo paradigma da soberania como poder ilimitado dentro das suas fronteiras.

À semelhança do que ocorre com a União Européia cujo exercício da soberania é compartilhada, também os países do Mercosul terão que ceder parcela da sua soberania para concretização desta organização supranacional¹⁷⁶.

¹⁷⁵ BAHIA, Saulo José Casali. **Problemas Constitucionais do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. O Caso Brasileiro.** Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios. Org. Kai Ambos Carlos Eduardo Adriano Japiassu. Lumens Juris: Rio de Janeiro, 2005. p.292.

¹⁷⁶ O mesmo entendimento é esboçado por André Ramos Tavares ao lecionar que "(...) o fenômeno da integração comunitária dos Estados só foi possível graças ao fato de os Estados concordarem em compartilhar suas soberanias". **Curso de Direito Constitucional.** 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.765.

Desse modo, é preciso destacar que o Estado é soberano para determinar o próprio destino interna e externamente, entretanto, a partir do momento em que assume compromissos internacionais mediante celebração de tratados, convenções ou acordos bilaterais ou multilaterais com outros Estados, vincula-se ao mesmo e perde parcela da sua soberania.

Mesmo que a Corte queira permanecer presa à noção tradicional da soberania, isso não lhe impede de dialogar em pé de igualdade com o Estado requerente da extradição para encontrar uma solução conveniente para ambos os países, e para o acusado.

Conforme ensina Darcy Azambuja,¹⁷⁷ a soberania compreende além do aspecto interno (soberania interna) que quer dizer o poder do Estado, nas leis e ordens que edita para todos os indivíduos que habitam seu território e as sociedades formadas por esses indivíduos, (...); compreende também o aspecto externo (soberania externa) significa que, nas relações recíprocas entre os Estados, não há subordinação nem dependência, e sim igualdade.

Portanto, a soberania é vista como capacidade atribuída a um Estado de exercer sua vontade a indivíduos que residem no seu território. E no aspecto externo a soberania significa capacidade de se relacionar igualmente com outro Estado.

Diante da passividade dos Ministros da Suprema Corte é de se questionar o real interesse destes em proteger os direitos humanos quando realmente ameaçado. Não deve esta Corte simplesmente colocar a soberania como fator determinante no processo de extradição sem antes permitir diálogos que possam trazer solução viável a todas as partes envolvidas.

Como leciona Telma Bernardo,¹⁷⁸ na atualidade, uma visão rígida, absoluta, positiva da soberania não se coaduna com a realidade, e se o direito deve ser calcado na norma, isto não significa que ele deve se apartar do mundo. Afinal, o direito visa reger às relações do homem em sociedade; ignorar a sociedade seria ignorar seu objetivo.

O Estado que permanecer aprisionado à doutrina tradicional ficará à margem do desenvolvimento veloz que o fenômeno da globalização vem proporcionando: livre circulação de pessoas, bens e serviços, proteção da pessoa, convivência pacífica dos povos etc.

Finalmente, resta frisar que a melhor forma de os Ministros do Supremo Tribunal Federal enfrentarem a questão da soberania quando os direitos dos indivíduos que se refugiam no Brasil em busca do abrigo, sem deixá-los desprotegidos e sem se desvencilharem da teoria tradicional é dialogar com os Estados requerentes.

¹⁷⁷ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Globo, 1990.p.50. O autor esclarece que “esses dois aspectos não constituem duas soberanias; a soberania é uma só e se resume em que, do ponto de vista jurídico unicamente, é um poder independente em relação aos demais Estados e supremo dentro do próprio Estado”.

¹⁷⁸ BERARDO, Telma. **Soberania, um novo conceito?** Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.40, n.º10, jul./set. 2002. p36.

Deste modo, a Corte não deixa os extraditados à mercê da fúria de punição dos Estados que tiveram suas normas violadas nem tampouco sujeito às críticas em virtude da filiação doutrinária que ainda entende a soberania como um elemento do Estado imutável apesar da evolução da sociedade.

Afinal, o tribunal existe para dizer o direito e essa função não pode existir se o principal destinatário da norma –o cidadão- estiver desprotegido. O princípio da soberania não passa de ficção jurídica e não deve ser levado aos extremos pelo poder público.

A Corte deve ser firme e prudente para tomar suas decisões, sobretudo, quando questões atinentes a direitos humanos intrincam-se com o princípio da soberania do Estado. Não deve omitir-se e deixar de propor soluções que evitem sacrificar em demasia o direito do cidadão que encontra sobre a tutela do Estado brasileiro.

Ademais, conforme verbaliza¹⁷⁹ Carolina Guimarães em todo o processo de extradição o marco deve ser o respeito aos Direitos Humanos. A prática da cooperação exige um procedimento prudente, impregnado de garantias e instruído por princípios superiores que tenham em mira proteger e salvaguardar efetivamente os direitos fundamentais. É preciso afirmar a plenitude da pessoa humana como garantia permanente do homem frente a todo poder político coativo ou cooperativo.

6.2 A desorientação do Supremo Tribunal Federal face à contradição entre o Estatuto do Estrangeiro e a C.F de 1988

Conforme já mencionado, o Estatuto do Estrangeiro, Lei n.º6.815/80 preceitua no art.91, inciso III que "não será efetivada a entrega sem que o Estado requerente assumo o compromisso de comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanta à última, os casos em que a lei brasileira permitir sua aplicação".

Posteriormente, o Texto Constitucional de 1988 veio proibir a aplicação da pena de prisão perpétua no território nacional ao estabelecer no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, art.5º, inciso XLVII que não haverá penas: a) de morte; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

¹⁷⁹ LISBOA, Carolina. Op.cit. p.141.

Todavia, o deferimento do pedido de extradição para o cumprimento da reclusão perpétua, sedimentou-se no Supremo Tribunal Federal até o ano de 2004, quando a Corte decidiu revisar mais uma vez sua jurisprudência.

A partir do julgamento de extradição n.º 426 o Tribunal passou a deferir a extradição mesmo sabendo que o acusado seria submetido à pena perpétua no Estado requerente do pedido.

O problema é que o julgamento de extradição n.º426 sucedeu-se em 1985 e a mudança de orientação veio a ocorrer em 2004, seis anos após a proibição constitucional.

O Tribunal espantosamente preferiu ignorar a Constituição e se orientar pela Lei n.º 6.815/80, apesar de sua desprezível omissão.

7 O NOVO PARADIGMA DE DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE EXTRADIÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

7.1 Antecedentes relevantes

De início, é conveniente esclarecer que não é possível empreender o estudo da extradição no Brasil, mormente, de mudanças de paradigmas sem proceder a uma investigação sobre as extradições de Franz Paul Stangl e Russel Wayne Weisse.

São casos diversos que orientaram as decisões do Supremo Tribunal Federal durante certo período e provocaram uma mudança de pensamento em matéria de extradição no país, e levaram a mais Alta Corte de Justiça a revisar duas vezes o seu entendimento sobre o assunto.

Feitas essas breves considerações, segue-se a análise desses valiosos paradigmas.

7.1.1 O caso Franz Paul Stangl

A primeira vez que Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão da comutação da pena perpétua em pena privativa de liberdade com prazo certo, conforme determina a lei brasileira, foi nos pedidos de extradição n.º 272, 273 e 274, do austríaco Franz Paul Stangl, efetivado pelos governos austríaco, polaco e alemão, julgados em 07 de Junho de 1967.

Acusado pelo extermínio de centenas de milhares de pessoas, em campos de concentração, durante a Segunda Guerra Mundial, Franz Paul Stangl foi preso com base em mandado de captura expedido pela Interpol.

Franz Paul Stangl era servidor da Polícia Judiciária alemã e integrante do Partido Nazista, acusado de co-autoria em crimes de homicídio em massa e genocídio em campos de extermínio na Áustria (Hartheim) e Polónia (Sobibór e Treblinka).

Mesmo tendo sido colocado na lista internacional dos criminosos de guerra, residiu algum tempo em São Paulo.

A instituição de Hartheim, sob a direção de Stangl, internava enfermos mentais, idosos, incapazes para o trabalho e adversários políticos, com o fim de eliminá-los, por vários métodos.

Segundo a acusação,¹⁸⁰ Sobibór era um campo de extermínio dos seres humanos, sob o comando de Stangl, que possuía câmaras de gás desfarçadas em casas de banho, onde eram mortos judeus, inicialmente os doentes, idosos e as crianças, aproveitando-se os fortes para os trabalhos, que depois, tinham o mesmo fim.

Treblinka, outro campo de extermínio com câmaras de gás, também foi administrado por Stangl, lugar em que as vítimas chegavam por estrada de ferro, em comboios fechados, enganadas a fim de não suspeitarem de seu destino.

A controvérsia deve-se à omissão do Decreto- lei n.º394 de 28/04/1938, que não inseriu no rol do seu art. 12 a possibilidade de comutação da pena perpétua como condição para a entrega dos indivíduos que praticaram crimes cuja pena seja prisão perpétua.

Dispõe o mencionado artigo que:

Art. 12 A entrega não será efetuada sem que o Estado requerente assumira os compromissos seguintes:
(...)
d) comutar-se na de prisão a pena de morte ou corporal com que seja punida a infração;

Identifica-se, portanto, a previsão expressa tão-somente de comutação das penas corporal ou de morte sem qualquer referência à pena perpétua. Fato que induz ao entendimento equivocado de que a ausência dessa previsão legal retira do Supremo Tribunal Federal a responsabilidade de exigí-la do Estado requisitante quando pretender aplicá-la ao extraditando sob a custódia desta Corte.

Após apreciação e longo debate sobre a problemática, o Egrégio Tribunal decidiu extraditar Franz Paul Stangl aos Estados requerentes sob a ordem de preferência, porém condicionando sua entrega à comutação da pena perpétua em pena de prisão com prazo certo de 30 (trinta) anos.

A partir desse julgado, a jurisprudência por alguns anos pautou suas decisões, exigindo do Estado requisitante conversão da privação definitiva da liberdade em pena de prisão com o prazo de trinta anos conforme a legislação brasileira.

Note-se que, embora o Supremo Tribunal Federal tenha decidido acertadamente no sentido de proteger o direito à liberdade do extraditando, permitindo que o extraditando

¹⁸⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º272**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=ext272>. Acesso em: 21 Nov. 2010. Observa Artur de Brito Gueiros Souza, que o instituto de extermínio de Hartheim, foi instalado na Áustria, em 1940, já o campo de extermínio de Sobibor, construído em 1942, no mês de março-abril e finalmente o campo de extermínio de Trblinka, também foi construído na Polônia em junho de 1942. Em Hatheim morreram cerca de 12 ou 13 mil pessoas. Em Sobibór, cerca de 250 mil pessoas de origem judaica. Em Treblinka, cerca de 730 mil pessoas, a maioria de origem judaica. SOUZA, Arthur de Brito Gueiros. Op. cit.p.71.

reconquiste seu direito à liberdade após trinta anos de cumprimento da pena privativa de liberdade, a problemática não havia sido resolvida em definitivo no ordenamento jurídico brasileiro.

A controvérsia persiste até o presente. O novo Estatuto do Estrangeiro, a Lei n.º 6.815/80, lei geral que passa a regulamentar o procedimento extradicional passivo, repete o mesmo erro do supracitado Decreto- lei, não faz qualquer referência à pena perpétua, tão-somente à pena corporal ou de morte. Veja o que preceitua o art.90:

Não será efetivada a entrega sem que o Estado requerente assumo o compromisso:
(...) III- de comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, os casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação.

Como se pode perceber da redação do texto legal, a omissão legislativa é patente e não deixa margem dúvida para qualquer outra interpretação. Fato que torna permanente a problemática da comutação da pena perpétua e a deixa dependente de interpretação e bom senso dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Não é demais lembrar, que a pena perpétua contraria o princípio da humanidade tendo em vista que ao indivíduo é aplicada a pena sem a devida individualização, sem que este saiba o tempo certo em que deva cumprí-la. O cidadão é condenado ao “belo prazer” do Estado a permanecer o resto da sua vida no cárcere, fora do convívio familiar e da sociedade sem a esperança de um dia reconquistar a liberdade.

Como já dito, a única forma de resolver esse conflito e evitar restrição contínua do direito fundamental à liberdade de locomoção de todo e qualquer cidadão que resida no Brasil após o cometimento de crime no estrangeiro, é editar nova lei corrigindo a citada omissão.

Algo que parece estar distante de encontrar uma solução definitiva em face da ausência de debates que permitam o engajamento dos parlamentares sobre a relevância do instituto da extradição para a cooperação penal internacional.

O caso Franz Paul Stangl torna-se assim, o primeiro julgado de extradição de maior relevância no Supremo Tribunal Federal envolvendo a questão da pena perpétua. É, portanto, impossível escrever sobre a pena perpétua e a extradição no Brasil sem fazer qualquer referência a este caso histórico.

Daí porque fiz a questão de descrever nessa dissertação a trajetória percorrida por esta Corte para firmar a jurisprudência em torno da pena perpétua, modalidade de pena vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro há várias décadas.

7.1.2 O caso Russel Wayne Weisse

Embora o Supremo Tribunal Federal já tivesse uma posição sedimentada sobre comutação da pena perpétua de extraditando que se refugiase no Brasil, os Ministros desta Corte decidiram inovar no pedido de extradição de Russel Wayne Weisse (extradição nº 426-3) não mais condicionar a entrega à conversão da pena perpétua em pena restritiva de liberdade não superior a trinta anos.

Condenado à pena de prisão perpétua, sem possibilidade de liberdade condicional devido a prática dos crimes de homicídio e seqüestro com o propósito de roubo, mediante uso de arma de fogo e roubo com intenção de infringir lesões graves, pelo Tribunal Superior de Califórnia (Los Angeles), Russel Wayne Weisse refugiou-se no Brasil em 1980.

Sob a presidência do Ministro Moreira Alves, o Tribunal Pleno entendeu ser desnecessária a comutação da pena perpétua em pena privativa de liberdade conforme preceitua a legislação brasileira.

Durante o debate, o que se pode perceber é que a decisão de entregar o súdito americano sem a ressalva prevista na lei pátria deve-se ao fato deste ter ingressado no país tardiamente, no momento em que já havia sido condenado e cumpria a pena nos Estados Unidos.

Entretanto, nas entrelinhas é possível identificar no argumento de alguns dos Ministros o desinteresse por tal ressalva, na medida em que ela apenas traria péssima imagem ao país. Ou seja, o país que concede refúgio e abranda pena de delinqüentes internacionais.

O Relator Ministro Rafael Mayer, atendendo à recomendação do então Procurador Sepúlveda Pertence no sentido de deferir a entrega sob o compromisso de comutação da pena perpétua, votou neste sentido.

Entretanto, o voto do Ministro Relator foi o único a favor do deferimento com ressalvas de os Estados Unidos da América converter a pena perpétua em pena privativa de liberdade conforme a legislação brasileira preceitua.

O primeiro Juiz a manifestar seu voto após o Relator, o Ministro Francisco Rezek, alegou que a lei brasileira, em absoluto, não faz outra restrição salvo aquela que tange á pena de morte. De acordo com o Ministro não se refere à lei extradicional à pena de prisão perpétua, no sentido de excluí-la em caso de deferimento da extradição. Se a lei o fizesse,

encontrar-nos-íamos – como o tratado entre o Brasil e Estados Unidos é de década de 60- numa situação de conflito real entre tratado e lei nacional superveniente.

E arremata:

No caso, porém, não há conflito real. As regras pertinentes à solução de conflito não devem ser trazidas à mesa, pela boa razão de que nada há, na lei extradicional brasileira, que diga que não se defere extradição para quem vai ser punido com pena de prisão perpétua¹⁸¹.

Em seguida, o Ministro Octavio Gallotti apresentou seu voto preferindo-se alegar a permanência irregular no Brasil do extraditando como motivo para sua entrega sem a comutação da pena perpétua. Menciona o Ministro:

Sr. Presidente, considerando que o extraditando não tinha residência no Brasil, aonde chegou para evadir-se da condenação já proferida no Estado requerente, acompanho o voto do eminente Ministro Francisco Rezek, para dispensar a ressalva proposta pela douta Procuradoria-Geral da República.

Como se verifica, o argumento do Ministro Gallotti carece de sustentação teórica que convença até mesmo o mais leigo em matéria jurídica. A permanência irregular de estrangeiro no território nacional não é carta branca para a violação dos seus direitos, sobretudo o direito fundamental à liberdade de ir e vir.

Por sua vez, o Ministro Sydney Sanches, ateu-se a inexistência de impedimentos de natureza legal que pudesse reverter a situação do extraditando no território nacional e permitisse a interrupção da pena perpétua que já havia iniciado seu cumprimento nos Estados Unidos da América. Argumentou o Ministro:

(...) a meu ver, nem a Constituição Federal, nem o Tratado ou Protocolo Adicional entre o Brasil e os Estados Unidos da América, nem nossa legislação extradicional ou qualquer outra estão a impedir execução (já iniciado) de pena de prisão perpétua pelo Estado requerente ao extraditando, seu nacional, por crime já praticado.

No entendimento do Ministro, a clareza da legislação que regula a extradição entre o Brasil e aquele país nórdico não deixa margem de dúvidas quanto ao dever do Supremo Tribunal Federal de extraditá-lo para que ele retorne à prisão, lugar de onde ele jamais deveria ter saído.

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º426-3**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ext+426&base=baseAcordãos>>. Acesso em: 11 Nov.2010.

Na análise do caso, o Ministro Aldir Passarinho, embora não tenha usado literalmente as palavras do colega Sydney Sanches, seguiu a mesma linha argumentativa para também negar a conversão da pena perpétua que cumpria Russel Wayne Weisse, em pena de prisão com prazo certo. Convém citá-lo mesmo num pequeno trecho:

De fato, o extraditando já se encontrava condenado e fugiu do país estrangeiro, para o Brasil. Procura, então, obter proteção na proibição constante do art.153§11 da Constituição, segundo a qual, no nosso país, não há prisão perpétua. (...) Foi o extraditando condenado à prisão perpétua, fuge para o Brasil e pretende obter uma modificação de sua pena à base de tal circunstância. Não creio que, em tal hipótese, possa ele encontrar-se abrigo.

Ao examinar a situação do extraditando, o Ministro Oscar Corrêa também vota a favor da entrega do extraditando sem demonstrar qualquer preocupação com a natureza da pena que cumpria na sua terra natal antes de refugiar-se no Brasil, objetivando modificá-la. Salienta o Ministro:

(...) O argumento que me parece importante é o tratar-se de pena já em cumprimento, nos Estados Unidos, à qual procurou escapar o referido. De modo que não vejo, a esta, altura, como alterar condenação imposta pela Corte Americana, cujo cumprimento já se iniciara.

Lamentavelmente, restou evidente, a manifestação sincera do citado Ministro quanto à impossibilidade de impedir a continuação do sofrimento permanente a que seria submetido Russel Wayne Weisse após poucos meses de sua interrupção.

O Ministro Cordeiro Guerra, ao votar não trouxe qualquer inovação que pesasse na consciência dos seus colegas e forçasse a revisão dos seus votos. O Ministro simplesmente seguiu os votos apostos e os reforçou com o seu argumento. Para o Ministro a pena perpétua aplicada ao extraditando é uma pena adequada para os Estados Unidos de América. E sendo adequada lá, não compete ao Estado brasileiro verificar se ela é exorbitante ou não, compete tão-somente entregá-lo. No entendimento do Ministro não entregá-lo é demonstrar ao mundo que o Brasil é um Estado à margem da civilidade que aparenta ter perante a ordem internacional. Deste modo vota o Ministro:

(...) Não vejo como comutar uma pena americana, porque o delinqüente, condenado, fugiu para o Brasil. Isso seria até um desprimor para a nossa forma de civilização, e um estímulo para que nós nos tornássemos um valhacouto internacional dos delinqüentes.

Finalmente, vota o Ministro Djaci Falcão seguindo o argumento apresentado por todos outros Ministros que o antecederam na votação. Eis o seu voto:

Sr. Presidente, o extraditando já estava condenado e cumpria pena quando se evadiu e veio para o Brasil. A meu ver, é de deferir-se o pedido, sem qualquer ressalva no que toca à natureza e ao quantum da pena.

Como se vê, a proteção esperada por Russel Wayne Weisse não foi acolhida pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Não é por outra razão, senão, aquela apresentada na parte inicial deste texto que a jurisprudência firmada a partir do caso Franz Paul Stangl foi ignorada pelo Egrégio Plenário.

Não deixa de ser relevante observar que, a despeito do país ter assumido o compromisso de reprimir a criminalidade comum mediante a cooperação internacional, o dever de proteger os direitos humanos é também a tarefa desta Corte.

Mesmo tendo a obrigação de entregar o extraditando aos Estados Unidos em virtude do tratado celebrado com o mesmo, a sentença deste Tribunal poderia ter sido pautada na jurisprudência dominante na época sem questionamentos daquele Estado. Afinal de contas, esta Corte tem o entendimento firmado no sentido que decisões judiciais de um Estado não podem ser questionadas por outro, em observância ao princípio fundamental da soberania dos Estados, que rege as relações internacionais. Questionar sua decisão é constrangê-lo.

Entretanto, o Tribunal Pleno dessa forma não enveredou. Decidiu tão simplesmente romper com a jurisprudência dominante e firmar uma nova a partir do caso Russel Wayne Weisse, fazendo também desse caso uma referência nesta Corte Suprema.

7.2 O novo paradigma: *leading case* Maurício Hernandez Norambuena

Quase duas décadas após a consolidação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de não exigir do Estado requerente a obrigação de comutar a pena de prisão perpétua em pena em pena privativa de liberdade não superior à trinta anos, a Suprema Corte, destemidamente, reviu a sua posição passando a exigí-la no julgamento do caso Maurício Hernandez Norambuena.

Em 26.08.2004, o Supremo Tribunal Federal, julgou o pedido de extradição n.º 855-2, formulado pelo Governo do Chile contra o seu súdito, condenado naquele País, a 2 (duas) penas de prisão perpétua, pela prática dos crimes de homicídio, de formação de quadrilha

armada e de extorsão mediante seqüestro, todos eles qualificados como atos delituosos de caráter terrorista¹⁸².

Cabe assinalar, por necessário, que o extraditando também havia sido condenado pela Justiça do Estado de São Paulo (19^a Vara Criminal do Fórum Central) à pena de 30 (trinta) anos de reclusão, pela prática dos crimes de extorsão mediante seqüestro (do empresário Washington Luiz Olivetto), de formação de quadrilha e de tortura, enquanto vivia clandestinamente no Brasil.

O pedido de extradição teve como amparo legal o Tratado de Extradição celebrado em 1935, entre a República Federativa do Brasil e a República do Chile, aprovado pelo Decreto n.º1.888/37, bem como o Acordo celebrado entre o Brasil e os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile em 1998, aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n.º 35, de 11 de abril de 2002, incorporados ao ordenamento positivo interno.

O referido tratado dispõe no artigo XIII, n.º1 que "o Estado Parte requerente não aplicará ao extraditando, em nenhum caso, a pena de morte ou a perpétua privativa de liberdade" e no mesmo artigo XIII, desta feita, n.º2, impõe ao Estado Parte, a obrigação de comutar em pena temporária, a sanção revestida da nota de perpetuidade.

No centro da discussão entre os Ministros da Suprema Corte encontrava-se a questão da pena perpétua a ser aplicada ao extraditando caso fosse conduzido ao Chile, afim de naquele país cumprir o resto da pena a ele imposta pelo Tribunal de Justiça local, sem violar o ordenamento positivo brasileiro.

Não obstante, nem o Brasil, nem a República do Chile não ter ratificado supracitado tratado e a Lei n.º6.815/80 (artigo 91, inciso III)¹⁸³ ter se omitido sobre a comutação da pena perpétua, ter feito referência tão-somente a comutação da pena corporal ou de morte, o atual Texto Constitucional veda expressamente no artigo 5º, XLVII, b, aplicação desta modalidade penal-sanção penal de caráter perpétuo- no território nacional.

Perante tal problema os Ministros do Egrégio Supremo Tribunal Federal deveriam encontrar a melhor solução para eliminar o impasse instaurado no presente processo de extradição sem permitir que o extraditando ficasse impune dos seus atos e ao mesmo tempo seguir o vetor constitucional.

¹⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição** n.º855. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ext+855&base=baseAcordãos>>. Acesso 11/11/2010.

¹⁸³ Dispõe o citado artigo: "Não será efetivada a entrega sem que o Estado requerente assumo o compromisso": (...) III- de comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à ultima, os casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação.

Para isso, vale analisar os argumentos aduzidos pelos Ministros em seus votos para mudar a orientação jurisprudencial já consolidada. Mas, antes, cumpre colacionar o parecer do Procurador-Geral da República sobre este pedido de extradição.

O Procurador-Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles, em seu parecer manifestou-se pelo deferimento do pedido de extradição, recomendou tão-somente que o Estado requerente assumisse o compromisso formal de comutar, em pena não superior a 30 (trinta anos) a pena perpétua.

Em outras palavras, o Procurador-Geral da República não seguiu a orientação jurisprudencial que norteava o Egrégio Tribunal, a partir da extradição n.º426, em 1985, sustentada pelos Ministros no sentido de que é improcedente a alegação de ressalva para a comutação da pena perpétua quando esta fosse de caráter perpétuo. Que a legislação não prevê esta alteração da pena como um dos pressupostos para a entrega do extraditando (RTJ 115/969 158/407).

O eminente Procurador-Geral desconsiderou ainda, a configuração do crime político sustentado pelo advogado do acusado, Jaime Alejandro Motta Salazar, com o propósito de imunizar o extraditando dos atos praticados e impedir sua remoção para o Chile.

Para o Procurador-Geral o relevante era extraditar o súdito chileno apenas sob única condição. Garantir o seu direito à liberdade de locomoção convertendo a pena de prisão perpétua em pena prisão com prazo certo, no limite de 30 (trinta) anos.

O Ministro Celso de Mello, Relator do processo manifestou sua posição em relação a tais crimes do seguinte modo:

Vê-se desse modo, que os novos parâmetros constitucionais inscritos no art.4º, VIII e no art.5º, XLIII da Constituição da República demonstram que o Estado brasileiro assumiu, perante a Nação, expressivo compromisso frontal de hostilidade às práticas terroristas, tanto que, ao proclamar os princípios fundamentais que regem as relações internacionais do Brasil, enfatizou de modo inequívoco, o seu repúdio ao terrorismo e, mais do que isso, a Constituição do Brasil também determinou ao legislador comum que dispensasse, ao autor do crime de terrorismo, tratamento penal mais severo compatível com aquele já previsto para os delitos hediondos.

Fica evidente com este argumento a discordância do citado Ministro com a tentativa empreendida pelo advogado do extraditando, de vincular tais crimes aos delitos políticos. Tais dispositivos reforçam sim, a idéia de existência de crimes repudiáveis, injustificáveis e desprezíveis perante a Carta Constitucional de 1988.

Ressalte-se que, assim como ocorre com os delitos políticos, também não há doutrinariamente consenso sobre definição do que seja delito de terrorismo. O que há, é o

emprego vago e impreciso da expressão, atribuindo ao intérprete ampla margem de discricionariedade para caracterizar tautologicamente o crime de terrorismo. O maior exemplo disso é que o concurso dos crimes de homicídio, extorsão mediante seqüestro e formação de quadrilha encontram correspondência no código penal brasileiro, mas não como crime de terrorismo, como classificado pela lei chilena, mas sim, como concurso de crimes qualificados pelo meio cruel utilizado pelo autor.

Ainda na linha argumentativa, citando Luis Jimenez de Asúa, o Relator sustentou que o terrorista não ostenta a mesma dignidade do criminoso político. Que o terrorismo, na realidade é caracterizado pela ausência de substrato ético. Quanto ao regime da época, o Relator sustentou que “o crime praticado pelo foragido, o homicídio do Senador Jaime Guzmán Errázuriz, o seqüestro de Chistián Edwards Del Rio e formação de quadrilha armada ocorreu entre abril de 1991 e fevereiro de 1992. Época em que o General Augusto Pinochet não mais exercia a Chefia de Estado, a República do Chile já vivia, então, um momento de plena normalidade democrática. Os partidos políticos em geral, inclusive os de esquerda, já se encontravam em situação de absoluta legalidade e o povo chileno já havia escolhido, em eleições livres, abertas e democráticas, o seu novo Presidente da República”.

Reforçou sua tese mencionando a Convenção Interamericana Contra o Terrorismo, assinada em 03.06.2002 cujo texto proclama que "o terrorismo constitui uma grave ameaça para os valores democráticos e para a paz e a segurança internacionais" e reafirma medidas eficazes para prevenir, punir e eliminar o terrorismo mediante a cooperação internacional. No seu artigo 11 determina que nenhum crime de natureza terrorista "será considerado delito político ou delito conexo com um delito político ou um delito inspirado por motivos políticos"¹⁸⁴.

Para o Ministro Relator, Celso de Mello, mesmo que se tratasse de crime político, deve ser evocado para a extradição do acusado, as exceções estatuídas no artigo 77, parágrafos 1º e 3º, da Lei n.º6.815/80 que impõem: 1- observar que não impede a extradição quando o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir fato principal (regra também é acolhida pelo

¹⁸⁴ Prescreve este artigo 11 sob o título Inaplicabilidade da exceção por delito político, que (...) não se poderá negar um pedido de extradição ou de assistência judiciária mútua pela única razão de que se relaciona (o ato terrorista) com um delito político ou com um delito conexo ou com um delito inspirado por motivos políticos. (grifos do autor).

Tratado de Extradicação firmado entre o Chile e o Brasil, em seu artigo V) e 2- O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crime político os atentados aos Chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, seqüestro de pessoa, ou que importem a propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.

O que se verifica, portanto, é que invocando tal dispositivo, o Ministro pretendia demonstrar ao extraditando, a existência da dupla tipicidade na conduta por ele praticada antes de fugir da prisão onde havia cumprido três anos e quatro meses da pena a ele imposta e refugiar-se no Brasil.

Em sua ótica, deve prosperar o parecer do Procurador-Geral da República que recomenda condicionar a entrega do extraditando, à comutação da prisão perpétua em pena privativa de liberdade com prazo certo:

(...) entendo que deve ser deferido este pleito extradicional, seja porque os delitos a ele subjacentes não se qualificam como crimes de natureza política, seja porque o ora extraditando não foi julgado por tribunal de exceção, tendo sido observadas, ainda, em seu benefício, todas as exigências inerentes ao devido processo legal- que basta, por si só, para autorizar a concessão da extradicação (RTJ 177/485-488- RTJ 185/393-394)- ressaltando-se, a penas, a necessidade de a República do Chile assumir o formal compromisso no sentido de comutar, em pena temporária (máximo de (trinta) anos de reclusão), as penas de prisão perpétua impostas a Maurício Fernandes Norambuena, em respeito ao que determina, de modo incontestável, a Constituição brasileira (art.5º, inciso XLII, "b").

E finaliza:

(...) defiro com restrição, o pedido extradicional, em ordem a autorizar a extradicação do súdito estrangeiro, somente se o Estado requerente assumir, em caráter formal, perante o Governo brasileiro, o compromisso de comutar, em pena de prisão temporária (máximo de 30 anos), as penas de prisão perpétua aplicadas ao ora extraditando.

Percebe-se, desse modo, a ênfase na reafirmação do Ministro, no sentido de conceder o pedido extradicional, assegurando ao acusado o direito de reaver seu direito fundamental à liberdade de locomoção após o cumprimento de trinta anos de prisão temporária.

No voto que proferiu, acompanhando o Relator, o Ministro Eros Grau acentua a dificuldade de se encontrar uma solução justa para o caso e ressalta sua preocupação com os direitos humanos:

(...) é uma situação extremamente difícil, pensando em termos de direitos humanos. Temo que a solução, proposta pelo Ministro-Relator, acabe colocando o

extraditando numa situação, dentro da perspectiva dos direitos humanos, mais onerada, mais pesada. Não vejo, também, qual seria outra solução. Acompanho o Relator.

Em virtude do fato mencionado, importa registrar que não basta tão somente a verificação de que os atos delituosos praticados pelo acusado encontram correspondência legal no ordenamento positivo brasileiro. É preciso considerar acima de tudo, que o acusado é ser humano, sujeito de direitos e deve tê-los protegidos, inclusive contra a ânsia da punição do Poder Público.

O Ministro Carlos Ayres Britto, não inovou no seu voto. Seguiu também o voto do Relator, mas prestigiando o parecer do Procurador-Geral da República, recomenda observância do princípio da prevalência dos direitos humanos, que regula as relações internacionais cujo Brasil seja parte:

O Procurador-Geral da República lembrou bem que o primeiro princípio da ordem internacional das relações internacionais do Brasil é o do respeito aos direitos humanos. Este princípio ocupa uma posição de centralidade na Constituição Federal e acho que a decisão do Relator homenageia exatamente a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais do Brasil. É como voto.

Verifica-se, portanto, que o zelo pelo princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos citado pelo Procurador Geral da República deve-se ao fato de que o mesmo é predominante na concepção de Estado Democrático de Direito adotado pelo Brasil e que o mesmo serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais.

Neste sentido, vale advertir que a desconsideração deste princípio no processo extraditório, cuja natureza envolve dois ou mais Estados revela lesão e desprezo ao Texto Constitucional que determina sua observância quando o Brasil seja parte em qualquer relação internacional.

O princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos compreende não somente a exclusão da pena de morte ou pena perpétua, mas também toda e qualquer modalidade penal que traga sofrimento ao ser humano.

O Ministro Gilmar Mendes, no seu pronunciamento, antes de acompanhar o voto do Ministro-Relator, ressaltou não entender o motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal havia mudado em 1985, o entendimento jurisprudencial já firmado por esta Corte e sublinha:

Também estou convencido da correção do entendimento esposado no voto-vencido do Ministro Rafael Mayer na Extradicação n.º426. Além do mais- independentemente de não estar prevista, no sistema constitucional brasileiro a idéia de um núcleo essencial-, parece certo que, talvez, seja um princípio imanente, um postulado, implícito- temos alguma jurisprudência nesse sentido. Talvez não pudéssemos, mesmo, banalizar esta garantia que proíbe a prisão perpétua. Por isso, com essas achegas, acompanho o brilhante voto do eminente Ministro-Relator.

Nessa linha o Ministro Marco Aurélio, manifesta-se e registra sua preocupação com o enclausuramento durante toda a vida do condenado bem como as condições penitenciárias brasileiras e chilenas. Em seguida defende integralmente o voto do Relator, porém, advertindo sobre o fato de que além da comutação da pena, o Governo requerente devesse assumir a responsabilidade de detrair o período em que o extraditando esteve sob custódia na prisão brasileira. Anota o eminente Ministro:

Ressalto, Senhor Presidente, que, além da comutação, além do compromisso de o Governo requerente afastar a vitaliciedade a que me referi- para não mencionar o caráter perpétuo, porque teríamos até mesmo a pena após a morte-, cabe salientar outro instituto: o da detração, ou seja, a consideração do período em que o extraditando esteve sob custódia do Estado no Brasil.

E completa:

Acompanho, portanto, o voto do relator na integralidade, com realce desse aspecto, previsto expressamente na legislação- de que será considerado o período, gênero, de custódia no Brasil.

Verifica-se que a argumentação do Ministro é orientada pela detração do tempo que o extraditando esteve preso no Brasil aguardando sua transferência para penitenciária chilena. Trata-se de uma posição garantista e legítima que visa impedir aplicação do bis idem. Evitar que o tempo em que o acusado teve a sua liberdade de ir e vir restringida no Brasil em virtude de prisão preventiva não seja levado em consideração no computo total da pena ser cumprida.

Por sua vez, o Ministro Carlos Velloso, em voto proferido neste julgamento, decidiu acompanhar o Relator, porém, excluindo a ressalva pré-estabelecida por aquele Ministro no sentido de comutar a pena perpétua em pena com prazo certo. Ou seja, para o Ministro Carlos Velloso, a entrega do extraditando deve ser realizada sem a necessidade de comutação da pena perpétua. O Ministro entende que o fato do extraditando refugiar-se no Brasil, não deve levar o Tribunal brasileiro a estabelecer restrições para a sua entrega. O Tribunal deve ater-se tão-somente à restrição presente na Lei n.º 6.815/80 qual seja a de comutá-la apenas quando se tratar de pena de morte. Veja-se o voto do Ministro:

O Estado estrangeiro tem a sua ordem jurídica. Nela se inclui a sua legislação penal, que estabelece tipicidades e penas. Penso que o fato de o extraditando ter passado pelo Brasil, ter aqui se escondido, não deve levar o Tribunal brasileiro, só por isso, a estabelecer restrições oponíveis à ordem jurídica do País requerente.

E arremata, dizendo:

Limito-me, Sr. Presidente, à ressalva posta na lei, vale dizer quanto à pena de morte. No mais, fico, repito, fiel à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Restou evidente, que a principal preocupação do Ministro Carlos Velloso não é com o direito à liberdade de ir e vir do extraditando que seria cerceado definitivamente caso fosse devolvido ao Chile, mas sim com a possível interferência no assunto interno daquele Estado caso o governo brasileiro condicionasse sua entrega à comutação das duas penas perpétuas a pena privativa de liberdade com prazo certo.

O Ministro Sepúlveda Pertence, ao pronunciar-se, lembrou o caso Mário Firmenich (Ext.417) destacando que “é preciso levar em conta o ambiente em que praticado o dito ato terrorista imputado ao extraditando” e chamando atenção para o fato de que o caráter político da infração deve ser avaliado no caso concreto. Durante o debate e considerando-se a dificuldade de se determinar com precisão o delito de terrorismo, o Ministro faz referência à monografia de Heleno Fragoso sobre o tema e adverte: “A noção de terrorismo é uma noção fluida. A admirável tese de Heleno Fragoso que o Relator cita- não sei se S. Exa. ficou com a mesma impressão – é uma monografia excepcional, ao final da qual, no entanto, há uma conclusão evidente: ninguém sabe o que é terrorismo”. Enquanto isso reforça o Ministro Carlos Britto “nem mesmo a Lei brasileira 10.744 conseguiu eliminar essa fluidez”.

Mais adiante registra o Ministro Pertence “Eu vejo, na própria lei brasileira, a exigência de uma ponderação pelo Supremo Tribunal, caso a caso: porque, ao prescrever que o Supremo poderá deixar de considerar crimes políticos o atentado a Chefes de Estado, os atos terroristas, os seqüestros de pessoas, está-se dizendo que esses fatos constituem, em princípio, crime político. Ou não seria necessário dizer que o Supremo poderá deixar de considerá-los políticos”.

É possível, do pensamento do Ministro, extrair outro ponto que merece destaque. Ao invocar a aplicação do postulado da ponderação na interpretação do § 3º, do art.77 pelo Pretório Excelso, o Ministro desperta para o fato de que embora o terrorismo e o crime político sejam delitos diversos, o citado dispositivo permite que o delito de terrorismo seja considerado crime político.

Na leitura que o Ministro faz do dispositivo, todos os delitos por ele elencados constituem crime político senão não haveria necessidade do legislador ter atribuído ao Supremo Tribunal Federal à faculdade de ignorá-los como tais para que os seus autores não fossem imunizados e pudessem responder por eles como se comum fossem.

No seu voto o Ministro acentua: “acolho também a proposta de revisão da jurisprudência no que toca ao condicionamento da extradição à comutação da pena perpétua”. Mais adiante acrescenta: “(...) congratulo-me com esta proposta de revisão. Jamais me conformei com a orientação vigente desde 1985, e esta convicção se reforçou com a Constituição de 1988”.

É de se ressaltar, que de fato, essa é uma posição que jamais deveria ter sido mudada pela Suprema Corte no sentido de permitir que um cidadão seja submetido ao cumprimento da pena perpétua. Pena esta que não tem função alguma, tão-somente afastá-lo definitivamente da sociedade.

É relevante acentuar que, aquela jurisprudência representa um retrocesso em matéria de extradição não somente para o Supremo Tribunal Federal, mas também para os direitos humanos no Brasil.

Como já dito, o país além de ter celebrado vários tratados de Direitos Humanos que o impõe a obrigação de velar pela preservação dos mesmos, é também signatário da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecido como Pacto São José da Costa Rica, celebrado em 22.11.69, ratificado pelo Brasil em 06.11.92.

Preceitua o art. 29 daquela Convenção que:

Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a) permitir a qualquer dos Estados – partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados- partes (...).

O Supremo Tribunal Federal ao entregar o extraditando para que seja submetido ao cumprimento da pena perpétua, fora do território nacional, além de ferir a presente Convenção que afasta supressão ou limitação definitiva ao exercício de direitos ou liberdades, agride a vontade soberana do povo brasileiro expresso no art.5º, §2º na Carta Constitucional que recomenda observância de princípios por ela adotados e direitos protegidos pelos tratados internacionais cujo país é parte. Veja-se o referido artigo e seu parágrafo:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Relevante observar que, a redação do texto normativo faz alusão de forma ampla a tratados internacionais, incluindo aí todos os tratados bilaterais ou multilaterais de direitos e garantias individuais celebrados pelo Brasil visando proteção da pessoa humana. O que nos leva a concluir que a interpretação desse dispositivo não pode ser feita de forma restritiva para incluir apenas um tratado específico, mas sim, todo e qualquer tratado de Direitos Humanos celebrados.

O próprio Supremo Tribunal Federal após anos de discussões em torno da questão, já decidiu que os tratados de direitos humanos uma vez aprovado em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos de votação por três quintos dos votos dos respectivos membros, ingressam na Constituição com a força normativa de Emenda Constitucional.

É de se registrar, ainda que, o Texto Constitucional ao atribuir ao Egrégio Tribunal a guarda de direitos humanos não limita a sua defesa tão-somente para cidadãos que residam no território nacional, ou para os provenientes de países cujo Brasil possui tratados de direitos humanos, mas sim para todo e qualquer cidadão que se encontre no Brasil. O país tem a obrigação de tudo fazer em prol da defesa dos direitos e garantias da pessoa humana.

Francamente, é imperioso superar o discurso positivista reinante no mundo jurídico de tão-somente proteger direitos positivados mediante a formalidade de tratados que em maioria das vezes sequer é respeitado apesar de compromisso assumido no seu ato de celebração.

Reconhece-se, como sustenta Alexandre de Moraes que os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um *verdadeiro escudo protetivo* da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito¹⁸⁵, entretanto, há de se convir que, a aplicação de pena com caráter permanente também representa a consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito que tem por obrigação assegurar o pleno exercício.

¹⁸⁵ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** 8ªed. São Paulo: Atlas, 2007. p.27.

Neste ponto, cumpre registrar que nem todos os Ministros concordavam com a jurisprudência que se firmou em 1985, a partir do caso Russel Wayne Weisse (extradição n.º 426) em que a Suprema Corte mudou sua orientação jurisprudencial no sentido ignorar a comutação da pena perpétua.

Sinceramente, entende-se essa mudança como resposta às críticas da opinião pública e da comunidade internacional de que o Brasil se tornara um país de refúgio e impunidade aos foragidos da justiça internacional.

Essa foi a forma pela qual os Ministros do Supremo Tribunal Federal encontraram de devolver ao país a imagem que possuía antes do caso Franz Paul Stangl, a imagem construída pelo antigo Chefe de Estado Getúlio Vargas cujo esforço não mediu para entregar a ex-comunista Olga Benário Prestes ao Hitler para que fosse executada no campo nazista de extermínio de Bernburg.

Não se pode deixar de assinalar que, a revisão *in pejus* da jurisprudência desta Corte sem a devida avaliação das suas conseqüências para a ordem jurídica interna, em verdade, revela quão frágil, inconsistente e imprevisível são os Ministros da Corte Constitucional brasileira.

Conforme ressaltado no item anterior, a primeira vez que o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão da fixação da pena perpétua foi no pedido de extradição n.º 272, 273 e 274, de Franz Paul Stangl, requisitada pelos Governos austríaco, polaco e alemão em que esta Corte se viu forçada a condicionar a sua entrega à comutação da pena perpétua em pena com tempo limitado (30 anos).

Desde então, diversos foragidos da justiça internacional, tais como Ronald Arthur Biggs, Gustav Franz Wagner, Russel Wayne Weisse, etc. passaram a enxergar o Brasil como lugar onde se escapar da pena de morte, prisão perpétua, trabalho forçado ou outras modalidades penais a eles impostas por sentença condenatória, e reconquistar o seu direito fundamental à vida, à liberdade de locomoção, integridade física que seriam ameaçadas definitivamente.

Frise-se, por relevante, que em face dessa situação, o Egrégio Tribunal viu-se obrigado a dar uma resposta que mudasse essa visão do país, mas equivocadamente reviu a sua posição garantista de direitos humanos firmada há décadas que o Tribunal construiu a partir do caso Franz Paul Stangl e desafiar a ordem interna tão-somente para evitar críticas da opinião pública.

Crê-se sinceramente que, é equivocada a solução encontrada pelos Ministros da mais Alta Corte do país. Ignorar aplicação da comutação da pena perpétua aos criminosos

estrangeiros que se refugiam no país não impediu que o estelionatário chinês Qian Hong (pedido de ext. n.º 633); o narcotraficante colombiano Juan Carlos Abadia, foragido da justiça colombiana e estado-unidense (pedido de ext. n.º1103); o homicida chileno Mauricio Hernandez Norambuena (pedido de ext. n.º 855) dentre tantos outros viessem se esconder no Brasil.

A garantia dos direitos humanos consagrada na Constituição deve se tornar efetiva através das decisões do Judiciário. A decidir de outro modo, de nada adiantaria termos consagrado em nosso texto constitucional o extenso rol de direitos e garantias individuais, pois quando invocado, não haveria certeza de que respeitado¹⁸⁶.

O Ministro Nelson Jobim expressou seu voto seguindo o Ministro Carlos Velloso, decidindo manter a jurisprudência até então dominante, no sentido de entregar o extraditando sem a exigência de comutação da pena perpétua¹⁸⁷.

Assim, em face de uma votação expressiva, no sentido de reformar a jurisprudência que dominava a Corte desde o ano 1985, ficaram vencidos os Ministros Carlos Velloso e Nelson Jobim.

Os Ministros Celso de Mello (Relator), Eros Grau, Carlos Britto, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence votaram a favor da entrega do acusado, sob a condição

¹⁸⁶ LISBOA, Carolina. Op.cit. p.227

¹⁸⁷ Merece registro, a contribuição do Ministro Nelson Jobim sobre o terrorismo. Para o Ministro “(...) o conceito terrorismo não é um conceito que diz respeito a um ato de realidade, não é um substantivo que trate de atos concretos; são juízos de valores em condutas políticas que têm de ser examinados caso a caso”. E enfatiza que “(...) essa discussão é uma pseudo-questão, porque é um erro de uso de linguagem, ou seja, atribuir a linguagem o que ela não tem. E ela não tem essa característica. O mesmo de passa com o crime político. O conceito de crime político não existe. O conceito de crime político é um juízo de valor sobre determinadas circunstâncias, que dependem, inclusive, dos juízos de valores de quem examina e da sociedade em que se examina(...)”. Na perspectiva do Ministro, tal como ocorre com o crime político, também o crime de terrorismo não tem uma definição e sim um conceito que a rigor depende da circunstância e da época em que é analisado.

Convém salientar, que se trata de um juízo de valor que obviamente não contribui para se determinar com precisão quando um fato deixa de ser considerado delito político e passa ser ato terrorista. Assim, pode-se afirmar existência uma zona cinzenta, entre o delito político e o delito de terrorismo impossível de orientar o intérprete a determinar a natureza do crime imputado ao extraditando. Em outras palavras, não é possível de antemão determinar o que é crime político e o que é crime de terrorismo. Sua avaliação só pode ser feita a partir de caso concreto porque são institutos que não se apresentam tão simples quanto se poderia crer preliminarmente.

Não deixa de ser relevante, observar a diferenciação empreendida por Luiz Regis Prado e Érika Mendes. Assinalam esses doutrinadores que os delitos políticos atingem a ordem e a organização política de um Estado determinado, o terrorismo tende a destruição do regime político, social e econômico de todos os países. Pode-se, portanto, identificar a deficiência nesta diferenciação na medida em que é possível o delito político atingir o setor econômico de um país para reduzir a influência política de determinado Estado.

Nesta perspectiva, pode-se acompanhar o Ministro Nelson Jobim e afirmar que é mais fácil dizer-se o que não é crime de terrorismo do que propriamente o que venha a sê-lo.

do Governo chileno comutar as duas penas de prisão perpétua em pena com prazo determinado (o limite de 30 anos conforme determina na lei brasileira).

O argumento prevalecente no pedido de extradição n.º426, de que não seria possível esta Corte comutar a pena perpétua porque o extraditando -Russel Wayne Weisse- já estava condenado e cumpria a pena perpétua quando se refugiou no Brasil em busca de abrigo da lei brasileira também poderia ser utilizado no caso ora em análise, na medida em que também neste pedido de extradição (n.º855), o extraditando Maurício Hernandez Norambuena cumpria a pena de prisão perpétua no Chile quando se evadiu e refugiou-se no Brasil.

Entretanto, este não foi o argumento dos Ministros que decidiram rever anterior posição desta Corte e adequar sua jurisprudência ao Texto Constitucional de 1988, impedindo que o extraditando tenha seu direito à liberdade de ir e vir cerceado definitivamente, afastando a alegação de que a Lei Fundamental proíbe aplicação da pena perpétua no Brasil, mas não se fixada e cumprida no estrangeiro.

Deste modo, a Suprema Corte restabelece sua posição garantista de direitos humanos que havia sido firmada com o caso Franz Paul Stangl, mas interrompida em 1985, com o caso Russel Wayne Weisse em virtude de pressão da opinião pública.

Assim, pode-se dizer que esta segunda revisão jurisprudencial pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal após quase vinte anos de violação dos direitos humanos em matéria de extradição neste Pretório Excelso representa um avanço, uma nova fase, um novo pilar para a construção de uma política firme de defesa dos direitos humanos.

Contrapondo o entendimento desta Corte, o ex-procurador federal Luiz Augusto Módolo de Paula considera que revisão da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não foi a mais correta ante o direito internacional na exata medida em que ela expõe ao mundo a imagem de que o Brasil é um refúgio ideal para criminosos. O mero fato de se refugiarem no país representa uma diminuição das penas legítimas a que foram condenados em seus países de origem. Assim destaca o autor:

(...) a decisão do STF na Extradição nº 855, que criou novo precedente em matéria de extradição e necessidade de comutação da pena de prisão perpétua, não foi a mais correta ante o direito internacional, expondo ao mundo a imagem de que o Brasil é um refúgio ideal para criminosos foragidos, que pelo mero fato de aqui pisarem ganharão uma redução das penas legítimas a que foram condenados em seus países de origem.¹⁸⁸

¹⁸⁸ PAULA, Luiz Augusto Módolo de. **Extradição e comutação da pena de prisão perpétua. A mudança na posição do Supremo Tribunal Federal.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n.1350, 13 mar.2007. Disponível em <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9593>>. Acesso em: 2 jan. 2011.

O que se verifica, nesse errôneo entendimento, é que a preocupação do ex-procurador não é com o cerceamento definitivo do direito à liberdade de locomoção do refugiado que antes de tudo, é cidadão, sujeito de direito e deveres, mas sim, com a possível deterioração da imagem do país perante o direito internacional.

A sua indignação é tamanha que o ex-procurador defende a necessidade de Supremo Tribunal Federal rever a recém jurisprudência num julgamento futuro. Assim manifesta o ex-procurador: “Urge que o STF, num próximo julgamento, reveja sua posição, sob pena de tornar o Brasil um renegado em matéria de extradição, instituto cuja aplicação requer colaboração entre os países”.

É preciso ressaltar, no entanto, que o dever do Brasil colaborar com a justiça internacional para repressão a criminalidade organizada não retira dos Ministros da Suprema Corte a tarefa de resguardar a Constituição. Preceitua o inciso II, art.4º, da Carta Magna que a República Federativa do Brasil rege-se, nas suas relações pelo princípio da prevalência dos direitos humanos. E a prevalência de direitos humanos não significa outro entendimento senão sobrepor os direitos humanos no primeiro plano, nos objetivos do Estado. E como enaltece Mazzuoli ¹⁸⁹, se é princípio da República Federativa do Brasil a prevalência dos direitos humanos, a outro entendimento não se pode chegar, senão o de que todo tratado internacional de direitos humanos terão prevalência, no que forem mais benéficos, às normas constitucionais em vigor”.

É importante sublimar que a Constituição não faz distinção de estrangeiros e brasileiros quanto à defesa dos direitos e garantias nela instituídos¹⁹⁰. Não importa se o extraditando encontra-se legal ou ilegalmente no país, se é ou nacional da justiça que o

¹⁸⁹ MAZZUOLI. Valério de Oliveir. Op.cit. p.172.

¹⁹⁰ Relevante, neste aspecto, trazer as lições de José Afonso da Silva sobre o tema. Anota o autor: “Se a Constituição aponta destinatários desses direitos, isso há de ter conseqüências normativas. Isso não quer dizer que os estrangeiros não residentes, quando regularmente se encontrem no território nacional, possam sofrer o arbítrio, e mais, para tutelar situações objetivas. Para protegê-los, há outras normas jurídicas, inclusive de Direito Internacional, que o Brasil e suas autoridades têm que respeitar e observar, assim como existem normas legais, traduzidas em legislação especial, que definem os direitos e a condição jurídica do estrangeiro não residente, que tenha ingressado regularmente no território brasileiro. Ocorre, ademais, que o fato de a Constituição não incluir os estrangeiros não residentes não justifica sequer a possibilidade de legislação ordinária abusiva em relação a eles, pois além da existência de normas de Direito Internacional vinculares, o Brasil é, ainda, subscritor das declarações universal e americana dos direitos humanos, o que, agora, até por força do §2º do art.5º, lhe impõe, quando nada, a consideração de que a pessoa humana tem uma dimensão supranacional que merece um mínimo de respeito e postula um tratamento condigno, ao menos no que tange àqueles direitos de natureza personalíssima”. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 16ª Edição, revista e atualizada, São Paulo: Malheiro, 1999.p.196

condenou à pena perpétua. O que realmente importa é que ele se encontre no território brasileiro. E a partir daí, os seus direitos e garantias legais ficam sob a proteção da lei interna.

Para finalizar, importa frisar que, não há equívocos na jurisprudência hostilizada pelo ex-procurador e os que se filiam a sua tese. Ao determinar a comutação da pena perpétua em pena privativa de liberdade no prazo de trinta anos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal estavam tão simplesmente cumprindo a Lei Fundamental.

Aliás, a decisão desta Corte não poderia ter sido outra, senão a que esteja em sintonia com os princípios e valores plasmados no Texto Constitucional em vigor desde 1988. Como se sabe, o citado Texto repudia aplicação da pena perpétua preceituando no art.5º que não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art.84, XIX; b) de caráter perpétuo, c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e cruéis. (art.5º XLIX). E, proferir uma decisão em sentido contrário é a “grosso modo” aniquilar esses princípios e valores e contribuir indiretamente para violação dos direitos do homem.

Como ponderam Alceu Corrêa Junior e Sérgio Salomão, esta vedação constitucional deve-se ao fato do ao fato do legislador constituinte ter entendido que a pena perpétua impõe ao condenado um sofrimento desnecessário, considerando-se que ¹⁹¹“o agente do delito é recolhido ao cárcere ao resto da sua existência”.

Consideradas essas explicações, é de se concluir que esta revisão jurisprudencial representa um avanço, um novo paradigma de direitos humanos em matéria de extradição para ordenamento jurídico brasileiro. A defesa dos direitos do homem, sobretudo, no Estado Democrático de Direito não encontra limites nas fronteiras do seu território. Pode e deve ser perseguida mesmo fora delas.

Assim sendo, a deplorável orientação que os Ministros integrantes desta Corte fincaram por dezenove anos deve ser lembrada como um terrível erro que jamais deve ser repetido e não como uma simples mudança de posição jurisprudencial.

É contraditório pregar dificuldade para defesa de direitos do extraditando em virtude do sistema misto adotado que tão somente permite avaliação dos aspectos legais do processo

¹⁹¹ CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Teoria da Pena**: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.p.117.

e, todavia tomar uma posição manifestamente agressiva a esses mesmos direitos que a Corte pretende preservar.

7.3 A dignidade da pessoa humana como limite à aplicação da pena perpétua

De início, convém elucidar o significado da expressão *dignidade*, para facilitar a compreensão do tema objeto de análise. A palavra dignidade provém do latim ¹⁹²*dignitas* que significa (virtude, honra, consideração), em regra se entende a *qualidade moral*, que, possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito em que é tida.

Segundo os relatos de Sebastián Mello, o filósofo alemão Immanuel Kant foi o primeiro teórico a usar a expressão dignidade no seu manuscrito sobre a ética. ¹⁹³É a partir do pensamento kantiano, que a dignidade, passou a ser reconhecida e relacionada com o Direito. A dignidade adquire uma dimensão jurídica que serviria como fundamento para a construção de teorias de direitos fundamentais inerentes a todo e qualquer ser humano.

Em sua obra “*A metafísica dos costumes*”, Kant ensina que o ser humano é o único ser que possui dignidade, e que ela é a qualidade inerente ao ser humano, o que lhe impede de ser tratado como coisa ou animal e lhe atribuir um preço.

Realçando a dignidade da pessoa humana, o filósofo escreve:

Mas um ser humano considerado como uma pessoa, isto é, como uma razão moralmente prática, é guindado acima de qualquer preço, pois como pessoa, (*homo nuomenon*) não é para ser valorado meramente como um meio para o fim de outros ou mesmo para seus próprios fins, mas como um fim em si mesmo, isto é, ele possui *dignidade* (um valor interno absoluto) através do qual cobra respeito por si mesmo de todos os outros seres racionais do mundo. Pode avaliar a si mesmo conjuntamente a todos os outros seres desta espécie e valorar-se em pé de igualdade com eles¹⁹⁴.

O que se pode observar, é que para Kant, o ser humano é titular de um valor moral irrenunciável que não lhe permite ser objeto de negociação ou ser visto como instrumento para alcançar seus fins ou fins alheios, mas sim, como um ser que merece respeito pela

¹⁹² SILVA, De Plácido e. Op. cit., p.458.

¹⁹³ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana.** 427f. Dissertação (Mestrado)- Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia. Salvador. 2008.p.42.

¹⁹⁴ KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes.** Trad. Edson Bini. Bauru, São Paulo: Edipro, 2003. p.277.

condição de um ser racional que possui. Essa condição racional que é especial do ser humano faz com que ele possa se olhar e se valorizar como o ser igual ao seu semelhante.

Fábio Konder Comparato,¹⁹⁵ partindo dos ensinamentos de Kant, explica que a dignidade da pessoa humana não consiste apenas no fato de ser humano, ao contrário das coisas, ser considerado como um fim e não como um meio, mas também no fato de que pela vontade racional só a pessoa humana é autônoma o suficiente para guiar-se pelas próprias leis que elabora.

Na sua visão, Kant entende que não basta agir de modo a não prejudicar ninguém, o que seria uma máxima apenas negativa, pois temos o dever de favorecer, na medida do possível, o fim de outrem, ou seja, temos o dever de realizar a nossa própria felicidade, mediante também a realização da felicidade do outro.

Igualmente, descortinando a problemática da dignidade da pessoa humana Ingo Wolfgang Sarlet, tece a seguinte consideração:

(...) por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres¹⁹⁶.

Com o raciocínio acima, infere-se que o autor estabelece um liame entre a dignidade e os direitos fundamentais. Para o autor, o valor dignidade impõe ao Estado o dever de reconhecer ao ser humano um conjunto de direitos e deveres fundamentais que assegurem a sua realização e conseqüentemente, impeçam a prática de atos humilhantes que degradem a sua condição de humano.

Este vínculo também é encontrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem cujo preâmbulo prescreve que “(...) o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. Assim, a Declaração proclama como o fundamento da liberdade, justiça e paz mundial o reconhecimento da dignidade humana¹⁹⁷.

¹⁹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.21-22.

¹⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.p. 62.

¹⁹⁷ É relevante abrir um parêntese neste ponto, para registrar que, a partir desta Declaração diversas Constituições de vários países passaram a reconhecer a dignidade como valor inerente ao homem, inclusive elevando-a a categoria de princípio constitucional. Dentre elas, a Constituição brasileira de 1988, além de elevá-

Ao examinar esse dispositivo legal Flávia Piovesan afirma que ¹⁹⁸a Declaração Universal de 1948, ao introduzir a concepção contemporânea de direitos humanos, acolhe a dignidade humana como valor a iluminar o universo de direitos (...).

Para ela, a condição humana é requisito único e exclusivo, para a titularidade de direitos. Isto porque todo ser humano tem a dignidade que lhe é inerente, incondicional, não depende de qualquer outro critério, senão ser humano. Ainda, segundo esta doutrinadora, o valor da dignidade humana se projeta, por todo o sistema internacional de proteção. Todos os tratados internacionais, ainda que assumam a roupagem do positivismo jurídico, incorporam o valor da dignidade humana.

Baseando-se nessas lições, pode-se afirmar que a dignidade humana como valor inerente a toda família humana e alicerce de direitos humanos fundamentais, é uma conquista inalienável e irrenunciável da humanidade.

Nesta trilha, Fladimir Martins propugna que ¹⁹⁹a dignidade efetivamente constitui qualidade inerente de cada pessoa humana que a faz destinatária do respeito e proteção tanto do Estado, quanto das demais pessoas, impedindo que ela seja alvo não só de quaisquer situações desumanas ou degradantes, como também lhe garantindo o direito de acesso a condições existenciais mínimas.

Nesse contexto, pode-se afirmar que o valor dignidade como referência que demanda a proteção do ser humano devido a sua distinta qualidade (racionalidade) impõe a vedação de penas indignas, penas que possam atingi-lo nos seus direitos e vulnerá-lo na sua qualidade.

Herbert Hart, indo de encontro a essa afirmação destaca que ²⁰⁰a vedação a penas indignas ressalta o surgimento de uma dimensão da dignidade humana que se impõe: a vulnerabilidade do homem. Segundo ele, as penas cruéis representam uma violação à dignidade porque, ao mesmo tempo em que revelam o caráter vulnerável e precário do homem, acentuam, por outro lado, mais do que a indiferença: o desprezo pela condição

la àquela categoria a considerou como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. É o que dispõe o inciso III, do art.1º “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I- a soberania; II- a cidadania, III- a dignidade da pessoa humana”. Manuel Jorge e Silva Neto tecendo comentários sobre este princípio na Carta atual afirma que a referência à dignidade da pessoa humana funciona como cláusula de advertência para a circunstancia de que, não obstante seja a Constituição o texto que disciplinará as relações de poder, o que mais importa, em suma, é colocar a serviço do ser humano tudo o que é realizado pelo Estado. **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa.** Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008.p.111.

¹⁹⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos: o princípio da dignidade humana e a constituição brasileira de 1988.** Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 94, v.833, p.41-53, março. 2005.

¹⁹⁹ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana: princípio constitucional fundamental.** 1ªed. Curitiba: Juruá, 2010.p.127.

²⁰⁰ HART, Herbert. L. A. **O conceito de Direito.** Trad. A. Ribeiro Mendes. 5ªed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.p.210.

humana de outros seres humanos, o que revela uma insensibilidade institucionalizada pela dor alheia, pelo sofrimento alheio.

Tese semelhante é sustentada por Sebastián Mello ao postular que ²⁰¹o exercício do poder punitivo pelo Estado representa, obrigatória e necessariamente, uma vulneração aos direitos fundamentais do homem. Para este autor, a intervenção penal é violenta, seletiva, discriminatória e estigmatizante. O ser humano, ao ser acusado, processado, julgado e punido pelo Estado, se vê aviltado, humilhado, diminuído em sua condição humana.

Como se vê, a intervenção penal na vida humana representa a vulnerabilidade do homem porque ela além de ser medida violenta, discriminatória e estigmatizante, segrega-lhe e lhe deixa a mercê de todas as formas de sofrimento possível. Ações que diminuem ou contribuem para perda da sua condição humana.

E, perder a condição humana significa ser jogado na vala comum das coisas e dos animais, transformar-se em objeto; deixar de ser um fim em si mesmo para ser um fim para alguém, deixar de ser um valor para ter um valor. Desta maneira, violar a dignidade é privar alguém da sua condição de sujeito no mundo.

É interessante notar que, a forma mais comum que a violação da dignidade humana vem sendo promovida em vários Estados mediante aprovação da sociedade, é através da pena de prisão, notadamente, a prisão perpétua.

Não é demais registrar que, o termo pena provém do latim *poena*, ²⁰²significa qualquer espécie de *imposição*, de *castigo* ou de *aflição*, a que se submete a pessoa por qualquer espécie de *falta* cometida.

Como leciona Maria Auxiliadora Minahim, ²⁰³a pena tem como uma das suas características a propriedade de causar sofrimento, independentemente da função que lhe seja atribuída pela doutrina, na medida em que representa um sentimento de repulsa à instabilidade gerada pelo crime.

Citando Victor Gómez Martín, a autora observa que qualquer que seja a função que se atribua à pena em geral e à pena de prisão em particular, ela será sempre um mal para o indivíduo a quem é aplicada. Isto ocorre porque elas, no plano da empírica, independente da discussão teórica, atingem pessoas de carne e osso, com uma dignidade a ser preservada, de forma que só se pode compreender a submissão de alguém à pena de modo negativo.

²⁰¹ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. Op.cit. p.23.

²⁰² SILVA, De Plácido e. Op. cit., p.1020.

²⁰³ MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Pena e Sofrimento**. Revista de Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, n.º17, Ano: 2008.2, p.17.

Deste modo, a restrição à liberdade de locomoção do condenado seja definitiva ou temporariamente como necessidade de afastá-lo da sociedade e proteger a vida, a liberdade e dignidade dos demais indivíduos se esbarram na violação pessoal da sua dignidade porquanto este se vê muitas vezes forçado a conviver em prisão com problemas de superlotação, perseguição de grupos rivais, agressão física que por vezes resulta na morte, perda de nome pessoal em substituição ao número etc.

Assim, desconsiderar esses aspectos é ignorar que a pena é privativa de liberdade e não privativa de dignidade. Como já registrado, o ser humano possui dignidade, atributo inerente à sua qualidade que lhe torna sujeito de direitos e merecedor de respeito.

Para reforçar e esclarecer esse raciocínio transcreve-se, a lição de Débora Faria Garcia:

No plano concreto, o sistema penitenciário peca pela inobservância da dignidade humana: a superlotação nas celas que, além de sujas, úmidas, anti-higiênicas, ainda possuem o sistema de “revezamento”, que consiste na condição de certo número de presos dormirem sentados, enquanto outros revezam em pé, acordados; os rituais pelos quais passam o indivíduo é a verdadeira degradação do ser humano em si, vez que ingressando na prisão, passa por todo um procedimento: inicialmente perde o próprio nome (sendo identificado por um número de prontuário), perde todos os seus pertences pessoais e lhe é fornecido um uniforme padrão igual aos demais reclusos. Em seguida, o indivíduo é medido, fotografado, identificado e lavado após a exame médica, simbolizando estar deixando sua velha identidade para assumir uma nova. Entre os reclusos, terá uma identidade especial, podendo ser por meio de tatuagem. Sem garantias de preservação da sua integridade física, adota um comportamento humilhante diante de seus superiores (deve baixar sempre a cabeça, colocar as mãos para trás e sempre chamá-los de “senhor”, simbolizando o seu respeito perante os mesmos). Diante de tais fatos, o indivíduo acaba sendo socializado para a prisão e não ressocializado para a vida em sociedade; a prisão ajuda o preso a perder, com o tempo, a pouca dignidade que lhe resta, funcionando como verdadeiras “fábricas do crime”²⁰⁴.

Levando-se em consideração esses aspectos, pode-se assinalar que submeter alguém à pena de prisão sem a mínima condição possível de ressocialização, forçá-lo a esquecer seu nome e substituí-lo por um número é atentar contra a sua integridade física e moral, sua dignidade e reduzi-lo a condição de coisa.

Pior do que isso é forçar essa convivência durante o cumprimento da pena perpétua em que o condenado terá que passar o resto da sua vida em tal condição. A prisão perpétua é modalidade de pena incompatível com a garantia constitucional à liberdade e à dignidade

²⁰⁴ GARCIA, Débora Faria. De Beccaria a Jakobs: **panorama do sistema criminal em face da dignidade da pessoa humana**. Revista dos Tribunais. Ano 98, v.887, set. 09, p.464. Descontente com a prisão Eugênio Raúl Zaffari postula “A cadeia é uma gaiola, um aparelho, uma máquina de fixar os comportamentos desviados das pessoas e de agravá-lo. Só serve para isso. É a estrutura da cadeia que é assim. Há 200 anos nós sabemos que a cadeia do século passado fazia a mesma coisa de hoje. Os mesmos problemas, as mesmas dificuldades, tudo igual”. **Desafios do Direito Penal na Era da Globalização, Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro: Magistrados Brasileiros, ano 2, n.º5, 1998, p.202.

humana porque não confere ao condenado o direito à pena individualizada e limitada no tempo. Não sabe por quanto tempo permanecerá encarcerado, enquanto viver estará impedido de conquistar a liberdade. Só deixará a prisão quando morrer.

Além da função de intimidar os mais fracos e impor sofrimento desnecessário ao ser humano, a pena perpétua serve para²⁰⁵ “incutir, nas pessoas, uma aparência de tranquilidade, de segurança”. Ela não possui utilidade para o condenado nem tão-pouco para a sociedade. Ou nos registros de Gamil Föppel baseando-se em Roxin, ela “não confere ao condenado a oportunidade de provar a si mesmo ou a sociedade que merece ser reintegrado no convívio social” (grifo nosso).

Como anota René Ariel Dotti,²⁰⁶ “trata-se, em suma, de medida cruel e infamante. Cruel porque atrofia quando não anula completamente no encarcerado a soma de esperanças que compõem o seu mural de sacrifício feito de memórias e fé nas suas possibilidades de ser feliz em liberdade”.

Essa ausência de função ressocializadora e natureza cruel e desumana também é ressaltada por Aníbal Bruno, *in verbis*:

A prisão perpétua é uma pena de segurança. A sociedade defende-se, afastando definitivamente do seu seio o homem que gravemente delinqüiu. Mas é uma pena cruel e injusta. Priva o condenado não só da liberdade, mas da esperança da liberdade, que poderia encorajá-lo e tornar-lhe suportável a servidão penal. Torna impossível quer graduação segundo a natureza e circunstâncias do crime e as condições do criminoso, e retira todo objetivo à função atribuída primordialmente à pena, que é o reajustamento social do condenado. É, em geral, excessiva e não atende à necessária determinação no tempo, porque não findará em uma data fixada na sentença, mas durará enquanto o homem exista.²⁰⁷

Pelo que se viu, reforça-se o entendimento de que a prisão perpétua é uma pena repudiada pela sua natureza sádica e injusta cuja função é unicamente neutralizar o indivíduo do cometimento de crime e não reabilitá-lo para voltar ao convívio social.

A função ressocializadora da prisão será alcançada, segundo o paradigma, quando o apenado reinserir-se no corpo social, no mercado de trabalho, no sistema produtivo,

²⁰⁵ EL HIRECHE, Gamil Föppel. **A Função da Pena na Visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.47.

²⁰⁶ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de pena**. 2ªed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.163.

²⁰⁷ BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1962, p.230. ²⁰⁷ Tecendo críticas sobre a péssima convivência no estabelecimento prisional Maria Lúcia Karam anota: “Inimigos, pessoas que não se ajustam, são obrigadas a se conviver todos os dias, a ocupar o mesmo espaço, o que, naturalmente, acirra os ânimos e eleva as tensões, exacerbando sentimentos negativos e freqüentemente conduzindo a agressões violentas ou cruéis, por motivos aparentemente sem importância”. **Sobre a pena privativa de liberdade**. Revista Universitas Jus, n.º8, Brasília: Faculdade de Direito. N.º1, Jan/Jun.1998.p.105.

desempenhando o papel de cidadão trabalhador, seguindo os moldes de uma sociedade “justa”.²⁰⁸

Compreende-se, desta forma, que é estranho cogitar a possibilidade de reabilitar alguém cuja pena é aplicada visando afastá-lo definitivamente da sociedade. Obrigando-lhe a conviver na cadeia, num sistema completamente antagônico aos padrões humanos de convivência social.

Conforme assevera Raymond Saleilles,²⁰⁹ a finalidade da pena não está no sentido estrito da palavra punir por um ato passado, como se tratasse de satisfazer um sentimento de vingança individual ou coletiva, mas de buscar um resultado no futuro. A função da pena deve, pois, dirigir-se até seu fim social, adaptar-se ao seu fim como instrumento para o resultado. Eis porque olha para o futuro e não para o passado; para o ato por realizar e o resultado a ser obtido, mas do que para o crime cometido.

É preciso ter em mente, que “²¹⁰ todos - mesmo o maior dos criminosos - são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas - ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes, inclusive consigo mesmas”

Para finalizar, anota-se que, existe sim a necessidade de se proteger a vida, a liberdade e dignidade dos demais indivíduos através da intervenção penal, mas esta deve ser mínima e proporcional ao direito protegido pela lei a fim de se evitar a injustiça de se sacrificar excessivamente um direito em detrimento do outro.

A intervenção punitiva atinge e priva o homem de direitos fundamentais, a intervenção mínima realiza a dignidade humana, na medida em que diante de dois meios igualmente eficazes para se atingir determinado fim, deve ser escolhido aquele que tenha a menor interferência possível nos direitos fundamentais, e, por conseqüência, na dignidade humana²¹¹.

À dignidade vincularam-se os direitos fundamentais como “cláusula de obediência” para que o ser humano fosse respeitado e protegido contra a violência promovida pelo seu semelhante e pelo Estado.

²⁰⁸ MULLER, Ana Cláudia Rodrigues e MULLER, Walter Martins. **Segurança Pública, Privação da Liberdade e Dignidade da Pessoa Humana**. Revista do Curso de Mestrado em Direito/ Programa de Pós Graduação Stricto Sensu de Direito, Centro Universitário Toledo. V.1, n.º1, jul. (2000)-Araçatuba: Centro Universitário Toledo, 2005, p.182.

²⁰⁹ SALEILLES, Raymond. **A individualização da pena**. 1ªed. Trad. Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2006.p.30-31.

²¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.p.42.

²¹¹ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. Op.cit. p.82.

Entretanto, como já referenciado, não se quer com isso, dizer que os direitos fundamentais e a dignidade existem para proteger as condutas censuráveis dos indivíduos, ou servir de argumento para diminuir ou excluir a devida responsabilidade dos mesmos. Mas sim, dizer que, a dignidade e os direitos fundamentais são parâmetros não somente para o poder público punir os infratores da lei, como também para promover o bem estar e a felicidade de todos.

A pena já não é compreendida como um mal a ser retribuído ao indivíduo pelo mal cometido (infração às normas de convivências), mas sim, um instrumento público com a função de regenerá-lo e devolvê-lo a sociedade e finalmente intimidar seu semelhante para que não incida em erro igual.

Portanto, a pena deve atender aos fins sociais e permitir que o indivíduo infrator seja igualmente tratado como os demais membros da sociedade, tendo seus direitos não atingidos e preservados. A pena é privativa de liberdade e não privativa de dignidade. Qualquer pena que atinge a integridade física e moral do homem é um atentado contra a dignidade humana.

Por último, cabe registrar que deve o Estado adotar medidas enérgicas que reduzam ao máximo o elevado número de prisioneiros nas celas, medidas preventivas contra a criminalidade, medidas de formação e qualificação dos carcereiros e principalmente implemente na educação básica o ensino de lições sobre os direitos humanos.

Somente assim é possível eliminar a ignorância e a lastimável violação à dignidade humana promovida pelo próprio poder público ao punir mediante aplicação da pena de prisão perpétua.

7.4 A aplicação da prisão perpétua pelo Brasil no exterior. Sua diferenciação com a extradição

Comenta-se, com frequência, a respeito de (in) constitucionalidade da adesão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional, cujo Estatuto prevê no art.77, alínea b, e art. 89 a entrega de nacionais para o cumprimento da prisão perpétua pela prática dos crimes de genocídio, crime contra a humanidade, crimes de guerra e de agressão.

O comentário deve-se ao fato de pena perpétua ser vedada pelo art.5º, inciso XLVII, alínea b da Constituição Federal de 1988, acrescido a proibição do inciso LI do mesmo artigo pertencente ao rol de cláusulas pétreas.

O §4º do art.60 da citada Constituição dispõe que "não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...) IV- os direitos e garantias individuais". Como se não bastasse, o art. 120 do Tratado de Roma determina que "não se admitirão reservas ao presente Estatuto".

Percebe-se que o problema permanece porque o Estatuto não admite possibilidade de qualquer Estado proceder a sua adesão mediante reservas. Entretanto, solução foi encontrada após debates travados em torno da questão. A saída foi acrescentar o § 4º ao art.5º do Texto Constitucional mediante a Emenda Constitucional n.º 45 de 31/12/2004 a seguinte redação: "o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional cuja criação tenha manifestado adesão".

É relevante entender que a República Federativa do Brasil assinou o Tratado de Roma em 07.02.2000 e dois anos após (25.09.2002) o Decreto presidencial 4.388 promulgou o referido Estatuto, após aprovação do Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 112 de 06.06.2002.

É preciso ainda, elucidar que o Tribunal Penal Internacional (*ad hoc*) com sede em Haia foi instituído pelo Conselho de Segurança da ONU, pela Resolução 808 de 22.02.1993 para julgar os crimes praticados na ex-Iugoslávia e, posteriormente os crimes de genocídio em Ruanda (Resolução 955 de 08.11.1994).

Conforme visto no item 2.1, a extradição é o ato pelo qual um Estado entrega a outro Estado um cidadão que nele tenha cometido crime afim de que seja julgado e condenado ou para que este cumpra o resto da pena, enquanto que o²¹² *surrender* ou a entrega é o ato pelo qual o Estado signatário do Estatuto de Roma entrega alguém a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, para ser julgado por crimes de elevada gravidade; supõe, portanto, uma submissão prévia e voluntária de um Estado independente a certo Organismo Internacional.

Ademais, o próprio Estatuto de Roma visando eliminar equívocos define o instituto da entrega e o diferencia da extradição no art.102, alíneas **a** e **b** dispondo que "a) Por 'entrega', entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal, nos termos do presente Estatuto. b) Por 'extradição', entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado, conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno. (...)”

A única semelhança entre o instituto da extradição e a figura do *surrender/remise* também conhecido por entrega criada pelo Tratado de Roma, situa-se simplesmente no fato de

²¹² MACIEL, Carlos Enrique. Op. cit. p.426.

ambos embasarem a cooperação judicial visando a repressão dos delitos. Excluindo-se esta única semelhança reinam tão somente diferenças.

Explica HÉLVIO SIMÕES VIDAL que²¹³ (...) se ocorresse tal similaridade, haveria frontal choque com a Constituição brasileira, por vedar esta a extradição de nacionais. Para HÉLVIO, há razões para extremar a extradição da entrega. A extradição está protegida por cláusula pétrea (art.60§4º, IV, da CF/88). Já a entrega de nacionais pode ser feita, sem que se possa falar em violação ao direito individual, garantido constitucionalmente.

Por outro lado, no ato de extradição, relacionam-se dois ou mais Estados soberanos que se negociam em situação de igualdade enquanto que na entrega/*surrender*, o Estado - parte se submete à jurisdição supranacional em face de sua prévia adesão no ato da sua criação. Logo, não existe nesta relação bilateral a igualdade, mas sim submissão a uma jurisdição de um Organismo Internacional que se sobrepõe a todos os Estados - parte do referido tratado.

Cabe registrar, neste ponto, alguns argumentos favoráveis e contrários a adesão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional, sustentados pela doutrina. Primeiramente mencionam-se os argumentos favoráveis e em seguida os contrários:

Segundo Fernando Capez:

O Brasil não pode se recusar a entregar um brasileiro ao Tribunal Penal Internacional, ao argumento de que a Constituição Federal proíbe a prisão perpétua (art.5º, XLVII), porque a vedação a essa espécie de pena só tem eficácia no território brasileiro; e Estados soberanos, não ao Tribunal Penal Internacional, pois não teria lógica, o Brasil submeter-se a uma jurisdição internacional, querendo impor a ela seu ordenamento interno e por outro lado, o país não foi obrigado a assinar o Estatuto de Roma²¹⁴.

Perceba que não terá validade qualquer argumento posterior a ser apresentado pelo Brasil, sob o fundamento de que a lei pátria proíbe a submissão do cidadão nacional ao cumprimento de pena perpétua. Sua subscrição ao Tratado de Roma que criou o presente Tribunal Penal Internacional foi voluntária.

Saulo José Casali Bahia, manifestando-se sobre o tema registra que o conflito entre a previsão do Tratado de Roma e a Constituição Federal é, apenas, aparente e que a própria Carta Magna prevê pena mais severa que a perpétua - a pena de morte em caso de guerra declarada, nos termos do art.84, XIX (art.5º, XLVII, a) - para boa parte dos crimes alcançados

²¹³ VIDAL, HÉLVIO SIMÕES. **Direitos Humanos e o Direito Internacional Penal**. Revista dos Tribunais., ano 97, v. 877, nov. 08. p.482.

²¹⁴ CAPEZ, Fernando. **Do Tribunal Penal Internacional. Competência para julgar genocídio, crimes de guerra, contra a humanidade e de agressão (EC n.º45/2005)**. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7712>. Acesso em 26 de jun. 2008.

pelo Tribunal Penal Internacional, ou para todos os crimes alcançados, na medida em que a ONU atua para configurar o estado de guerra em relação aos atos criminosos praticados²¹⁵.

Postula ainda o autor, que o país construiu à prática, de muitos anos, com a chancela do Supremo Tribunal Federal, a permitir à realização da extradição quando a pena de morte for comutada em pena privativa de liberdade. O art.110, inciso 3 do Estatuto que prevê a possibilidade de reexame da pena perpétua após 25 anos do seu cumprimento para ressaltar a reaquisição do direito à liberdade de ir e vir do condenado.

O outro argumento apresentado é o fato de que a vedação constitucional dirige-se apenas ao legislador interno, não impedindo assim a submissão do país e de seus nacionais às previsões de uma Corte supranacional;

A gravidade dos delitos e a quantidade de vítimas justificam a entrega ainda que de nacionais e ainda que nos países em que o direito interno a proíbe;

Não haveria óbice constitucional ao cumprimento de ordem de detenção e entrega de acusado brasileiro ao tribunal, já que a Constituição brasileira só proíbe a extradição de nacionais. Como o brasileiro não estaria sendo remetido a outro Estado, mas sim a uma organização internacional (o Tribunal Penal Internacional) que representa a comunidade dos Estados, não haveria impedimento algum;

O Estatuto não admitia reservas, logo não havia alternativa que não fosse à adesão. Não admitindo reservas o texto do tratado, não restava alternativas aos Estados - parte senão aquela de a ele aderir integralmente e, ademais, tendo havido consenso, não há que se objetar com o direito interno para recusar-se a adimplir as obrigações internacionais que do instrumento derivam;

Justifica uma relativização no que se refere à aplicação das regras proibitivas da extradição de nacionais, através de juízo de ponderação dos bens jurídicos em oposição (direitos humanos das vítimas violados contra os direitos fundamentais dos autores dos ilícitos).

Segundo Evânio Moura, o Tribunal Penal Internacional deverá observar estritamente o princípio da complementaridade ou da subsidiariedade, ou seja, somente nas hipóteses onde não existam condições ou interesses de reprimir a grave violação dos direitos humanos é que incidirá a competência da Corte Internacional Penal²¹⁶.

²¹⁵ BAHIA, Saulo José Casali. Op. cit. p.288.

²¹⁶ MOURA, Evânio. **O Tribunal Penal Internacional e o direito interno: a necessária distinção entre a extradição e entrega de nacional.** Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.99, n.º893, mar.2010.p.452. Argumento semelhante é sustentado por Valério de Oliveira Mazzuoli ao lecionar que "(...) o TPI não pode interferir indevidamente nos sistemas judiciais nacionais, que continuam tendo a responsabilidade

A observação que se pode fazer, é que o alvoroço que se criou em torno da possibilidade de fixação da pena perpétua a brasileiro não tem razão de ser em partes porque esta proibição é tão somente para o território nacional. Não existe qualquer impedimento de ordem legal se a pena perpétua for fixada e cumprida no estrangeiro.

Apesar de não se concordar com sua aplicação pelo fato dela privar o indivíduo da liberdade e afastá-lo da sociedade eternamente, no caso do Estatuto de Roma é aceitável pelo fato deste prever a possibilidade de revisão quando o apenado cumprir 25 anos da mesma, e o seu comportamento demonstrar esse merecimento.

Quanto aos argumentos contrários ao Tribunal Penal Internacional, cita-se mais uma vez Fernando Capez:

Proceder à prisão de um indivíduo e proceder à sua entrega a Estado estrangeiro era *extradição*, é *extradição* e *extradição* continua sendo, antes e depois do Estatuto de Roma, não importa o nome que se-lhe dê. O fato de a entrega ser feita a um organismo internacional não transmuda a natureza jurídica do instituto (e nem poderia fazê-lo, haja vista a existência de norma constitucional proibitiva da extradição do nacional que não pode ser simplesmente *burlada*); b) O fato de existir uma nova hipótese de extradição, para fins de entrega a um órgão internacional não é idôneo a *revogar dispositivo constitucional* – tanto mais em se tratando de cláusula pétreia-, nem para subtrair o procedimento de todo o regramento jurídico-constitucional e do arcabouço jurisprudencial sobre o tema já consolidado na nossa Corte Constitucional, o Supremo Tribunal Federal ainda que o chamem por outra denominação; c) A distinção do art.102 do Estatuto é tão *artificial* quanto artificiosa e não é apta a burlar preceito cogente e imperativo de nossa Constituição, que prevalece no particular, sobre o direito convencional, o qual aqui se revela inconstitucional.

É possível notar que os argumentos apresentados contra a adesão do Brasil ao Tratado de Roma são consistentes, entretanto, não têm o condão de obstaculizar o cumprimento da pena perpétua por cidadão nacional, por ventura, entregue ao Tribunal Penal Internacional porquanto ao empecilho inicial que se encontrava no §4º do art.60 da Constituição foi contornado com o acréscimo do §4º ao art.5º.

Logo, ao contrário do que muitos acreditam, a adesão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional não se figura como inconstitucional. A Constituição Federal de 1988 veda o cumprimento da pena perpétua no território nacional, não fora dele.

Não se pode perder de vista que o brasileiro não será submetido a um Estado soberano, mas sim a um Organismo supranacional cujo Brasil é também parte. Portanto, não existe a menor possibilidade do mesmo ter seus direitos e garantias não atingidos pela pena perpétua violados.

primária de investigar e processar os crimes cometidos pelos seus nacionais, salvo nos casos em que os Estados se mostrem incapazes ou não demonstrem efetiva vontade de punir os seus criminosos”. Op.cit. p.37.

Deve-se anotar que apesar de o sujeito passivo nessa Corte ser pessoa acusada de crimes bastante severos, que afrontam a consciência jurídica universal como genocidas, delinquentes contra a paz e criminosos de guerra. De autores de ilícitos penais em que o número de vítimas é contado às centenas ou, no mais das vezes, aos milhares como sustenta Florisbal de Souza Del'Olmo, trata-se de ser humano.

Argumento que se respeita, apesar de discordar da sua aplicação por considerá-la ofensiva à dignidade humana conforme já demonstrado.

A adesão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional representa um esforço para promoção e efetivação dos direitos humanos, mas não se pode ignorar que a pretensão de defesa dos direitos dos homens não justifica a ofensa à dignidade dos que violaram as normas de convivência social.

Do exposto, pode-se concluir que a vedação ao cumprimento da pena perpétua imposta pela Lei Fundamental é referente tão-somente para o território nacional. Não existe impedimento se a mesma for cumprida fora do país.

Não é inconstitucional a adesão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional nem tão pouco a submissão de brasileiro à pena perpétua.

7.5 A pena perpétua como pena (não) aceite nas Constituições contemporâneas

Sem embargo da natureza degradante das penas de caráter perpétuo, a maioria de das Constituições contemporâneas tem preferido omitir seu respeito que dispor expressamente sua vedação. É o que se depreende da apreciação das Constituições de diversos Estados, especialmente dos países lusófonos.

Assim, o fez a Constituição Santomense, que em seu art.22º e 23º expressamente dispõe: “1. A vida humana é inviolável. 2. Em caso algum, haverá pena de morte” ; art.23º A integridade moral e física das pessoas é inviolável. 3. Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes.

Igualmente os artigos 24º e 25º, da Constituição da República Portuguesa estabelecem: “1. A vida humana é inviolável. 2. Em caso algum haverá pena de morte”; art. 25º A integridade moral e física das pessoas é inviolável. 3. Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratos ou penas cruéis, degradantes ou desumanos”.

Enfaticamente, a Constituição de Angola de 21 de Janeiro de 2010 em seus arts. 59º e 60º afirmam: “É proibida a pena de morte”; 60º “Ninguém pode ser submetido à tortura, a trabalhos forçados, nem a tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes”

A Carta política de Moçambique, por sua vez, preceitua no art.40.1 e 2.: “1.Todo o cidadão tem direito à vida e à integridade física e moral e não pode ser sujeito à tortura ou tratamentos cruéis ou desumanos. 2.Na República de Moçambique não há pena de morte”.

A Magna Carta de Cabo Verde expressa, no art.27º, item 1. e 2, que: “1. A vida humana e a integridade física e moral das pessoas são invioláveis. 2.Ninguém pode ser submetido a tortura, penas ou tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos, e em caso algum haverá pena de morte”.

Exceção feita ao Texto Constitucional de Guiné - Bissau ao assegurar no art.37º, n.º2 que “Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a tratamentos ou penas cruéis, desumanos e degradantes”. E n.º3.”Em caso algum haverá trabalhos forçados, nem medidas de segurança privativas de liberdade de duração ilimitada ou indefinida”.

E finalmente a atual Constituição do Brasil, impede a sua aplicação no território nacional ao preceituar no art.5º, inciso XLVII, alínea b, que não haverá pena de caráter perpétuo.

Trata-se na verdade, de observância ao princípio da humanidade que determina que ²¹⁷nenhuma pena privativa de liberdade pode ter uma finalidade que atente contra a incolumidade da pessoa como ser social.

Nesse mesmo sentido Alberto Silva Franco, leciona que²¹⁸o princípio da humanidade da pena implica, portanto, não apenas na proposta negativa caracterizadora de proibições, mas também, e principalmente, na proposta positiva, de respeito à dignidade da pessoa humana, embora presa ou condenada.

Das sete (7) Constituições lusófonas citadas, apenas duas (2) proíbem de forma expressa e clara a inviolabilidade do direito à liberdade mediante prisão perpétua, ou seja, a supressão total da liberdade apesar desta ser considerado direito humano fundamental.

Não é exagero afirmar que tal silêncio do constituinte nos remete ao entendimento de que existe a possibilidade de sua criação pelo poder constituinte reformador ou até mesmo por legislador ordinário caso entenda necessário. Existe, portanto, uma autorização indireta para sua aplicação nesses Estados.

²¹⁷BITENCOURT, Cezar. **Pena de Prisão Perpétua**. Disponível em <http://www2.cif.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/345/547>. Acesso em: 17 mar. 2011.

²¹⁸FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. 5ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p.64.

Inversamente às Constituições dos países lusófonos, algumas Cartas políticas dos Estados latino-americanos em respeito ao princípio da humanização da pena, vedam expressamente a aplicação de penas com caráter perpétuo.

É nesse contexto, que a Constituição Costarriquenha afirma no art.40 que ninguém será submetido a tratamentos cruéis ou degradantes, nem a penas perpétuas, nem a pena de confisco. Toda a declaração obtida por meio de violência será nula.

Seguindo o mesmo princípio, a Constituição da Venezuela dispõe no art.65 que ninguém poderá ser condenado a penas perpétuas ou infamantes. As penas restritivas da liberdade não poderão exceder dos 30 anos.

Por sua vez o Texto Constitucional da Nicarágua de 1987, em seu art. 37, também dispõe que a pena não ultrapassa a pessoa do condenado e que não se imporá penas ou penas que isoladamente ou em conjunto durem mais de 30 anos.

A Constituição de Peru não faz qualquer referência à prisão perpétua. Entretanto, o Código Penal prevê sua existência no art.29 dispondo que *“La pena privativa de libertad puede ser temporal o de cadena perpetua. Em el primer caso, tendrá una duración mínima de dos días y una máxima de treinta y cinco años”*. E o art. 59-A do Código de Execução Penal por meio do Decreto Legislativo n.º654 prevê possibilidade de sua revisão após trinta e cinco anos do seu cumprimento *“La pena de cadena perpetua sera revisada de oficio o a petición de parte cuando el condenado haya cumplido 35 años de privación de la libertad...”* y completando en el mismo art. pero en el inc. 6, dispone que: *“Cada vez que el órgano jurisdiccional resuelva mantener la condena, después de transcurrido un año, se realizara una nueva revision, de oficio o a petición de parte,(...)”*

E finalmente, nesse mesmo sentido, procede a Constituição da Argentina. Todavia, o art.80 do Código Penal daquele país também prevê a prisão perpétua determinando que *“será imposta a prisão perpétua, podendo aplicar-se o disposto no art.52 a quem matar: 1. seu ascendente, descendente, ou cônjuge mesmo sabendo dessa condição; (...)”*.

Note-se, que lamentavelmente a pena de prisão perpétua ainda tem sua aplicação em alguns países apesar do seu repúdio pelo princípio da humanização da pena que recomenda o dever de quantificar a pena a ser submetida ao homem.

Suprimir a liberdade mediante reclusão perpétua é violar a dignidade, a integridade física e moral do cidadão, considerando-se que o direito à saúde compreende a saúde física e mental.

Finalmente, deve-se registrar que a violação à integridade física e moral de um prisioneiro pelo Estado representa o péssimo tratamento que este confere aos seus cidadãos, além de ser um retrocesso em matéria de direito penal.

8 O FUNDAMENTO JURÍDICO-FILOSÓFICO DA LIBERDADE

Encerrada a exposição sobre a aplicação da reclusão perpétua em algumas Constituições hodiernas, segue-se a análise dos fundamentos da liberdade e do princípio da proporcionalidade como mecanismo de solução de conflito entre a segurança da sociedade e a liberdade do extraditando.

Ouve-se falar constantemente da liberdade, então se pode questionar o que é liberdade? De início não é possível responder a essa indagação sem apresentar um breve comentário sobre o seu sentido no âmbito jurídico.

Vários têm sido através dos tempos, os sentidos conferidos à liberdade, a saber: a) no sentido primitivo; o homem é livre quando não é escravo ou prisioneiro. É livre quem faz o que quer, na ausência de constrangimento alheio. Nesses termos, a liberdade é tomada num sentido *geral*; b) como determinada liberdade *particular*, em que se é livre quando constrangidos pelo social, que se impõe ao indivíduo; c) liberdade social, livre para fazer tudo aquilo que não é proibido pela lei e para recusar tudo aquilo que não é ordem. Num sentido de grau de independência normal e desejável como um direito ou um valor; d) como oposto à inconsciência, ao impulso, à loucura, à irresponsabilidade jurídica e moral. Estado de quem sabe o que quer, porque quer e que age apenas conforme as razões que aprova; e) como termo plenamente normativo que designa um estado ideal, em que a natureza humana seria regida exclusivamente por aquilo que nela existe de superior²¹⁹.

Contudo, apregoa Ederson de Mello Serra, que o ²²⁰vocábulo liberdade ganhou dimensão e grande importância para a humanidade depois da Revolução Francesa cuja orientação principal não foi instituir normas para assegurar a ilimitabilidade do seu exercício, mas a luta contra o seu arbítrio.

Neste sentido, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão preceitua no art.4º que “a liberdade consiste em fazer tudo o que não prejudica a outro. O exercício dos Direitos naturais de um homem só tem como limites os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo igual de Direitos. Esses limites só podem ser estabelecidos através de leis”.

Georges Burdeau em comentários a esta Carta, vislumbra que a liberdade individual

²¹⁹ LEIBNIZ. **Novos ensaios**. Livro II, Cap. 21. Coleção os Pensadores São Paulo: Nova Cultura, 1991, Cap. 21.

²²⁰ SERRA, Ederson de Mello. **Crime e liberdade**. Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes, n.º4, ano 2, abr.1977, Rio de Janeiro: Editora Liber Juris Ltda.p.120.

aparece na Declaração de 1789 como o fundamento de todos os direitos humanos então proclamados. Burdeau compreende a liberdade como faculdade que todo homem porta em si mesmo de agir de acordo com a sua determinação própria, sem ter outras limitações que aquelas que são necessárias à liberdade dos outros²²¹.

Isso significa, portanto, que o exercício do direito à liberdade do cidadão não pode ser em prejuízo do seu semelhante sob o argumento de exercício de um direito próprio. Encontra limites no direito à liberdade dos demais membros da sociedade.

Ademais, impende consignar que a Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas aborda a questão no art.29, preceituando que “no exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, ser exercido em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas”.

Esse também é o pensamento de José Horácio Meirelles Teixeira, ao propugnar que²²² não se poderá admitir, portanto, que a liberdade de um, ou de alguns, possa impedir, diminuir ou destruir a liberdade dos demais membros da comunidade, nem que seja exercida de modo a perturbar, obstar ou destruir a liberdade dos demais, impedindo-lhes a realização também de seus próprios fins, de sua própria liberdade. E, nem, finalmente, de modo a embaraçar, prejudicar ou impedir a realização do Bem Comum, pois não devemos perder de vista que a vida social e o Estado são condições imprescindíveis ao próprio desenvolvimento da personalidade, à plenitude da vida individual.

Daí a legitimidade de certas *limitações e restrições estatais aos direitos em geral*, no sentido de impedir que tais direitos (liberdades) se exerçam em sentido ilícito, abusivo, anti-social, isto é, prejudicial ao pleno e livre desenvolvimento dos próprios indivíduos, titulares desses direitos, da liberdade dos demais indivíduos e do Bem Comum. O conteúdo concreto dessas limitações dependerá das circunstâncias históricas concretas, de tempo e lugar.

É relevante mencionar, neste ponto, que em virtude da sua relevância para a realização humana a liberdade encontra sua proteção no *caput* e diversos incisos do art.5º da

²²¹ BURDEAU, Georges. *Le Liberalisme*. Paris: Seuil, 1979.p.40.

²²² TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Revista e atual., por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.p.673. Nessa mesma linha de raciocínio Leonardo Costa Bandeira “Se de um lado o Poder Público encontra limites na interferência da esfera da liberdade individual, não é menos verdadeiro que essa liberdade poderá ser privada quando determinadas condutas, proibidas pelo ordenamento jurídico penal, ensejarem sua limitação, o que, no entanto, se dará sempre dentro de contornos legais.” **Do Direito Constitucional de Recorrer em Liberdade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.p.66

Constituição Federal de 1988, não por acaso no capítulo dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Preceitua o citado artigo que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: IV- é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; VI-é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; IX- é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; XV- é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens; XVI- todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente; XVII- é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; e finalmente o XX- ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado.

Acrescenta-se, que o direito à liberdade de forma ampla e genérica conforme previsto na Lei Magna é também uma garantia fundamental, por isso inalienável, imprescritível e irrenunciável.

Portanto, em resumo, e respondendo à indagação acima postulada, pode dizer que “a liberdade é o direito de viver e de desenvolver e exprimir a nossa personalidade da maneira a mais completa, conforme as leis da Natureza e da Razão e a essencial dignidade da pessoa humana, no que for compatível com igual direito dos nossos semelhantes e com as necessidades e interesses do Bem Comum, mediante o adequado conjunto de permissões e de prestações positivas do Estado”.

No plano filosófico impende destacar que o problema da liberdade também fomentou diversos pensamentos filosóficos no século passado. Dentre eles o jusnaturalismo, determinismo e o existencialismo.

Oportuno, é anotar que o jusnaturalismo como corrente de pensamento, parte dos princípios basilares de universalidade e de atemporalidade de suas regras. Suas normas não estão sujeitas à vigência de um Estado ou comunidade determinada porque são devidas a

Deus, ao criador onipotente. Como sustenta Isaac Sabbá Guimarães,²²³ elas são legadas a todos. São válidas para a generalidade da espécie humana, não sofrendo limitações de fronteiras. E por pertencerem a uma ordem superior à das leis dos homens, são imutáveis, podendo atribuir-se-lhes o caráter de perenidade.

Assim, pode-se, então, afirmar que em jusnaturalismo a liberdade é concebida como um direito universal e imutável na medida em que não se encontra submetido ao condicionamento de espaço e de tempo e pertencer a uma ordem superior à das leis dos homens. É, portanto, direito de todos os seres humanos sem a limitação de fronteira.

A liberdade segundo a filosofia ocidental da antiguidade era vista como uma relação do mais forte contra o mais fraco. Segundo Isaac Sabbá Guimarães,²²⁴ a liberdade era exercida pelos mais fortes, por aqueles aguerridos que se impunham aos mais desfavorecidos através das guerras e conquistas. Os conquistadores da antiguidade não só despojavam os vencidos de todos seus bens e mulheres, como também retiravam-lhes a liberdade, fazendo-os escravos.

Santo Tomás de Aquino parte do princípio que o homem é detentor da liberdade e em assim sendo, pode manifestar ou não a sua vontade. Sendo o homem possuidor do livre arbítrio, da razão, qualidade intrínseca e específica deste, pode determinar-se conforme seu entendimento escolhendo agir observando as normas reguladoras de conduta ou violando-as.

Em Santo Tomás de Aquino, Deus é estabelecido como o princípio de tudo que existe. É Ele, o proprietário da razão concedida ao homem. No magistério de Isaac Sabbá Guimarães, é ele o criador e o Bem Supremo. E como tal, é a evidência da perfeição a que todos tendem a inclinar-se. Mas como Bem Supremo, Deus é o fim último e, portanto, encerra em si próprio o círculo da existência. Princípio e fim, motor que propulsiona a existência, o desenvolvimento e o aperfeiçoamento na busca do bem.

A existência humana está aberta ao conhecimento das coisas, dos seres e do Bem Supremo. Por essa capacidade do intelecto, o homem detém autonomia para o aperfeiçoamento, para o engrandecimento espiritual. Poderá obrar por si, poderá escolher entre o fazer e o não fazer.

Por sua vez, Baruch Spinoza, não fugindo à regra, também teve preocupação com o problema da liberdade humana. Diversas formas de liberdade segundo Antonio Coelho, citado por Isaac Sabbá Guimarães era concebida por Spinoza. De acordo com Isaac,²²⁵ para além da

²²³ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Habeas Corpus: críticas e perspectivas**. 3ªed. Curitiba: Juruá, 2009. p.33.

²²⁴ Idem, p.28.

²²⁵ GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Op. cit.p.36

concepção antropológica de homem livre, como ser que vence as paixões pelo uso da razão (e aqui vê-se claramente a influência da filosofia talmúdica), Spinoza rompe com o dogmatismo religioso para tentar um entendimento sobre a tendência do homem ao excelso conhecimento, presente em D'us e explora os meandros das teorias políticas, comentando sobre as formas de governo. Propugna seu sistema filosófico, basicamente, em duas vertentes: religiosa e política. Mas ambas assentadas no princípio único de que o homem faz-se livre através do conhecimento.

É forçoso registrar que Spinoza não sustenta a existência de liberdade absoluta ao homem ou do livre arbítrio compartilhado por São Tomás de Aquino, ao contrário, confere-lhe uma liberdade restrita. O que lhe diminui a capacidade de ação e escolha.

Deste modo, o homem não age por si, mas sim por influência do determinismo, sob o mando de fatores naturais ou ações resultantes da sua convivência com outros homens na sociedade apesar de poder controlá-los.

A propósito, sobre o assunto, preciso mencionar que a liberdade no determinismo significa que a ²²⁶ação deve ser planejada, executada friamente, nascida do caráter do agente e contínua com o resto de seu comportamento; pode ser ainda perfeitamente certo que ele podia ter agido diferentemente, se tivesse querido; não obstante seu comportamento foi fruto de conflitos inconscientes, desenvolvidos na infância sobre os quais ele não teve controle e dos quais (a não ser através da psiquiatria) não tem conhecimento.

Perceba que o determinismo entende que o homem como um ser livre, o que lhe confere alternativas de escolha para as suas ações. O problema é que o fato de não ser previsível, a escolha que um indivíduo fez, não implica que seja livre em outro sentido, além do de ser livre da possibilidade de ser prevista.

Já para Kant, a liberdade é entendida como direito inato ao homem. A sua condição de ser racional torna a liberdade inerente à sua pessoa, porque nasce consigo e lhe acompanha por toda sua vida. Ela é, portanto, o alicerce e o parâmetro de todos os outros direitos do homem. É o que se avalia da seguinte frase desse filósofo, extraída da citada obra “*A Metafísica dos Costumes*”:

A liberdade, na medida em que pode coexistir com a liberdade de qualquer outro segundo uma lei universal, é este direito único, originário, que corresponde a todo homem em virtude de sua humanidade²²⁷.

²²⁶ HOOK, Sidney. **Determinismo e liberdade na era moderna**. São Paulo: Fundo de Cultura. 1964 p.150.

²²⁷ KANT, Immanuel. Op. cit. p. 83.

Logo, todo o homem na condição de ser racional possui a liberdade. Ela é sua propriedade. E sendo assim, o homem tem a liberdade de poder agir conforme sua razão ou vontade, fazer ou não o que lhe deseja.

Em campo oposto ao determinismo encontra-se o existencialismo. Se aquela corrente propõe uma liberdade condicionada por fatores naturais, psíquicos e até mesmo sociais, afirmando que a liberdade é um valor relativo, o existencialismo trilha por caminho diverso. Põe de lado as questões transcendentais da metafísica para ocupar-se com os sentimentos, desejos e ações do homem na construção de sua existência. Por isso, a liberdade ganha um significativo posto nas questões existencialistas, alçando a categoria de valor absoluto. Para os existencialistas o homem é essencialmente livre.

Sartre, filósofo existencialista do século passado argumentava, que é através da liberdade que o homem escolhe o que há de ser- escolhe sua essência. É a escolha que faz entre as alternativas com que se defronta que constitui sua essência. E é essa escolha que lhe permite criar seus valores. Não há como fugir a essa escolha. Ao escolher, o homem escolhe sua essência- e a realiza.

É a liberdade, por conseguinte, que dá fundamento aos valores. Se o homem é totalmente livre, é, conseqüentemente, responsável por tudo aquilo que escolhe e faz. Não há desculpas para ele. O sucesso ou fracasso de seus atos são obra sua; não lhe é permitido culpar os outros ou as circunstâncias pelos seus erros. Livre, está vedada ao homem a auto-indulgência. A liberdade não é uma qualidade que se acrescente às demais apresentadas pelo homem- ela é o que o constitui como homem²²⁸.

Pela observação dos aspectos analisados, pode-se dizer que, para o existencialismo, a liberdade é capacidade do indivíduo de decidir sobre sua vida escolhendo-a e por elas se responsabilizando.

Essa liberdade, entretanto, não é absoluta, já que o homem vive uma existência concreta, situada no tempo e no espaço, portanto, condicionada, limitada pela sociedade com suas regras e convenções, às quais seus integrantes têm de se submeter. Por isso, em determinados momentos, o homem entra em conflito com o meio social ao qual pertence.

Terminada essas considerações pode-se concluir que diferentemente do que ocorre no plano jurídico, em que a liberdade deve ser exercida sempre se levando em conta o direito dos demais membros da sociedade, no aspecto filosófico a liberdade seja absoluta ou relativa

²²⁸ PENHA, João da. **O que é existencialismo**. São Paulo: 5ªed. Brasiliense, 1982. p. 65.

não encontra limites para o homem. Ela é conferida ao homem e a este cabe administrá-la conforme lhe convier.

No plano jurídico a liberdade é concedida e reconhecida ao homem pelo Estado, e por isso pode ser condicionado, cerceado o seu exercício, já na filosofia a liberdade é algo transcendental ao ser humano, nasce consigo e passa a fazer parte da sua existência até a morte. Em razão disso, não pode ser afastado de si.

O ponto de convergência da liberdade tanto no aspecto jurídico quanto no aspecto filosófico é o fato de que em razão da sua importância para a realização humana, não se pode eliminá-la deste. Eliminar a liberdade do homem é eliminá-lo da sociedade em que vive.

A positivação constitucional da liberdade como direito humano fundamental demonstra sua natureza relevante para a vivência humana, a preocupação do legislador em preservá-la, tanto jurídica quanto moralmente. Não é possível o homem viver e realizar-se desvinculando da liberdade.

Em resposta ao questionamento exposto sobre a liberdade, pode-se conceituar a liberdade como direito humano fundamental. Sem a qual o ser humano não consegue se realizar enquanto pessoa.

8.1 A proporcionalidade como solução ao conflito entre a liberdade e a segurança da sociedade

A priori, é conveniente destacar que é pacífico na teoria do direito o entendimento de que inexistente direito absoluto. Todo o direito deve ser exercido em harmonia com os demais direitos fundamentais para evitar o sacrifício indevido de um em relação ao outro.

Neste sentido, a relativização de um direito individual fundamental quando em conflito com outro da mesma categoria, porém, da coletividade torna-se necessário para se estabelecer o equilíbrio ao seu exercício.

Relevante se torna, neste momento, registrar a lição de constitucionalista lusitano Canotilho sobre a colisão de direitos fundamentais, para a melhor compreensão do assunto.

Conforme o entendimento daquele jurista,²²⁹ a colisão entre direitos fundamentais, de maneira geral, ocorre quando o exercício de um direito fundamental, por parte do seu titular, colide com o exercício do direito fundamental, por parte de outro titular.

Neste caso concreto, tem-se o direito à liberdade de locomoção do extraditando que está sendo ameaçado de ser cerceado definitivamente em virtude de delitos praticados no Chile antes de se refugiar no Brasil em conflito com o direito à segurança da sociedade.

Assim, o problema encontra-se exposto. Pode-se questionar se é justo restringir ou sacrificar definitivamente o direito à liberdade do extraditando em nome do direito à segurança da sociedade.

Não é demais anotar, que o direito à liberdade de locomoção encontra sua previsão na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que o eleva a categoria de direito humano fundamental. Em assim sendo, preceitua o seu artigo XIII que “Todo homem tem direito à liberdade de locomoção e residência dentro das fronteiras de cada Estado”.

De outra parte, é importante atentar para esse conflito porque a segurança é também um direito. Maria Cristina Irigoyen Peduzzi ao tratar do direito à segurança, afirma que²³⁰ a segurança, como direito fundamental, foi prevista no art.2º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “a base de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança, e a resistência à opressão”. Em seqüência, a Constituição Francesa de 1793, no preâmbulo, estabeleceu: “a segurança consiste na proteção conferida pela sociedade a cada um de seus membros para conservação de sua pessoa, de seus direitos e suas propriedades”.

Impõe-se, nesse contexto, mencionar que a preocupação com a segurança também não passou despercebida pela Assembléia Geral da ONU, ao inserir na Declaração Universal dos Direitos do Homem, a segurança como direito humano fundamental. A sua previsão encontra-se no art.3 cuja redação preceitua “todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

Seguindo a mesma tendência, a Constituição Federal assegura a proteção do direito à segurança no art.144 ao dispor que “a segurança pública, dever o Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (...)”.

²²⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ªed., Coimbra: Almedina, 1998, p.1255.

²³⁰ PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. **O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade**. São Paulo: LTR, 2009, p. 34.

Deve-se atentar para o fato de que, não é possível proteger a integridade física das pessoas, a propriedade e garantir o seu bem estar e a boa convivência entre as mesmas sem que haja a segurança. Uma sociedade sem segurança é uma sociedade sem ordem.

Visando solucionar esse conflito existente entre a liberdade de locomoção e a segurança, decidiu-se recorrer ao auxílio do princípio da proporcionalidade, predominante na doutrina e na jurisprudência como instrumento hábil para a solução harmônica de conflito entre os direitos fundamentais.

Conforme postula Paulo Bonavides,²³¹ o princípio da proporcionalidade é elemento intrínseco essencial de qualquer documento jurídico que vise instituir um Estado de Direito Democrático, o qual, por essência obrigatória, baseia-se na preservação de direitos fundamentais.

É nesse sentido, que se recorre ao princípio da proporcionalidade. Para evitar que um direito fundamental seja abusivamente sacrificado em detrimento do outro, apesar de ambos pertencerem à mesma categoria.

Mariângela Gama de Magalhães Gomes, por sua vez, postula que²³² a importância do princípio da proporcionalidade encontra-se relacionada à verificação de que, num Estado Democrático de Direito, a liberdade constitui o bem primordialmente tutelado juridicamente, o que traz como consequência o fato de que qualquer limitação sua deve, necessariamente, ser balanceada, a fim de que ocorra apenas quando se apresentar claramente necessária, idônea e proporcional à proteção de determinado bem jurídico-constitucional.

Portanto, a liberdade como bem primordial no Estado Democrático de Direito, é um contra-senso que a sua limitação se faça sem qualquer parâmetro jurídico, necessário, idôneo e proporcional à proteção de determinado bem jurídico-constitucional.

É por essa razão que Rogério Tair verbaliza que o²³³ princípio da proporcionalidade impõe limites ao *ius puniendi* estatal, tanto na tipificação dos delitos como no estabelecimento das penas correspondentes, de sorte a proteger os direitos fundamentais, sobretudo a liberdade, de restrições abusivas ou desnecessárias.

Antes de finalizarmos esse item, convém observar que, o princípio da proporcionalidade que decidimos utilizar como a chave para solucionar o conflito entre a

²³¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ªed. São Paulo: Malheiros, 1997. p.353.

²³² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p.232..

²³³ TAIAR, Rogério. **A dignidade da pessoa humana e o direito penal: a tutela dos direitos fundamentais**. São Paulo: SRS Editora. 2008.p.152.

liberdade e a segurança compõe-se dos seguintes subprincípios: o sub-princípio da adequação, o sub-princípio da necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

8.2 O sub-princípio da adequação

O princípio da adequação, segundo Justino da Silva Guimarães, possui várias nomenclaturas: princípio da pertinência, da conformidade, da aptidão ou da idoneidade, sendo o primeiro sub-princípio a ser perseguido com vistas à solução de uma colisão entre direitos em determinado caso concreto²³⁴.

O princípio da adequação pressupõe que o meio adotado para alcançar o fim desejado seja eficaz, adequado. A medida adotada deve satisfazer o interesse público visado pela norma, sob pena de invalidade.

Ou ainda nas anotações de Chade Rezek Neto, ²³⁵o princípio da adequação ou conformidade sugere que é necessário verificar se determinada medida representa o meio certo para *levar a cabo um determinado fim*, baseado no interesse público. Entretanto, a exigência dessa conformidade pressupõe a investigação se o ato do poder público é condizente com os fins adotados na sua execução.

Convém neste ponto abrir um parêntese para assinalar que não há menor possibilidade de se cogitar o princípio da proporcionalidade sem um mínimo juízo de ponderação. A proporcionalidade está entrelaçada ao juízo de ponderação, ao estabelecimento de equilíbrio entre o bem lesionado ou em risco eminente de lesão, o direito ou interesse protegido ou a ser protegido, e finalmente entre a sanção ou a pena a ser aplicada.

Trazendo à aplicação deste sub-princípio ao tema central desta dissertação, torna-se necessário questionar. Fixação da pena perpétua pretendida pelo governo chileno ao extraditando Maurício Norambuena é meio idôneo (adequado) para atingir a finalidade pretendida, a eliminação da criminalidade?

Obviamente que a resposta é negativa. A pena perpétua somente seria necessária se todos os meios igualmente adequados para promover o fim desejado, outras modalidades penais restritivas de direitos como a pena de prisão com prazo certo, pena de multa, etc.,

²³⁴ GUIMARÃES, Justino da Silva. **A importância da proporcionalidade como princípio regente de políticas públicas**. São Luís: Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão, 2006, p.106.

²³⁵ REZEK NETO, Chade. **O princípio da proporcionalidade no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2004.p.38.

fossem utilizadas pelo poder público sem o devido sucesso (eliminação da criminalidade com a conseqüente ressocialização do cidadão).

Não é por outra razão que Rogério Tair, ao tratar da consonância entre os meios e a finalidade postula que o ²³⁶meio escolhido pelo legislador penal é adequado se for compatível com a promoção de sua finalidade; é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais; e é proporcional em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca.

Observado esses requisitos, evita-se que a pena traga consigo cargas punitivas e efeitos colaterais excessivos em relação aos resultados obtidos.

Daí a total propriedade de se afirmar em linhas anteriores que o sacrifício definitivo do direito à liberdade do extraditando não ser medida idônea para o Estado garantir o direito à segurança da sociedade.

Por outro lado, é de se registrar ainda, que aplicação de pena perpétua não impede a ocorrência de novos delitos da mesma categoria, serve tão somente para aumentar a superpopulação carcerária e o número de seres humanos com o direito à liberdade de locomoção restringido definitivamente.

Afinal, é relevante registrar que sua fixação tem como conseqüência, restrição excessiva do direito à liberdade do extraditando.

8.3 O sub-princípio da necessidade

O sub-princípio da necessidade a exemplo do que ocorre com a adequação também possui outras nomenclaturas. Dentre elas o princípio da alternativa menos gravosa, da intervenção mínima, da exigibilidade, da indispensabilidade, da proibição do excesso e da máxima do meio mais suave.

O meio deve ser o mais brando, o mais suave, dentre aqueles que se apresentam disponíveis, no intuito de preservar ao máximo os valores constitucionais protegidos. Isto é,

²³⁶ TAIAR, Rogério. Op. cit., p.153.

deve-se procurar atingir no mínimo os valores garantidos constitucionalmente que tenham entrado em colisão com o princípio prevalecente²³⁷.

É interessante acentuar que, é defeso ao legislador adotar uma medida restritiva do direito fundamental quando existir outros meios menos gravosos para chegar ao ponto pretendido.

O sub-princípio da necessidade exige que a norma utilizada para o alcance de determinado direito não traga prejuízo ao interesse público. Pressupõe a idéia de comparação: dentre as medidas igualmente necessárias adota-se a menos gravosa possível para o alcance do fim objetivado.

Nessa esteira, Mariângela Gomes de Magalhães Gama doutrina que²³⁸ pelo princípio da necessidade, impõe-se que o ser humano seja tomado como parâmetro para se avaliar as hipóteses em que se torna possível limitar a liberdade individual. Esse imperativo indica, portanto, que somente podem ser estabelecidas incriminações onde se verifique a proteção de um bem jurídico tão importante quanto a liberdade, assim como é necessário que o referido bem seja fundamental para o desenvolvimento da pessoa na sociedade.

Desta forma, a limitação definitiva do direito à liberdade de locomoção é tão prejudicial para extraditando ou qualquer outro infrator da lei quanto para os membros da sociedade conviverem sem o direito fundamental à segurança.

Tanto a liberdade quanto a segurança são direitos humanos fundamentais, portanto, é impossível a realização humana sem o exercício do direito à liberdade e o direito à segurança. Ambos merecem do ordenamento positivo a devida proteção.

8.4 Proporcionalidade em sentido estrito

A proporcionalidade serve para promover o equilíbrio, a justiça não alcançada nas fases de adequação e necessidade que se vem buscando alcançar. O sopesamento visa impedir restrição exagerada de direitos e garantias fundamentais.

O princípio parcial da proporcionalidade em sentido estrito, conhecido também como *mandado de ponderação* ou *máxima do sopesamento*, permite realizar uma proporcional

²³⁷ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência**. 3ªed. São Paulo: Saraiva. 2010.p.57.

²³⁸ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Op. cit., p.232.

distribuição dos ônus da vida em sociedade, à medida que proíbe o Estado de sacrificar direitos fundamentais sob o argumento de proteger direitos e interesses que, na prática, apresentam pouca relevância. Destarte, tendo em vista as considerações fáticas do caso, os direitos ou interesses em tensão passarão por uma operação de sopesamento²³⁹.

O juízo de ponderação entre os pesos dos direitos e bens contrapostos deve ter uma medida que permita alcançar a melhor proporção entre os meios e os fins²⁴⁰. Pondera Rizzatto Nunes que se deve empregar o meio que se mostrar mais vantajoso para a promoção do princípio prevalecente, mas sempre buscando desvalorizar o mínimo os demais.

O princípio da proporcionalidade sob o manto da legalidade deve limitar o poder de punir do Estado perante o cidadão na medida em que orienta o legislador na incriminação de condutas consideradas lesivas a sociedade.

Nesse contexto, conclui-se que, aplicando o princípio da proporcionalidade sem ignorar as suas fases: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito; sopesam-se as vantagens, as consequências e os prejuízos a se obter com o sacrifício definitivo de um direito fundamental em relação ao outro²⁴¹.

²³⁹ SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2004, p.114.

²⁴⁰ BARROS, Wellington Pacheco e BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. Op. cit. p.66.

²⁴¹ Não se pode deixar de registrar que, não obstante o reconhecimento da importância do princípio da proporcionalidade no ordenamento positivo nacional e estrangeiro, críticas ecoam em alguns seguimentos da doutrina a seu respeito. Dentre elas as seguintes:

1- O alto grau de subjetivismo na aplicação da proporcionalidade tendo em vista que a mesma exige uma ponderação entre valores constitucionais sem que própria Constituição tenha instituído expressamente uma hierarquia entre os valores em conflito. Ou seja, o receio de o Judiciário invadir a área de competência do Legislativo e colocar em cheque o Princípio da Separação de Poderes. Nas palavras de Suzana de Toledo Barros: “A constância da utilização da proporcionalidade pode provocar uma demasiada intervenção do Judiciário na esfera reservada ao Legislativo, de maneira a que o juiz sub-rogue-se no papel político do legislador, a quem cabe instituir a disciplina jurídica dos direitos fundamentais”. BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p.203.

2- A segunda crítica aduzida pela doutrinadora diz respeito a ameaça da segurança jurídica e igualdade que fica a merecer de uma relativização da lei, ao caso concreto. Para a autora “A idéia de dar primazia a uma decisão material justa ao caso concreto conduz a um relativismo da aplicação da lei, o que importa em séria ameaça aos princípios da segurança jurídica e igualdade sobre os quais repousa a própria noção de justiça”. Idem. p.203.

Tais críticas apesar de fundadas, não merecem acolhimento isto porque a imposição do princípio da proporcionalidade não é aplicado imoderadamente para todos os casos submetidos ao juiz ou o administrador, somente quando houver ausência de lei que regulamente a hipótese. Não obstante o livre convencimento do juiz, este deve fundamentar a sua decisão sob pena de invalidade. Deve-se observar ainda que, o princípio da proporcionalidade não impõe necessariamente a subjetividade do julgador porque a semelhança do que ocorre com os princípios constitucionais expressos, o julgador faz uso da racionalidade ao solucionar conflitos que lhe é submetido. Os princípios constitucionais expressos também passam por um juízo de ponderação e racionalidade. Cumpre destacar que essas críticas são rebatidas por alguns doutrinadores. Por exemplo, Mirian Gonçalves aponta que os princípios em geral possuem uma abrangência e indeterminação de conteúdo, por isso são denominados princípios. Toda decisão deve ser fundamentada, julgador ou o administrador deverá pautar-se nos demais princípios constitucionais e gerais do direito, verificando se houver colidência entre eles, qual deve preponderar, sempre fundamentando sua decisão. Ao decidir, escolhendo quais princípios ou normas devem ser aplicados ao caso concreto, com certeza a vontade de quem está decidindo está expressa, mas sempre pautada

Entende-se, perfeitamente, que a única forma de estabelecer-se o equilíbrio no exercício de direito fundamental é restringir outro da mesma categoria. Entretanto, discorda-se que essa restrição deva ser permanente.

Nesta ceara, propõe-se como solução o caminho encontrado pelo Supremo Tribunal Federal. Condicionar a entrega do extraditando a comutação da pena perpétua em pena privativa de liberdade com prazo certo.

Não aceitando o Estado requerente converter a pena perpétua em pena com prazo determinado deve o Pretório Excelso sem delongas, colocar em liberdade o extraditando.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A extradição além de ser instrumento de cooperação judicial, constitui-se no mecanismo de defesa dos direitos humanos porquanto não se preocupa simplesmente em submeter o infrator da norma à punição, mas antes, impõe ao Estado interessado o preenchimento das condições legais que afastam a possibilidade de violação dos seus direitos.

Salvo a extradição, aplicável ao brasileiro naturalizado pela prática de crimes anteriores à naturalização ou comprovado envolvimento em tráfico ilícito de envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei; os institutos da deportação e da expulsão também têm em comum o propósito de retirar do país os indivíduos considerados indesejados pelo poder público.

A extradição deve ser concedida tão-somente a países cuja tradição a garantia da proteção dos Direitos Humanos sem a distinção de nacionalidade, religião, raça ou filiação política é evidente a nível internacional e negada àqueles cuja violação é patente.

Com a função de blindagem dos direitos e garantias fundamentais, os princípios norteiam soluções dos problemas jurídicos e conferem sistematização e coesão de todo o ordenamento jurídico.

Ainda que não seja de fácil percepção, no processo de extradição os princípios desempenham a função de fundamento, por exemplo, (princípio da legalidade), pressuposto (dupla incriminação) e condicionante da entrega do extraditando ao Estado requerente (princípio da especialidade).

A Adoção do sistema anglo-saxônico ou de ampla revisão que confere ao Poder Judiciário liberdade para analisar o mérito da causa criminal, revisando os aspectos formais concernentes à regularidade dos atos de persecução penal e à própria substância da imputação penal praticados no Estado requerente contra o extraditando é o melhor caminho de garantir observância dos direitos do extraditando.

A inexistência na Lei n.º 6.815/80 de referência à comutação da pena perpétua para a entrega do extraditando acusado de crime não impede ao Supremo Tribunal Federal de exigila do Estado requerente, considerando-se que a esta Corte, o Texto Constitucional atribui além da função de guardião dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

O dever de proteção dos direitos humanos não se restringe a previsão contida nos textos legais e vai além da sua mera invocação. A efetivação dos direitos e garantias fundamentais não deve encontrar entrave na proveniência do cidadão postulante.

É urgente a edição de nova lei que regulamente o procedimento extradicional no ordenamento jurídico brasileiro. A atual Lei n.º 6.815/80 além de omissa quanto a questão da comutação da pena perpétua não responde às exigências impostas pela evolução da sociedade nas últimas duas décadas.

O alvoroço criado em torno da possibilidade de fixação da pena perpétua a cidadão brasileiro no Tribunal Penal Internacional não tem razão de ser porque a proibição constitucional a pena de caráter perpétuo é tão somente para o território nacional. Não há violação constitucional se ela for fixada e cumprida no estrangeiro.

Hodiernamente, a noção de soberania vem passando por um processo de relativização devido à interdependência cada vez maior dos Estados no plano político, econômico e social. Acolher a perpetuidade e ilimitabilidade da soberania é ignorar as mudanças ocorridas na humanidade nos últimos tempos (integração da União Européia, invenção de redes sociais, livre circulação de bens e serviços, etc.).

A dignidade como valor intrínseco a todos os seres humanos serve de parâmetro não somente para incorporação de direitos, mas também para a aplicação de toda a pena que possa atentar contra a integridade física e moral do homem.

É indispensável o recurso ao diálogo quando valor dignidade humana ou direito à vida, à liberdade e à integridade física do extraditando dependa da realização exclusiva de atos do Estado requerente, ou seja, atos que dizem respeito à soberania do Estado estrangeiro, procedimentos de competência exclusiva do Estado requerente.

O recurso a pena perpétua deve ser visto como perigosa solução encontrada pelo Poder Público para eximir-se das suas responsabilidades sociais, visto que esta modalidade de pena não tem nenhuma função senão a de impor sofrimento desnecessário ao cidadão.

Em respeito ao princípio da humanização da pena, a privação do direito à liberdade não deve ser mediante a reclusão perpétua, mas sim, determinada no tempo permitindo que o infrator da lei tenha oportunidade de ser reintegrado ao convívio social.

A restrição do exercício de um direito fundamental só pode ocorrer quando em colisão com o outro da mesma categoria. Conforme o entendimento firme da doutrina, o instrumento adequado para aplicar-se essa restrição é o princípio da proporcionalidade, porém, sem ignorar as suas fases (a adequação, a necessidade e a

proporcionalidade em sentido estrito) como forma de evitar o sacrifício inútil e demasiado de um direito fundamental em detrimento do outro.

Apesar de não existir um critério científico para tal, o princípio da proporcionalidade figura-se como indispensável em um Estado Democrático de Direito na medida em que além de lhe servir de fundamento, equaciona os conflitos sociais daí resultantes, partindo do conceito do justo, do razoável, sem suprimir direitos e garantias constitucionais protegidos pela Carta Constitucional.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**, v.1. 2ªed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1956.

ACCIOLY, Hildebrando e Silva, Geraldo E. do Nascimento. **Manual de Direito Internacional Público**. 15ªed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Manual de Direito Internacional Público**. 12ªed. São Paulo: Saraiva, 1996.

AMORIM, Edgar Carlos de. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARAÚJO JUNIOR, João Marcelo de. **Extradição: Aspectos fundamentais**. Revista Forense, ano 90, abr./jun. 1994, v.326.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Globo, 1990.

BANDEIRA, Leonardo Costa. **Do Direito Constitucional de Recorrer em Liberdade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BAHIA, Saulo José Casali. **Problemas Constitucionais do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. O Caso Brasileiro. Tribunal Penal Internacional: possibilidades e desafios**. Org. Kai Ambos Carlos Eduardo Adriano Japiassu. Lumens Juris: Rio de Janeiro, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROS, Wellington Pacheco; BARROS, Wellington Gabriel Zuchetto. **A proporcionalidade como princípio do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BARROSO, Luis Roberto e TIBURCIO, Carmen. **Algumas questões sobre a extradição no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, v.787, maio, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º 272**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ext+272&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 Nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º 295**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ext+295&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 21 Nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º426-3**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ext+426&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 11 Nov.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º 441**. Disponível *in* <<http://www.stf.jus.br/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ext+441&base=baseAcordãos>>. Acesso: 09 Nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º 508**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=extradi%E7%E3%508&pagina=2&2base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 Nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º 524**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ext+524&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 Nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º 615**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ext+615&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 Nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º 661**. Disponível *in* <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ext+661&base=baseAcordãos>>. Acesso em: 11 Nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º 662**. Disponível *in* <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=Ext.SCLA.%20E%20662.NUME&base=baseAcordãos>>. Acesso em: 18 Nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º 688**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?sl=ext+688&base=baseAcordãos>>. Acesso: 09 nov.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º 744**. Disponível em < Acesso em: 10 Nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º 795**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?classe=Ext&numero=795>>. Acesso em: 18 Nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º 853**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ext+853&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 Nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º 855**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ext+855&base=baseAcordãos>>. Acesso: 09 nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º 924**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ext+924&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 Nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º 934**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ext+934&base=baseAcordãos>>. Acesso: 09 nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º 977**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ext+977&base=baseAcordãos>>. Acesso em: 10 Nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º 1.065**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ext+1065&base=baseAcordãos>>. Acesso em: 10 Nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Extradição n.º 1010**. Disponível *in* <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=ext%201010%20alemanha&base=baseAcordãos>>. Acesso em: 11 Nov. 2010.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Tratado De Extradição Entre A República Federativa Do Brasil e a República Francesa**. Disponível em <http://www2.mre.gov.br/dai/bfran1531362.htm>. Acesso em: 19 Nov. 2010.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Tratado de Extradição entre a República Federativa Do Brasil e a República Italiana**. Disponível em <http://www2.mre.gov.br/dai/bitall191356.htm>. Acesso em: 19 Nov. 2010.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. **Tratado de Extradição entre a República Federativa Do Brasil e a República Portuguesa**. Disponível em <http://www2.mre.gov.br/dai/extraport.htm>. Acesso em: 19 Nov. 2010.

BRASIL. Senado. **Tratado de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul e a República da Bolívia e a República do Chile**. Disponível em <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacao.action?id=254608>. Acesso em 19 Nov. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 79157**. Disponível *in* <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=HC+79157&base=baseAcordãos>>. Acesso em: 06 Nov. 2010.

BRASIL. Lei n.º 6.815, de 19 de Agosto de 1980. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 de Ago. 1980. Disponível em: http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/fraWeb?OpenFrameSet&Frame=frmWeb2&Src=%2Flegisla%2Flegislacao.nsf%2FViw_Identificacao%2Flei%25206.815-1980%3FOpenDocument%26AutoFramed. Acesso em: 12 Out. 2010.

BRASIL. Decreto - lei n.º 394, de 28 de Abril de 1938. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 28 de Abril de 1938. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil/Decreto-Lei/Del0394.htm> Acesso em: 12 Out. 2010

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (18 de setembro de 1946). Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao.46.htm>. Acesso em: 12 Out. 2010.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (10 de novembro de 1937). Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao.37.htm>. Acesso em: 12 Out. 2010.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (16 de julho de 1934). Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao.34.htm>. Acesso em: 12 Out. 2010.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (24 de fevereiro de 1891). Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao.91.htm>. Acesso em: 12 Out. 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (16 de julho de 1934). Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/constitui%C3%A7ao.67.htm>. Acesso em: 12 Out. 2010.

BERARDO, Telma. **Soberania, um novo conceito?** Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.40, n.º10, jul./set. 2002.

BITENCOURT, Cezar. **Pena de Prisão Perpétua.** Disponível em <http://www2.cif.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/345/547>. Acesso em: 17 mar. 2011.

BÓBBIO, Norberto. **Legalidade e Pluralismo, verbetes do dicionário de política.** Brasília: 1983.

BORGES, José Souto Maior. **Curso de Direito Comunitário.** São Paulo: Saraiva, 2005.

BURDEAU, Georges. *Le Liberalisme.* Paris: Seuil, 1979.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal:** parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

CASTRO, Joelíria Vey de. **Extradição: Brasil e Mercosul.** 1ªed. Curitiba, 2006.

CAHALI, Yussef Said. **Estatuto do Estrangeiro.** São Paulo: Saraiva, 1983.

CAPEZ, Fernando. **Do Tribunal Penal Internacional. Competência para julgar genocídio, crimes de guerra, contra a humanidade e de agressão (EC n.º45/2005).** Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7712>. Acesso em 26 de jun. 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal:** parte geral. São Paulo: Saraiva, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2001

CORRÊA JUNIOR, Alceu; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Teoria da Pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COSTA, Karla da Silva. **Soberania: um conceito em evolução.** Caderno de Estudos Jurídicos. Belo Horizonte: PUC Minas, v.6, dez. de 2003, p.104.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 29ªed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **A extradição no alvorecer do século XXI.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DILGUERIA, Mirian Gonçalves. **Princípio constitucional da proporcionalidade e sua implicação no direito penal.** Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.46, jan/março, 2004.

DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de pena.** 2ªed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DOWBOR, Ladislau; IANNI, Octavio; RESENDE, Paulo Edgar. (Orgs.). **Desafios da globalização.** 2ªed. Petrópolis: Vozes, 2004.

EL HIRECHE, Gamil Föppel. **A Função da Pena na Visão de Claus Roxin.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FURLAN, Fernando de Magalhães. **Direito da Integração no Mercosul e Dogmas de Estado: Análise da Doutrina da Soberania e Regime Constitucional Brasileiro.** Revista Fundação Escola Superior de Ministério Público de Distrito Federal e Território. Brasília, Ano 9, v.17, jan/jun.2001.

FRANCO, Afonso Arinos de Mello. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro: teoria geral.** v.1. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958.

FRANCO, Alberto Silva. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial.** 6ªed. Revista e ampl. . São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, v.1, t.1.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos.** 5ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRAGA, Mirtô. **O Novo Estatuto do Estrangeiro Comentado.** Rio de Janeiro: Forense, 1985.

FREITAS, Vladimir Passos de (Coord.). **Comentários ao Estatuto do Estrangeiro e Opção de Nacionalidade.** Campinas. São Paulo: Millenium, 2006.

GARCIA, Débora Faria. De Beccaria a Jakobs: **panorama do sistema criminal em face da dignidade da pessoa humana.** Revista dos Tribunais. Ano 98, v.887, set.2009.

GOIAREB, Elizabeth. **A extradição no direito brasileiro.** Rio de Janeiro: Mauad, 1999.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES, Carla Amado. **A evolução do conceito de soberania: tendências recentes**. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, nº111, ano: 34, jul/set. 1998.

GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. **Medidas compulsórias: a deportação, a expulsão e a extradição**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GUIMARÃES, Isaac Sabbá. **Habeas Corpus: críticas e perspectivas**. 3ªed. Curitiba: Juruá, 2009.

HART, Herbert. L. A. **O conceito de Direito**. Trad. A. Ribeiro Mendes. 5ªed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

HOOK, Sidney. **Determinismo e liberdade na era moderna**. São Paulo: Fundo de Cultura, 1964.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal Brasileiro: parte geral**, v.1. 25ªed. São Paulo: Saraiva, 2002.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru, São Paulo: Edipro, 2003.

KARAM, Maria Lúcia. **Sobre a pena privativa de liberdade**. Revista Universitas Jus, n.º8, Brasília: Faculdade de Direito, Jan/Jun.1998.

MACIEL, Anor Butler. **A extradição**. Revista Forense, ano 51, mar./abr.1954.

MACIEL, Carlos Enrique. **Extradição: aspectos materiais e processuais**. Revista Jurídica, Campinas, v.23, n.º1, 2007.

MACABU, Adilson Vieira. **A extradição. Sua evolução na doutrina e na prática internacional**. Revista de Ciência Política. Rio de Janeiro, n.º2, v.23, maio/agosto.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. Campinas: Bookseller, 1997.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana: princípio constitucional fundamental**. 1ªed. Curitiba: Juruá, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **A Incorporação dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Ordenamento Brasileiro**. Intertemas: Revista da Toledo. Presidente Prudente.v.2, mai.2000.

_____. **Curso de Direito Internacional Público**. 4ªed.rev., atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**.15ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____ **Curso de Direito internacional público.** São Paulo: Renovar, 2000.

_____. **Direito constitucional internacional: uma introdução: Constituição de 1988.** 2ªed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Sebástian Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana.** 427f. Dissertação (Mestrado)- Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia. Salvador. 2008.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Pena e Sofrimento.** Revista de Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, n.º17, Ano: 2008.2.

MIRANDA, Neemias Carvalho. **Extradição: Decisões Contraditórias no Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais:** teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7ªed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.** 6ªed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOURA, Evânio. **O Tribunal Penal Internacional e o direito interno: a necessária distinção entre a extradição e entrega de nacional.** Revista dos Tribunais, São Paulo: Revista dos Tribunais, v.99, n.º893, mar.2010.

MULLER, Ana Cláudia Rodrigues e MULLER, Walter Martins. **Segurança Pública, Privação da Liberdade e Dignidade da Pessoa Humana.** Revista do Curso de Mestrado em Direito/ Programa de Pós Graduação Stricto Sensu de Direito, Centro Universitário Toledo. V.1, n.º1, jul. (2000)-Araçatuba: Centro Universitário Toledo, 2005.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O Principio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência.** 3ªed. São Paulo: Saraiva. 2010.

NUNES, Rizzatto Luís Antonio. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito.** 5ªed., São Paulo: Saraiva, 2003.

LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. **A relação extradicional no direito brasileiro.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. Extradição e Direito Internacional Penal. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Alagoas,** Maceió, Ano I, n.º1, jul./dez.2002.

OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. **O conceito de soberania perante a globalização.** Revista CEJ, Brasília, n.º32, jan/mar.2006.

PAULA, Luiz Augusto Módolo de. **Extradição e comutação da pena de prisão perpétua. A mudança na posição do Supremo Tribunal Federal.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12,

n.1350, 13 mar.2007. Disponível em <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/9593>>. Acesso em: 2 Jan. 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos: o princípio da dignidade humana e a constituição brasileira de 1988**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 94, v.833, p.41-53, mar. 2005.

_____. **Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil**. In: O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem. Org. Alberto do Amaral Jr. Cláudia Perrone Moisés. São Paulo: Edusp- Editora da Universidade de São Paulo.

_____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Precedentes Históricos do Processo de Internacionalização e Universalização dos Direitos Humanos. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LEIBNIZ. **Novos ensaios**. Livro II, Cap. 21. Coleção os Pensadores São Paulo: Nova Cultura, 1991.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da Legalidade Penal**. Projeções Contemporâneas. Série Princípios Fundamentais do Direito Penal Moderno. Vol.01. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

PENHA, João da. **O que é existencialismo**. 5ªed. São Paulo: Brasiliense, 1982.

PORTUGAL. ASSEMBLEIA NACIONAL DA REPÚBLICA PORTUGUESA. **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em www.parlamento.pt. Acesso em: 27 Out. 2010.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral**, v.1.7ªed.rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

REZEK NETO, Chade. **O princípio da proporcionalidade no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Lemos e Cruz, 2004.

REZEK, Francisco José. **Direito internacional público**. Curso elementar: 6ªed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Direito internacional público**. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Direito Internacional Público**: 10ªed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RODRIGUES, Manoel Coelho. **A extradição no direito brasileiro e na legislação comparada**. Tomo I, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1930.

RODRIGUES, Huguette Rêgo. **Aspectos Práticos da Extradição no Brasil**. Revista Ciências Sociais, v.1, n.º1, Rio de Janeiro: Editorial Central da Universidade Gama Filho.1995.

RODRIGUES, Martins Simone. **Segurança internacional e direitos humanos: a prática da intervenção humanitária no Pós-Guerra Fria**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. **Aspectos da Extradicação no Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1960.

SALEILLES, Raymond. **A individualização da pena**. 1ªed. Trad. Thais Miremis Sanfelippo da Silva Amadio. São Paulo: Rideel, 2006

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE. Assembléia Nacional de São Tomé e Príncipe. **Constituição da República**. Disponível in <http://www.parlamento.st>. Acesso em: 27 Out. 2010.

SERRA, Ederson de Mello. **Crime e liberdade**. Revista da Faculdade de Direito Cândido Mendes, n.º4, ano 2, abr.1977, Rio de Janeiro: Editora Liber Juris Ltda.

SILVA NETO, Manuel Jorge e **Proteção Constitucional à Liberdade Religiosa**. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. Lumens Juris: Rio de Janeiro, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22ªed. São Paulo: Malheiros. 2002.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 16ª Edição, revista e atualizada, São Paulo: Malheiros. 1999.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico/atualizadores**: Nagib Slaibi Filho e Glúcia Carvalho. Rio de Janeiro, 2004.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. **A eficácia *ex nunc* da naturalização e a extradicação de brasileiro**. Revista Forense, ano 93, jul./set. 1997, v.339.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **As novas tendências do direito extradiciona**l. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. Análise Comparativa da Extradicação na América Sul. Disponível em <http://www.anpr.org.br/portal/components/comanpronline/media/ArtigoAnalisecomparativaextradicaoArturGueiros.pdf>. Acesso em 31 Mar. 2010.

TAIAR, Rogério. **A dignidade da pessoa humana e o direito penal: a tutela dos direitos fundamentais**. São Paulo: SRS Editora. 2008.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. **Curso de Direito Constitucional**. Revista e atual., por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

VICENTE PAULO, Marcelo Alexandrino. **Direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

VIDAL, Hélvio Simões. **Direitos Humanos e o Direito Internacional Penal**. Revista dos Tribunais., ano 97, v. 877, nov. 08.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Desafios do Direito Penal na Era da Globalização, Cidadania e Justiça**. Rio de Janeiro: Magistrados Brasileiros, ano 2, n.º5, 1998.

ZIMMERMANN, Augusto. **Curso de Direito Constitucional**. 4ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ANEXOS

ESTATUTO DO ESTRANGEIRO - LEI n.º6815/80, de 19 de Agosto de 1980, alterada pela Lei n.º6.964 de 09 de Dezembro de 1981.

TÍTULO IX

Da Extradicação

Art. 75 A extradicação poderá ser concedida quando o governo requerente se fundamentar em convenção, tratado ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade.

Art. 76 Não se concederá a extradicação 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;

III - o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando;

IV - a lei brasileira impuser ao crime a pena de prisão igual ou inferior a um ano;

V - o extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido;

VI - estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente;

VII - o fato constituir crime político; e

VIII - o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de exceção.

§ 1º A exceção do item VII não impedirá a extradicação quando o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal.

§ 2º Caberá, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal a apreciação do carácter da infração.

§ 3º O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, seqüestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.

Art. 77 São condições para concessão da extradicação:

I - ter sido o crime cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado; e

II - existir sentença final de privação de liberdade, ou estar a prisão do extraditando autorizada por juiz, tribunal ou autoridade competente do Estado requerente, salvo o disposto no artigo 81.

Art. 78 Quando mais de um Estado requerer a extradição da mesma pessoa, pelo mesmo fato, terá preferência o pedido daquele em cujo território a infração foi cometida.

§ 1º Tratando-se de crimes diversos, terão preferência sucessivamente:

I - o Estado requerente em cujo território haja sido cometido o crime mais grave, segundo a lei brasileira;

II - o que em primeiro lugar houver pedido a entrega do extraditando, se a gravidade dos crimes for idêntica; e

III - o Estado de origem, ou, na sua falta, o domiciliar do extraditando, se os pedidos forem simultâneos.

§ 2º Nos casos não previstos decidirá sobre a preferência o Governo brasileiro.

§ 3º Havendo tratado ou convenção com algum dos Estados requerentes, prevalecerão suas normas no que disserem respeito à preferência de que trata este artigo.

Art. 79. A extradição será requerida por via diplomática ou, na falta de agente diplomático do Estado que a requerer, diretamente de Governo a Governo, devendo o pedido ser instruído com a cópia autêntica ou a certidão da sentença condenatória, da de pronúncia ou da que decretar a prisão preventiva, proferida por juiz ou autoridade competente. Esse documento ou qualquer outro que se juntar ao pedido conterà indicações precisas sobre o local, data, natureza e circunstâncias do fato criminoso, identidade do extraditando, e, ainda, cópia dos textos legais sobre o crime, a pena e sua prescrição.

§ 1º O encaminhamento do pedido por via diplomática confere autenticidade aos documentos.

§ 2º Não havendo tratado ou convenção que disponha em contrário, os documentos indicados neste artigo serão acompanhados de versão oficialmente feita para o idioma português no Estado requerente.

Art. 80 O Ministério das Relações Exteriores remeterá o pedido ao Ministério da Justiça, que ordenará a prisão do extraditando colocando-o à disposição do Supremo Tribunal Federal.

Art. 81 Em caso de urgência, poderá ser ordenada a prisão preventiva do extraditando desde que pedida, em termos hábeis, qualquer que seja o meio de comunicação, por autoridade competente, agente diplomático ou consular do Estado requerente.

§ 1 ° O pedido, que noticiará o crime cometido, deverá fundamentar-se em sentença condenatória, auto de prisão em flagrante, mandado de prisão ou, ainda, em fuga do indiciado.

§ 2 ° Efetivada a prisão, o Estado requerente deverá formalizar o pedido em noventa dias, na conformidade do artigo 79.

§ 3 ° A prisão com base neste artigo não será mantida além do prazo referido no parágrafo anterior, nem se admitirá novo pedido pelo mesmo fato sem que a extradição haja sido formalmente requerida.

Art.82 Nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão.

Art.83 Efetivada a prisão do extraditando (artigo 80), o pedido será encaminhado ao Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. A prisão perdurará até o julgamento final do Supremo Tribunal Federal, não sendo admitidas a liberdade vigiada, a prisão domiciliar, nem a prisão-albergue.

Art. 84 Ao receber o pedido, o Relator designará dia e hora para o interrogatório do extraditando e, conforme o caso, dar-lhe - à curador ou advogado, senão o tiver, correndo do interrogatório o prazo de dez dias para a defesa.

§ 1 ° A defesa versará sobre a identidade da pessoa reclamada, defeito de forma dos documentos apresentados ou ilegalidade da extradição.

§ 2 ° Não estando o processo devidamente instruído, o Tribunal, a requerimento do Procurador-Geral da República, poderá converter o julgamento em diligência para suprir a falta no prazo improrrogável, de sessenta dias, decorridos os quais o pedido será julgado independentemente da diligência.

§ 3 ° O prazo referido no parágrafo anterior correrá da data da notificação que o Ministério das Relações Exteriores fizer à Missão Diplomática do Estado requerente.

Art. 85 Concedida a extradição, será o fato comunicado através do Ministério das Relações Exteriores à Missão Diplomática do Estado requerente que, no prazo de sessenta dias da comunicação, deverá retirar o extraditando do território brasileiro.

Art. 86 Se o Estado requerente não retirar o extraditando do território brasileiro no prazo do artigo anterior, será ele posto em liberdade, sem prejuízo de responder a processo de expulsão se o motivo da extradição o recomendar.

Art. 87 Negada a extradição não se admitirá novo pedido baseado no mesmo fato.

Art. 88 Quando o extraditando estiver sendo processado, ou tiver sido condenado, no Brasil, por crime punível com pena privativa de liberdade, a extradição será executada somente depois da conclusão do processo ou do cumprimento da pena, ressalvado, entretanto, o disposto no artigo 66.

Parágrafo único. A entrega do extraditando ficará igualmente adiada se a efetivação da medida puser em risco a sua vida por causa de enfermidade grave comprovada por laudo médico oficial.

Art. 89 O Governo poderá entregar o extraditando ainda que responda a processo ou esteja condenado por contravenção.

Art. 90 Não será efetivada a entrega sem que o Estado requerente assumo o compromisso:

I - de não ser o extraditando preso nem processado por fatos anteriores ao pedido;

II - de computar o tempo de prisão que, no Brasil, foi imposta por força da extradição;

III - de comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, os casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação;

IV - de não ser o extraditando entregue, sem consentimento do Brasil, a outro Estado que o reclame; e

V - de não considerar qualquer motivo político para agravar a pena.

Art. 91 A entrega do extraditando, de acordo com as leis brasileiras e respeitado o direito de terceiro, será feita com os objetos e instrumentos do crime encontrados em seu poder.

Parágrafo único. Os objetos e instrumentos referidos neste artigo poderão ser entregues independentemente da entrega do extraditando.

Art. 92 O extraditando que, depois de entregue ao Estado requerente, escapar à ação da Justiça e homiziar-se no Brasil, ou por ele transitar, será detido mediante pedido feito diretamente por via diplomática, e de novo entregue sem outras formalidades.

Art. 93 Salvo motivo de ordem pública, poderá ser permitido, pelo Ministro da Justiça, o trânsito, no território brasileiro, de pessoas extraditadas por Estados estrangeiros, bem assim o da respectiva guarda, mediante apresentação de documentos comprobatórios de concessão da medida.