



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Yuri Sahione Pugliese

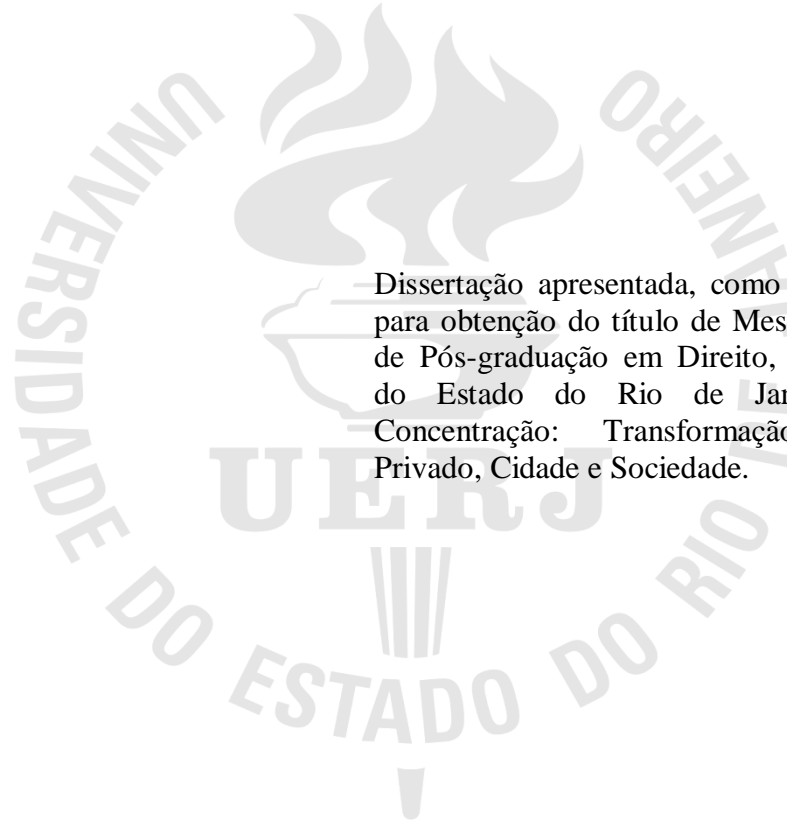
**A assistência mútua em matéria penal e as penas vedadas no direito
brasileiro**

Rio de Janeiro

2013

Yuri Sahione Pugliese

A assistência mútua em matéria penal e as penas vedadas no direito brasileiro



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Transformação do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú

Rio de Janeiro

2013

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

P978

Pugliese, Yuri Sahione.

A assistência mútua em matéria penal e as penas vedadas no direito brasileiro / Yuri Sahione Pugliese. - 2013.
205 f.

Orientador: Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direito penal internacional - Teses 2. Crime internacional - Teses. 3. Direito internacional público- Teses I. Japiassú, Carlos Eduardo Adriano. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 341.4

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Yuri Sahione Pugliese

A assistência mútua em matéria penal e as penas vedadas no direito brasileiro

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Transformação do Direito Privado, Cidade e Sociedade.

Aprovada em:

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú (Orientador)
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Jorge Pinheiro Fortes Câmara
Faculdade de Direito - UERJ

Prof. Dr. Fauzi Hassan Choukr
Universidade do Estado de São Paulo

Rio de Janeiro

2013

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos aqueles que despenderam seus preciosos tempos para lê-lo.

À Amaury Pugliese (*in memmorian*).

AGRADECIMENTOS

O trabalho de pesquisar sobre um tema e escrever um texto acadêmico, não é solitário como o ofício de um cronista, nem sigiloso como o de quem cataloga as memórias impublicáveis de uma personalidade pública.

Ele é concreto, palpável, finito e jamais deve ser comparado à busca do objeto eterno do poeta romântico.

Ao contrário, é inconfidente.

Chegar ao fim do trabalho, antes de um regorjizo, é reconhecimento da ajuda, da atenção, dos incentivos e da contribuição de todos aqueles que compartilharam angústias, frustrações e incentivos ao longo destes anos.

Obrigado aos meus pais Amaury e Andrea, aos meus irmãos Nastassja e Dmitri, aos meus avós Clóvis, Valéria, Amaury (*in memmorian*) e Teil, por tudo que vocês sempre representaram na minha vida. Aos meus sogros Georges e Therezinha pela alegria que me proporcionam de me sentir como o terceiro filho.

Agradeço ao meu orientador, Carlos Eduardo Adriano Japiassú pela atenção, paciência, companheirismo, na certeza que desta relação orientador-aluno emergiu uma boa amizade.

Agradeço também aos meus companheiros de mestrado, que me proporcionaram divertidos momentos juntos e me ajudaram nos momentos de aperto.

Por fim, quero agradecer antecipadamente à minha banca examinadora e àqueles que dispuseram de seus preciosos tempos lendo estes escritos ou conversando sobre eles.

À Gabriella, a quem eu nunca terminarei de agradecer.

Para obedecer a um preceito é necessário compreendê-lo.

Eça de Queirós

RESUMO

PUGLIESE, Yuri Sahione. *A Assistência Mútua em matéria penal e as penas vedadas no direito brasileiro*. 2013. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

A criminalidade transnacional é um dos males da atualidade e tem seu crescimento associado à complexidade dos processos da globalização. Quão mais interligadas estão a economia, cultura e demais comunicações dos Estados, mais vulneráveis estão às ações criminosas. Diante desta constatação a comunidade internacional escolheu o Direito Penal Internacional como um dos instrumentos destinados a fazer frente a este problema contemporâneo. O DPI, como especialização do Direito Penal, atende às exigências da comunidade internacional, por ser constituído pelo binômio criminalização e instituições de repressão e por contemplar dois distintos referenciais, quais sejam o do observador nacional que vê a projeção de seu ordenamento jurídico para fora das fronteiras territoriais e a do observador internacional que vê a projeção das normas internacionais para dentro do território dos Estados. A importância do DPI para o combate ao crime se faz pela pluralidade de espécies de cooperação (administrativa e jurídica) e de formas, que vão desde as mais clássicas como a extradição, a carta rogatória e a homologação da sentença estrangeira às mais modernas como a transferência de presos e a assistência mútua. As formas mais clássicas da cooperação têm se mostrado pouco eficazes e muito burocráticas para alcançar os resultados pretendidos, principalmente pelas barreiras jurídicas impostas pelos Estados. A assistência mútua vai ao encontro das expectativas internacionais, por simplificar a tramitação dos pedidos, em razão da tramitação dos mesmos por Autoridades Centrais e não por vias diplomáticas, por reduzir as barreiras jurídicas, pois há a possibilidade de mitigação do princípio da identidade, a redução dos motivos de recusa e a desnecessidade de submeter ao crivo do Superior Tribunal de Justiça pedidos que notoriamente dispensam juízo de delibação. Embora a assistência mútua traga muitas vantagens para facilitar a persecução penal, o desprendimento às formalidades e às barreiras jurídicas não pode significar desapego às garantias materiais e processuais das pessoas que são os destinatários da ação estatal persecutória, em especial à garantia de não ter contra si aplicadas penas vedadas constitucionalmente (art. 5º, XLVII da CF/88). Neste sentido torna-se necessário reconhecer a existência de uma obrigação de não fazer e não cooperar por parte dos Estados que possa ser invocada para obstar atos de cooperação que possam contribuir para a aplicação das penas vedadas.

Palavras-chave: Direito Penal Internacional. Assistência Mútua Internacional em matéria penal. Penas vedadas. Limites Constitucionais.

ABSTRACT

PUGLIESE, Yuri Sahione. Mutual Legal Assistance in Criminal Matters and the forbidden punishments in Brazilian law. 2013. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

The transnational criminality is one of the major problems of the present time and its growth is associated with the complexity in the processes of globalization. The more interconnect the economy, the culture and other means of communications of the State, more vulnerable they are to criminal actions. In face of this fact, the international community chose the International Criminal Law as one of the instruments developed to face this contemporary problem. The ICL, as a specialization of the Criminal Law, fulfills the demands of the international community because it is constituted by the binomial criminalization and repression institutions, and because it contemplates two different perspectives: that of the national observer who sees the projection of its own legal system to outside the territorial boundaries, and that of the international observer who see the projection of the international norms to the inside of the State territory. The importance of the ICL for the fight against crime is seen in a plurality of kinds of cooperation (administrative and judicial) and of methods which range from the most traditional ones, such as extradition, rogatory letters, recognition of foreign sentences, to the most modern ones, such as transfer of prisoners and mutual assistance. The most traditional methods of cooperation are proving themselves to be minimally efficient and excessively bureaucratic to achieve the expected result, specially due to the juridical barriers imposed by the States. The mutual assistance method, however, meets the international expectation because it simplifies the transaction of requests, since they are done by central authorities and not by diplomatic means, and also because it reduced the juridical barriers. The reduction in the juridical barriers happens because it is possible to mitigate the identity principle, to reduce the reasons for rejection and because it deems unnecessary to submit requests that notoriously bypass the approval of the Brazilian's Superior Court of Justice. Although the mutual assistance brings various advantages in facilitating the criminal persecution, in promoting formality detachment and in diminishing the juridical barriers, it cannot result in a dismissal of material and procedural warranties of those people who are the recipient of the persecutory state action, specially with respect to the warranty that prevents one to have a forbidden punishment applied against oneself (5º art., XLVII of the CF/88). Hence, the recognition of the existence of the obligation to not-do, and, from the side of the State, the existence of the obligation to not-cooperate are necessary, so that they can be invoked to prevent cooperation acts that can contribute to the application of forbidden punishments.

Keywords: International Criminal Law. Mutual Legal Assistance in criminal matter. Forbidden punishment. Constitutional boundaries.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1	Vítimas de Tráfico de Pessoas para fins de Exploração Sexual segundo o Ministério das Relações Exteriores / Divisão de Assistência Consular.....	22
Quadro 2	Prevalência anual e número de usuários de drogas ilícitas em nível global no ano de 2010.....	26
Quadro 3	Pedidos de cooperação jurídica processados pelo DRCI nos anos de 2011 e 2012.....	63
Quadro 4	Tratados Bilaterais.....	69
Quadro 5	Tratados Multilaterais.....	71
Quadro 6	Tratados Bilaterais.....	93
Quadro 7	Tratados Multilaterais.....	93
Quadro 8	Tratados em tramitação no Congresso.....	94
Quadro 9	Tratados Bilaterais.....	118
Quadro 10	Tratado em tramitação no Congresso.....	119
Quadro 11	Tratados Multilaterais.....	119

LISTA DE FIGURAS

Figura 1	Fluxo do tráfico ilegal de pessoas.....	25
Figura 2	Organograma da Cooperação Penal Internacional no Brasil.....	109

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	13
1	A GLOBALIZAÇÃO E A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL.....	16
1.1	As manifestações do crime no âmbito internacional.....	16
1.2	O Direito Penal Internacional.....	29
1.2.1	<u>Um conceito de Direito Penal Internacional que enfrente a complexidade da criminalidade contemporânea.....</u>	32
1.2.2	<u>Apresentação do conteúdo do Direito Penal Internacional segundo o conceito adotado.....</u>	38
1.2.2.1	Extraterritorialidade da Lei Penal brasileira.....	39
1.2.2.2	A imunidade de pessoas internacionalmente protegidas.....	40
1.2.2.3	A cooperação penal internacional em todos os seus níveis.....	43
1.2.2.4	A existência e funcionamento de tribunais penais internacionais ou regionais.....	47
1.2.2.5	Espaços judiciais regionais, sub-regionais e inter-regionais.....	54
1.2.2.6	Qualquer outro problema criminal vinculado ao indivíduo que possa surgir no plano internacional.....	57
1.2.3	<u>A cooperação jurídica internacional em matéria penal como símbolo da luta contra a criminalidade na atualidade.....</u>	58
2	A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL NO DIREITO BRASILEIRO.....	61
2.1	O conceito de cooperação internacional em matéria penal.....	61
2.2	As modalidades de cooperação jurídica penal internacional em matéria penal existentes no ordenamento jurídico do Brasil.....	62
2.2.1	<u>Extradicação.....</u>	63
2.2.1.1	Conceito.....	63
2.2.1.2	O quadro legal vigente no Brasil.....	65
2.2.1.3	Aspectos dogmáticos da extradicação.....	68
2.2.2	<u>A Carta Rogatória em matéria penal.....</u>	70
2.2.2.1	Conceito.....	70
2.2.2.2	O quadro legal vigente no Brasil das cartas rogatórias em matéria penal.....	72

2.2.2.3	Aspectos dogmáticos da carta rogatória em matéria penal.....	72
2.2.3	<u>A Homologação de Sentença Penal Estrangeira.....</u>	77
2.2.3.1	Conceito.....	78
2.2.3.2	O quadro legal vigente no Brasil.....	80
2.2.3.3	Aspectos dogmáticos da homologação das sentenças penais estrangeiras.....	80
2.2.4	<u>A Transferência de Presos condenados.....</u>	86
2.2.4.1	Conceito.....	86
2.2.4.2	O quadro legal vigente no Brasil.....	90
2.2.4.3	Aspectos dogmáticos da transferência de presos.....	92
2.2.5	<u>A Cooperação com o Tribunal Penal Internacional.....</u>	96
2.2.5.1	Conceito.....	96
2.2.5.2	O quadro legal vigente no Brasil	96
2.2.5.3	Aspectos dogmáticos da cooperação com o Tribunal Penal Internacional.....	93
2.3	Outras formas de cooperação internacional em matéria penal ainda não adotadas pelo Brasil.....	100
2.3.1	<u>A Transferência de procedimentos criminais.....</u>	100
2.3.2	<u>A execução de sentença penal estrangeira.....</u>	101
2.3.3	<u>Mandado de Prisão Europeu.....</u>	102
3	A ASSISTÊNCIA MÚTUA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL.....	105
3.1	Conceito.....	105
3.2	Fontes normativas da assistência mútua.....	115
3.3	A Autoridade Central.....	120
3.4	A competência interna para conhecer e processar pedidos de assistência mútua.....	121
3.5	Medidas de assistência mútua.....	122
3.6	Lei aplicável, formalidades, custeio, consultas, terceiros estados, limitações de uso das informações, confidencialidade e denúncia do tratado.....	130
3.7	O princípio da identidade na assistência mútua.....	135
3.8	Os motivos para a recusa em prestar assistência mútua.....	138
3.8.1	<u>Recusa por desconformidade da solicitação ao tratado.....</u>	138

3.8.2	<u>Recusa por ofensa à soberania, segurança ou interesses fundamentais</u>	139
3.8.3	<u>Recusa por incompatibilidade jurídica do pedido cooperação com o ordenamento nacional</u>	139
3.8.4	<u>Recusa por motivos de discriminação</u>	140
3.8.5	<u>Recusa por ofensa aos Direitos Humanos</u>	140
3.8.6	<u>Recusa em relação à investigação de infrações fiscais</u>	141
3.8.7	<u>Recusa por ofensa à proporcionalidade</u>	141
3.8.8	<u>Recusa pela possibilidade de prejudicar investigação ou processo em curso na parte requerida</u>	142
3.8.9	<u>Recusa em razão de delito militar</u>	142
3.8.10	<u>Recusa pela motivação política do delito</u>	143
3.8.11	<u>Recusa quando houver a possibilidade de aplicação da pena de morte</u>	143
3.9	As garantias na assistência mútua	144
4	AS PENAS VEDADAS DO ART. 5º, XLVII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMO LIMITADORES DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL	149
4.1	As penas vedadas do art. 5º, XLVII da Constituição Federal de 1988	149
4.1.1	<u>A pena de morte</u>	150
4.1.2	<u>A pena de caráter perpétuo</u>	158
4.1.3	<u>As penas de trabalhos forçados</u>	161
4.1.4	<u>A pena de banimento</u>	166
4.1.5	<u>As penas cruéis</u>	170
4.2	As penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis como obrigação estatal de não fazer e não cooperar	175
4.3	A obrigação de não cooperar inserida no art. 5º, XLVII da CF/88 como um limitador à assistência mútua internacional em matéria penal	196
	CONCLUSÃO	200
	REFERÊNCIAS	205

INTRODUÇÃO

A percepção de que a vida nas sociedades altamente globalizadas trouxe benefícios de toda a ordem não veio acompanhada da noção de que o crime se infiltraria dentro dos processos globais.

Quando ouvimos brados de que no mundo não existem mais fronteiras, que a comunicação sobre o globo terrestre é instantânea, quando acordamos, lemos o jornal e nos preocupamos que a bolsa Hong Kong fechou em baixa, ignoramos que por trás de todo este emaranhado de relações sociais estão atuando indivíduos e grupos organizados, que praticam toda a sorte de delitos contra um número indistinto de vítimas.

Justamente para evitar a propagação e reprimir práticas criminosas por meio destas relações globais é que os Estados se reuniram para empreender medidas de combate ao crime transnacional.

Isto não quer dizer que o fenômeno da delinquência transnacional remete a um passado recente. Longe disto, o crime transnacional sempre fez parte da história das civilizações, mas nunca representou uma ameaça em proporções globais.

A hipercomplexidade das relações globais em todos os seus aspectos (cultural, econômico, financeiro, comunicativo, entre tantos) torna difícil isolar partes comprometidas com atividades ilícitas, causando rapidamente danos a todo o sistema.

Cientes da necessidade de conjugar esforços para o combate ao crime transnacional, os Estados se depararam com sérias dificuldades jurídicas, que praticamente emperraram a engrenagem da investigação e persecução penal.

No primeiro capítulo deste trabalho será apresentado como se comporta no mundo o fenômeno do crime transnacional, a partir da apresentação de algumas das modalidades mais conhecidas e vistas.

Reconhecidos os problemas decorrentes da prática criminosa transnacional, é observado que o Direito Penal Internacional (DPI) é escolhido pela comunidade internacional como uma das respostas a este fenômeno.

A escolha do DPI como uma das soluções não é feita ao acaso. De difícil delimitação, o DPI praticamente se ocupa de todas modalidades de combate ao crime, fundando-se no binômio criminalização e instituições de repressão.

Por outro lado, a pluralidade de ordenamentos jurídicos culturalmente diferentes e a lentidão dos processos de comunicação jurídica entre os Estados tornava praticamente inalterado o quadro de impunidade, não trazendo resultados satisfatórios.

Portanto, os Estados e as organizações internacionais que estes participam desenvolveram modernas formas de cooperação internacional em matéria penal que prestam a dar maior uniformidade no tratamento penal dos crimes e dos criminosos.

Essas novas formas de cooperação, a transferência de presos e, principalmente, a assistência mútua foram acompanhadas da releitura de outras formas de cooperação como a carta rogatória e a homologação de sentença estrangeira pelos Tribunais, que reinterpretaram os conceitos de soberania, ordem pública e bons costumes para permitir maior aceitação por parte do país das decisões e pedidos proferidos por autoridades judiciárias estrangeiras.

No segundo capítulo são apresentadas as modalidades de cooperação jurídica que são admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, o quadro legislativo que as suportam e os principais aspectos dogmáticos.

Padronizar ordenamentos jurídicos, simplificar formalidades e abreviar procedimentos parece ser a chave para o sucesso no combate ao crime transnacional. Neste contexto de simplificação e velocidade é que se destaca a assistência mútua.

Com todos os predicados para se colocar como substituta da carta rogatória, a assistência mútua atende aos quesitos da velocidade, por dispensar demoradas e burocráticas tramitações diplomáticas, bem como permite a realização de certos atos com a dispensa de controle prévio por partes das autoridades judiciárias do país requerido.

O terceiro capítulo tratará da assistência mútua, onde serão enfrentados problemas pertinentes à delimitação de seu objeto, suas características principais, suas modalidades, além da visão que o instituto tem por parte dos Tribunais brasileiros.

As vantagens percebidas com a assistência mútua trazem, por outro lado, severas preocupações quanto à possibilidade de retrocesso no sistema de garantias penais e processuais.

A falta de controle prévio no atendimento de pedidos feito por autoridades estrangeiras traz o risco de se permitir que o Brasil coopere com países que irão, ao final dos seus processos penais, aplicar penas que são vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro (art. 5º, XLVII da CF/88).

Por este motivo, fechando o trabalho, o quarto capítulo apresentará os fundamentos para o reconhecimento de uma obrigação de não fazer e não cooperar por parte do Estado brasileiro, no que concerne à impossibilidade do Estado, incluso seus Três Poderes, de estabelecer atos de cooperação com países que irão aplicar penas vedadas pela Constituição Federal brasileira.

Tal obrigação é decorrente do texto constitucional, dos tratados de direitos humanos dos quais o país é signatário, da prática internacional e funciona como limitador da ação estatal, mesmo naqueles casos em que poderiam considerar como dispensável o controle prévio dos atos de cooperação, em especial os atos de assistência mútua.

1 A GLOBALIZAÇÃO E A INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL

1.1 As manifestações do crime no âmbito internacional

A globalização, como fenômeno que “sugere uma magnitude ou intensidade crescente de fluxos globais, de tal monta que Estados e sociedades ficam cada vez mais enredados em sistemas mundiais e redes de interação”¹, trouxe para sociedade contemporânea novos horizontes, permitindo encurtamento de distâncias territoriais, maior integração cultural, econômica e social.

Como processo econômico, a globalização pode ser bem situada a partir da década de 80, quando se observaram novas formas de organização econômica da sociedade capitalista, com a transnacionalização dos mercados e a mobilidade quase ilimitada alcançada pela circulação dos capitais².

Partindo de uma visão mais pessimista do processo de globalização, Anabela Miranda³ entende que esta criou, de fato, uma “nova desordem mundial”, em que “ilhas de ordem emergem de um magma desorganizado”⁴. Afora as metáforas, a professora da Universidade de Coimbra identifica que o processo de globalização criou dois ambientes distintos: um de riqueza e estabilidade político-social, onde regras rígidas se fazem presentes; outro de pobreza e instabilidade político-social, que “servem ao mesmo tempo de válvula de escape à rigidez das regras nacionais e de reguladores das relações entre as economias destes países e a sua criminalidade interna e externa”.

Reconhecendo este cenário de fluxos internacionais de capitais em busca de atraentes remunerações, Pereira Neto aponta a multiplicação dos paraísos fiscais⁵ como fator de

¹ HELD, David; MACGREW, Anthony. *Prós e contras da globalização*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 12.

² BICUDO, Tatiana Viggiani. A globalização e as transformações no Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 87, jul./set., 1998.

³ RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, Democracia e Crime. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier-Latin, 2006. p. 280.

⁴ Para o sociólogo português Boaventura de Souza Santos, o fenômeno de globalização não atinge todos os países de forma igual, criando uma diferenciação entre os mesmos classificada por ele como países centrais, periféricos e semiperiféricos. BICUDO, Tatiana Viggiani, *op. cit.*, p. 98.

⁵ Rigorosamente o chamado ‘paraíso fiscal’ não é apenas a localidade que apresenta uma situação favorável do ponto de vista fiscal e tributário (alíquotas zero ou de percentual baixo), mas aquele que coloca à disposição de sua clientela outros produtos, entre os quais a constituição de pessoas jurídicas literalmente anônimas; contas bancárias numeradas ou cifradas, que se encontram inscritas no nome das pessoas jurídicas; e por fim a figura jurídica do *trust* ou fideicomisso, ou seja, a constituição de um fundo através do qual se podem materializar inversões e desinversões transnacionais, com as mesmas garantias de anonimato que regem os produtos

incremento à burla da fiscalização da origem e aplicação do capital internacional. Há notícias de que os paraísos fiscais estariam ainda mais inclinados a dificultar tal controle, na medida em que se tem conhecimento de projeto de lei das Ilhas Seychelles⁶, que prevê a concessão de cidadania, residência e imunidade contra extradições, pedidos rogatórios de bloqueio de bens a qualquer investimento superior a US\$ 10.000.000,00 (dez milhões de dólares americanos).

Os favores que o sistema financeiro mundial concede ao capital⁷, a exemplo do baixo controle regulatório oferecido pelos paraísos fiscais, e o forte movimento de concentração e volatilidade causam impactos relevantes nas economias nacionais, a ponto de obrigar o Estado a intervir para tentar minimamente manter seu controle.

Por mais que haja esforço regulatório e fiscalizatório, o trabalho das autoridades quase nunca é suficiente para impedir a utilização de burlas, estratégias e operações a permitir o livre trânsito do capital, o não pagamento de tributos e o aumento desmedido do risco sistêmico, na busca de maximizar o retorno financeiro do investimento.

Neste vai e vem, além do capital lícito empregado na prática de ilícitos econômicos, o capital sujo, fruto de outros delitos, a ele se mistura dando ensejo à prática de lavagem de dinheiro. Os crimes econômicos e os paraísos fiscais são apenas meios para aqueles que internacionalizam a delinquência econômica. Por esse motivo, organismos internacionais como o GAFI/FATF (Grupo de Ação Financeira Internacional/Financial Action Task Force) têm observado de perto algumas das modalidades criminosas que mais têm avançado no plano transnacional como a lavagem de dinheiro de produtos de crimes, a exemplo da corrupção⁸.

A corrupção, como prática, segundo estudos realizados pelo GAFI⁹, causa efeitos significativos no aumento da pobreza, doenças, instabilidade política e também pode causar

anteriores. PEREIRA NETO, Pedro Barbosa. Cooperação penal internacional nos delitos econômicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 54, p. 155, maio/jun. 2005.

⁶ Idem, p. 155.

⁷ Silva Franco observa que os movimentos de concentração e volatilização dos capitais no mercado impõem aos Estados a perda da autonomia de regular suas próprias economias, além de gerar efeitos como aumento das taxas de desemprego e da especulação de capital. SILVA FRANCO, Alberto. Globalização e criminalidade dos poderosos. In: PODVAL, Roberto (org.). *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 248.

⁸ Segundo o GAFI, uma situação de corrupção surge quando alguns dos elementos a seguir estão presentes: a) um agente (funcionário público, político, gerente ou empregado) tem poder ou influência no exercício de uma função pública ou privada, tarefa ou responsabilidade a serviço de uma empresa, escritório ou instituição pública; b) por conseguinte, o agente está habilitado a tomar certas decisões em regime de exclusividade; c) o agente tem certos deveres associados com sua posição ou função pública, empresa ou instituição; d) ele exerce de forma incorreta este poder ou influência, ou tenta fazê-lo; e) como consequência, se observa um benefício particular para o agente que realizou o ato corrupto, ou para outra pessoa, empresa, organização, partido político, etc. FINANCIAL Action Task Force. Groupé d' action financière. *Laundering the Proceeds of Corruption*. Paris: FATEF/OECD, jul. 2011. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Laundering%20the%20Proceeds%20of%20Corruption.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2012. p. 7.

⁹ FINANCIAL Action Task Force. Groupé d' action financière, *op. cit.*, p. 9-10.

efeitos sobre a economia. A corrupção prejudica o desempenho econômico, pois reduz o investimento privado; afeta negativamente a quantidade e a qualidade da infraestrutura pública; reduz a receita fiscal; resulta em menor e menos eficiente sistema financeiro; e reduz a formação de capital humano¹⁰.

Adicionalmente, o GAFI constatou que a corrupção é muitas vezes associada à fuga de capitais. Estimativas recentes de fluxos financeiros ilícitos apontam que foram retirados dos países mais pobres entre US\$ 1,26 trilhões e US\$ 1,44 trilhões. Estes números colocam a corrupção em lugar de destaque nos fluxos financeiros ilícitos¹¹.

Acima de tudo, a corrupção está se tornando um fenômeno de âmbito internacional em todos os seus aspectos. Formas de corrupção são imitadas e transferidas de um país para outro. Na medida em que o comportamento corrupto é ilegal, os produtos da corrupção são muitas vezes transferidos para o exterior, levando a disputas internacionais envolvendo bancos em diferentes países, agências internacionais, governos, organizações não governamentais e empresas transnacionais, que são naturalmente preocupadas com aspectos globais da corrupção por influenciarem a criação de condições injustas de comércio¹².

A globalização e o crime não se relacionam apenas aos crimes vinculados ao fluxo de capitais, à regulação da atividade econômica ou aos problemas de governança dos Estados. É também, por demais atual e preocupante, a atividade criminosa relacionada ao tráfico internacional de pessoas¹³, quer para fins de exploração sexual, de trabalho escravo, de remoção de órgãos ou de tráfico de migrantes.

¹⁰ Além desses efeitos de ineficiência econômica, o estudo do GAFI indica que a corrupção também atinge os mais pobres desproporcionalmente. Países com altos níveis de corrupção possuem taxas mais baixas de alfabetização, altas taxas de mortalidade, e em geral têm piores indicadores de desenvolvimento humano. FINANCIAL Action Task Force. Groupé d' action financière, *op. cit.*, p. 11.

¹¹ Ao estudar casos concretos de corrupção oriundos de investigações realizadas por tribunais locais e internacionais, o GAFI ressaltou o exemplo da relação entre corrupção e migração de capitais ocorrido de um certo país do Oeste africano, cuja renda *per capita* é considerada uma das mais altas do mundo, mas que tem 77% da população vivendo em estado de pobreza. Uma pessoa relacionada com o Poder Público, em 2 dias, no ano de 2004, fez pagamentos de US\$ 80.000 para a Gucci e US\$ 51.000 para a Dolce & Gabbana, e em 2003, após uma maratona de compras em Paris, esta pessoa comprou 30 ternos de grife. Situação similar foi constatada em relação ao ex-presidente da Zâmbia, Titus Chiluba que, efetuou pagamentos para um único alfaiate no valor equivalente a cinco vezes o salário recebido para ocupar os dez anos de mandato, ou seja, de US\$ 1.000,00. FINANCIAL Action Task Force. Groupé d' action financière, *op. cit.*, p. 11.

¹² ARGANDOÑA, Antonio. The United Nations Convention against Corruption and Its Impact on International Companies. *Journal of Business Ethics*, New York, v. 74, n. 4, p. 482, set. 2007.

¹³ Segundo o art. 3, a do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças (Decreto nº 5.017, de 12 março de 2004), a expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição

Mulheres, crianças e adolescentes são cooptadas e deslocadas, mediante falsas promessas de trabalho como garçoneiro, manicure, empregada doméstica, entre outras para em países com maior nível de prosperidade em comparação aos seus lugares de origem. Chegando aos destinos, descobrem que foram enganados e passam a ser submetidos à prostituição forçada em boates e casas noturnas.

Além da submissão à exploração sexual, as vítimas são cobradas por despesas com passagem, alimentação, moradia, roupas e artigos de higiene. Além disso, não recebem assistência à saúde e, geralmente, são incentivadas ao consumo ou venda de drogas, sendo obrigadas a viver na clandestinidade, com seus passaportes retidos, sem possibilidade de fuga. Muitas vezes vivem em cárcere e são obrigadas a se submeter a exames periódicos, inclusive a testes compulsórios para a detecção do vírus HIV, a cujos resultados não têm acesso, apesar de serem obrigadas a pagar pelos exames. Todas essas imposições, altamente custosas, criam débitos permanentes com seus exploradores, pois o preço a pagar por tais itens está muito acima das possibilidades econômicas das vítimas¹⁴.

Recentemente, o Brasil passou a mapear ocorrências de tráfico de pessoas, na modalidade relacionada à exploração sexual, e, não surpreendentemente, vem-se observando um aumento de casos. O quadro abaixo traz dados estatísticos oficiais elaborados pelo Ministério da Justiça brasileiro:

Quadro 1 Vítimas de Tráfico de Pessoas para fins de Exploração Sexual segundo o Ministério das Relações Exteriores / Divisão de Assistência Consular

Ano	Forma de Exploração			Total geral
	Vítima de exploração	Vítima de trabalho escravo	Forma de exploração ignorada	
2005	16	1	0	16
2006	55	0	0	55
2007	38	0	0	38
2008	50	0	0	50

de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos.

¹⁴ BRASIL.Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. *Relatório Final de Execução do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas*. 1. ed. Brasília: 2010, p. 23.

Ano	Forma de Exploração			Total geral
	Vítima de exploração	Vítima de trabalho escravo	Forma de exploração ignorada	
2009	86	2	0	88
2010	88	130	0	218
2011	4	2	3	9
Total por tipo de exploração	337	135	3	475

Fonte: BRASIL (2012)¹⁵

Outra finalidade constatada na atividade do tráfico internacional de pessoas é o trabalho escravo. Segundo o Ministério da Justiça¹⁶, o principal aspecto do cenário mundial que está relacionado à difusão dessa modalidade criminosa são os efeitos perversos de alguns dos elementos estruturais da globalização, dentre eles, a terceirização desregrada de partes do processo produtivo, a perda de valor do trabalho e a ampla circulação de produtos entre países.

Todos esses fatores trouxeram como consequência a “precarização” das relações de trabalho, pois os postos de trabalho, diante da abundância de mão de obra disponível, passam a exigir, a cada dia, novas qualificações, competências e aperfeiçoamentos, que resultam na “elitização” de determinadas atividades. Ao mesmo tempo, os serviços, para os quais não se requerem estudos ou conhecimentos técnicos, são cada vez mais raros e mal remunerados, o que leva ao crescimento de mão de obra desocupada, que, por sua vez, vem fomentar a propagação do trabalho escravo mormente no seguimento mais humilde das populações¹⁷.

Uma terceira modalidade de tráfico de pessoas identificada pelas autoridades é aquela associada ao tráfico de pessoas para remoção de órgãos. Segundo estudo do MJ¹⁸, o tráfico de

¹⁵ BRASIL.Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 10 dez. 2012.

¹⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. *Relatório Final de Execução do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas*. 1. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2010. p. 24.

¹⁷ CHUANG, Janie. *Beyond a Snapshot: Preventing Human Trafficking in the Global Economy*. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Indiana, v. 13, n. 1, p.139-140, inverno 2006.

¹⁸ O maior caso de tráfico de pessoas para fins de remoção de órgãos do Brasil originou a chamada “Operação Bisturi”, ocorrida em dezembro de 2003, no Recife. Moradores da periferia do Recife eram transportados até um dos maiores pólos médicos do mundo, em Durban, na África do Sul para terem seus rins extraídos e recebiam até US\$ 10 mil por cada rim extraído A Polícia Federal prendeu 11 pessoas, sendo dois israelenses. BRASIL.Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. *Relatório Final de Execução do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas*. 1. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2010. p. 25

peças com a finalidade de remoção de órgãos¹⁹ é modalidade complexa do crime, por envolver profissionais qualificados e instituições de saúde de considerável aparato tecnológico.

Há ainda outra modalidade de tráfico de pessoas, de caráter menos grave do que as acima analisadas, mas expressiva do ponto de vista quantitativo de ocorrências - o tráfico ilegal de migrantes²⁰. Dentre as práticas mais conhecidas associadas ao tráfico de migrantes encontra-se a elaboração e o fornecimento de documentos de viagem ou de identidades fraudulentas com a finalidade de permitir a entrada de uma pessoa que não seja nacional de determinado país, ou viabilizar, de qualquer forma, a permanência clandestina ou residência permanente desta pessoa no referido país.

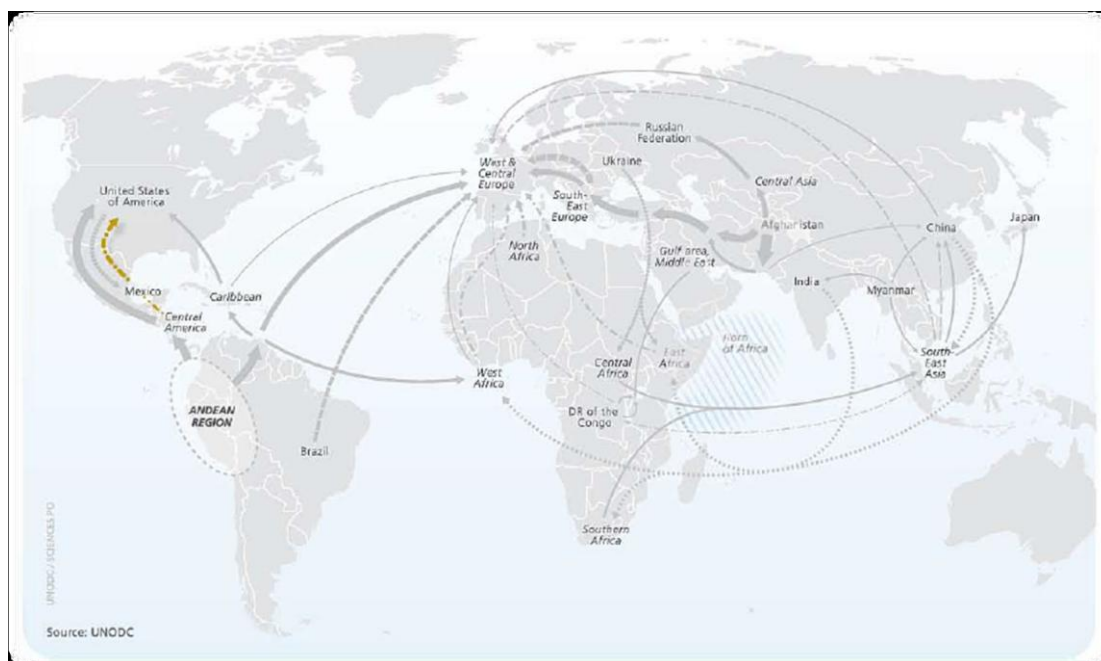
Tendo como maioria homens jovens, o fluxo do tráfico de migrantes, apenas pela fronteira sul dos Estados Unidos, segundo dados da UNODC²¹ chega a 3 (três) milhões de pessoas por ano, gerando uma receita de US\$ 6,6 bilhões por ano a traficantes mexicanos. No gráfico abaixo, a UNODC aponta o Brasil como um dos países onde mais se originam vítimas do tráfico de migrantes.

Figura 1 Fluxo do tráfico ilegal de pessoas

¹⁹ Durante a elaboração da minuta do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças diversos países participantes manifestaram suas opiniões no sentido de que outras formas de exploração deveriam ser incluídas. Esta vontade é que fez com que o escopo fosse aumentado para incluir, por exemplo, o tráfico de pessoas com a finalidade de extrair órgãos ou tecidos humanos (OBOKATA, Tom. *Trafficking of Human Beings as a Crime against Humanity: Some Implications for the International Legal System. The International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, v. 54, n. 2, p. 447, abr. 2005.

²⁰ Segundo o art.3, a, do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo ao Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea, o tráfico de migrantes deve ser entendido como a promoção, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, um benefício financeiro ou outro benefício material, da entrada ilegal de uma pessoa num Estado Parte do qual essa pessoa não seja nacional ou residente permanente.

²¹ MAZZITELLI, Antonio; PÉREZ, Carlos Andrés. *El Tráfico Ilícito de Migrantes: la perspectiva y labor de UNODC*. Viena: United Nations Publications, 2011. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/southerncone/noticias/2011/09-setembro/UNODC_Trafico_Illicito_de_Migrantes.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2013.



Fonte: UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, 2010²²

O tráfico ilegal, contudo, não se ocupa apenas de pessoas. Drogas, armas, animais silvestres, dentre outros, também são o foco de traficantes internacionais. O comércio ilegal de drogas no mundo tem *status* de mercado internacional, com fornecedores estrangeiros²³, consumidores locais²⁴, pesquisa de tendências de consumo. O quadro abaixo aponta dados estatísticos produzidos pela UNODC sobre o consumo de drogas ilícitas no mundo.

Quadro 2 Prevalência anual e número de usuários de drogas ilícitas em nível global no ano de 2010

²² UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *The globalization of crime a transnational organized crime threat assessment*. Viena: United Nations Publications, 2010. p. 2. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/southerncone/noticias/2010/06/TOCTA_Report_2010_low_res.pdf>, Acesso em: 14 fev. 2013.

²³ A UNODC realizou diversos relatórios alertando sobre a produção de drogas em países como Colômbia, Afeganistão, Peru, Bolívia, Sudeste da Ásia, que são os grandes cultivadores de plantas utilizadas para a elaboração de drogas, tais como maconha e coca. Sobre os relatórios, ver <<https://www.unodc.org/southerncone/pt/drogas/publicacoes.html>>.

²⁴ No Brasil, com exceção de álcool e tabaco, as drogas com maior uso em 2001 foram a maconha (6,9%), solventes (5,8%), orexígenos (4,3%), benzodiazepínicos (3,3%) e cocaína (2,3%). Em 2005, foram a maconha (8,8%), solventes (6,1%), benzodiazepínicos (5,6%), orexígenos (4,1%) e estimulantes (3,2%). De 2001 para 2005, houve aumento nas estimativas de uso na vida de álcool, tabaco, maconha, solventes, benzodiazepínicos, cocaína, estimulantes, barbitúricos, esteróides, alucinógenos e crack e diminuição nas de orexígenos, xaropes, opiáceos e anticolinérgicos. Essa diferença foi estatisticamente significativa somente para os estimulantes. Um dos aspectos dessa última informação é que ela se refere ao consumo indevido de medicamentos para emagrecer, mais frequente entre as mulheres. DUARTE, Paulina do Carmo Arruda Vieira; STEMPLIUK, Vladimir de Andrade; BARROSO, Lúcia Pereira (orgs.). *Relatório brasileiro sobre drogas*. Brasília: Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. 2009. p. 21.

Prevalência anual e número de usuários de drogas ilícitas em nível global no ano de 2010				
	Prevalência (%)		Nº de usuários em milhares	
Tipo de droga	Mínima	Máxima	Mínimo	Máximo
Cannabis	2.6	5.0	119.420	224.490
Opióides	0.6	0.8	26.380	36.120
Opiáceos	0.3	0.5	12.980	20.990
Cocaína	0.3	0.4	13.200	19.510
Anfetamina tipo estimulantes	0.3	1.2	14.340	52.540
Ecstasy	0.2	0.6	10.480	28.120
Outra droga ilícita	3.4	6.6	153.000	300.000

Fonte: UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, 2010²⁵

Trata-se de um mercado ilegal que movimenta US\$ 400 bilhões no mundo, por ano, e US\$ 10 bilhões no Brasil, no mesmo período, segundo dados da ONU²⁶. As consequências do consumo irrestrito de drogas ilícitas para as populações dos países são as mais diversas. O OBID²⁷ catalogou os impactos que o consumo de drogas traz para o sistema de saúde brasileiro e destacou como os mais relevantes: transmissão de AIDS entre usuários de drogas injetáveis; ocorrências de infecção por hepatites virais decorrentes do uso de drogas; aumento de internações decorrentes do uso de drogas no Sistema Único de Saúde; aumento da mortalidade diretamente associada ao uso de drogas e aumento de casos de afastamentos e aposentadorias em decorrência do consumo de substâncias psicoativas.

O Brasil, em relação ao mercado ilícito de drogas, desempenha um importante papel como produtor e, ainda, rota do tráfico. Como produtor, o destaque é para o cultivo de *cannabis*²⁸, em especial na região Nordeste que, segundo dados da revista *Veja*²⁹, disputa com o Paraguai o posto de o maior produtor de maconha da América do Sul. Como rota do tráfico, o Brasil, por sua extensão territorial, fica à mercê de traficantes de drogas venezuelanos,

²⁵ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *World Drug Report 2012*. Viena: United Nations Publication, 2012. p.1.

²⁶ SECCO, Alexandre. O poder dos barões do tráfico. *Veja*, São Paulo, 08 dez. 1999. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/idade/educacao/pesquisa/drogas/1627.html>>. Acesso em: 26 jan. 2013.

²⁷ DUARTE, Paulina do Carmo Arruda Vieira; STEMPLIUK, Vladimir de Andrade; BARROSO, Lúcia Pereira (orgs.). *Relatório brasileiro sobre drogas*. Brasília: Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas, 2009. p. 111-238.

²⁸ Ver UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *op. cit.* p.44.

²⁹ BERNARDES, Ernesto. A verdadeira economia clandestina. *Veja*, São Paulo, v.29, n.41, p. 64, 9 out. 1996.

peruanos, colombianos e bolivianos que são produtores de drogas em seus países³⁰, além de traficantes brasileiros que passaram a operar rotas de entrada e saída de drogas do país³¹.

Em termos continentais, a maioria dos países da América do Norte e América do Sul tem registrado elevação em apreensões de *cannabis* nos últimos anos (2009 e 2010). Na Colômbia, por exemplo, as apreensões passaram de 209 toneladas em 2009 para 255 toneladas em 2010. No Brasil, as apreensões em 2010 foram de 155 toneladas, enquanto que no Paraguai, as apreensões chegaram a 84 toneladas em 2009. Apreensões na Venezuela passaram de 33 toneladas em 2009 para 39 toneladas em 2010; já na Bolívia, foram erradicadas 1.069 toneladas de planta de *cannabis* em 2010, sendo o referido montante oito vezes maior do que a quantidade erradicada em 2006³².

Lamentavelmente, as apreensões de maconha e de outras drogas “tradicionais”, como a cocaína ou novas drogas sintéticas ainda são insuficientes em comparação à produção internacional e à crescente demanda consumidora por parte da população.

Não menos relevante que o tráfico ilícito de drogas, o tráfico ilícito de armas assume a posição de terceira atividade ilícita mais lucrativa do mundo, somente atrás do tráfico de drogas e do de seres humanos, movimentando cerca de US\$ 50 bilhões por ano³³. No Brasil, o assunto já foi objeto de Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada pela Câmara dos Deputados, no ano de 2006, tendo investigado as organizações criminosas do tráfico de armas e o perfil da participação do país nas rotas internacionais e no consumo de armamento clandestino.

A CPI³⁴ apurou com base em informações prestadas pela Polícia Federal que apenas na fronteira norte do país existe três diferentes rotas do comércio ilegal de armas. A primeira rota começa em Roterdã, na Holanda vai ao Suriname e, passando por território brasileiro, segue para a Colômbia. A segunda rota inicia-se no Panamá, passa por dentro do território

³⁰ Para uma noção mais específica sobre a relação entre o tipo de droga e o país produtor, ver UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *op. cit.*, p. 27 e SS.

³¹ A revista Veja também cita os casos de Elvis Moreira, preso enquanto organizava a remessa de duas (2) toneladas de cocaína para o exterior e Leonardo Dias que, segundo a polícia, tinha 24 aeronaves a seu serviço no tráfico de pó e conclui a reportagem apontando a vocação dos traficantes brasileiros no transporte da droga, muito embora se reconheça que o tráfico vem estabelecendo estruturas de físicas no país como a montagem de laboratórios para preparo e refino de drogas. SECCO, Alexandre, *op. cit.*

³² UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. *op. cit.*, p.49.

³³ AQUINO, Wilson. *Os senhores das armas. Isto É*, São Paulo, n. 2143, 03 dez. 2010. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/113928_OS+SENHORES+DAS+ARMAS>. Acesso em: 14 fev. 2013.

³⁴ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar as organizações criminosas do tráfico de armas*. Relator Deputado Paulo Pimenta. Brasília: a Câmara, nov. 2006. p. 56. Disponível em: <http://www.comunidadessegura.org/files/active/0/relatorio_final_CPI_armas.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2013.

brasileiro e vai ao Paraguai, tendo como destino final a Colômbia. A terceira rota tem início na China, atravessa o território brasileiro com destino à Colômbia.

Quanto ao consumo de armas vindo de fora do país por criminosos brasileiros, apurou a CPI³⁵ que a Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro descobriu a compra de submetralhadoras argentinas 9FMK3-FMAP que teriam, possivelmente, na ponta de venda, o ex-presidente Carlos Menem e seu ministro Domingos Cavallo, sendo estimada a transação em US\$ 100 milhões. A Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro identificou também que as armas estrangeiras apreendidas pela instituição são oriundas dos Estados Unidos (Flórida, Ohio, Maryland), da Argentina (Buenos Aires), da Bolívia, do Uruguai e das Filipinas, na seguinte proporção Argentina (9%), Estados Unidos (15%), Bolívia (4%), Filipinas (2%) e Uruguai (2%).

A relevância do tráfico de armas para a economia do crime chegou a virar tema de um famoso filme, *O senhor das armas* (2005), estrelado pelo ator norte americano Nicholas Cage, que contava a história de um dos maiores traficantes de armas do mundo, o russo Viktor Bout, responsável pelo abastecimento de rebeldes, milicianos e organizações do narcotráfico com todo o tipo de armas pesadas. Viktor foi preso em 2008, na Tailândia, extraditado para os Estados Unidos e condenado à pena perpétua.

Outra modalidade de tráfico internacional que aparentemente é insignificante, mas que movimentava cifras surpreendentes é o tráfico de animais silvestres e de biodiversidade. Para o Brasil, este tipo de conduta representa um sério problema, na medida em que o país é detentor da mais rica biodiversidade do planeta.

No ano de 2003, a Câmara dos Deputados criou uma CPI³⁶ para apurar a ocorrência do tráfico de animais silvestres; a exploração e comércio ilegal de madeira; e a biopirataria. Em relação ao tráfico de animais, a Comissão de Inquérito apurou a existência de quatro modalidades básicas: o tráfico famélico; o tráfico sob encomenda realizado em feiras e depósitos; o tráfico de animais raros para colecionadores de grande poder aquisitivo; e o tráfico de ovos, além de ter identificado ser aeroporto da cidade do Rio de Janeiro a principal porta de saída irregular de animais silvestre do país.

³⁵ *op.cit.*, p. 79.

³⁶ BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a "investigar o tráfico ilegal de animais e plantas silvestres da fauna e da flora brasileiras"*. Relator Deputado Sarney Filho. Brasília: a Câmara, jan. 2003. Disponível em: <<http://www.sarneyfilho.com.br/site/index.php/pronunciamentos/palestras/item/45011-cpitraf-tr%C3%A1fico-de-animais-e-plantas-silvestres?tmpl=component&print=1>>. Acesso em: 14 fev. 2013.

Em números³⁷, o tráfico de animais silvestres, de madeira e de biodiversidade podem ser apresentados da seguinte maneira: (i) o tráfico de peixes ornamentais da Amazônia brasileira para a Colômbia, somente no ano de 2002, rendeu quatro milhões de dólares de divisas internacionais para aquele país, enquanto o Brasil exportou, no mesmo período, apenas 300 mil dólares; (ii) no que se refere aos recursos florestais, estima-se que 2,5 mil empresas atuem na Amazônia, e gerem 600 mil empregos diretos e indiretos e faturamento de US\$ 2 bilhões por ano, sendo que 75% da produção total de madeira está concentrada nos estados do Pará, Mato Grosso e Rondônia, e que aproximadamente 30% da extração madeireira é irregular; (iii) o tráfico ilegal de animais da fauna brasileira revela números contabilizados pelo mercado informal. No mercado internacional, uma arara-azul-de-lear vale US\$ 60 mil, um mico-leão-dourado é vendido por US\$ 20 mil e uma jaguatirica por US\$ 10 mil; (iv) A biopirataria de animais para fins de pesquisa científica revela, também, que uma jararaca-ilhoa vale US\$ 20 mil no mercado internacional, enquanto uma surucucu-pico-de-jaca vale em torno de US\$ 5 mil dólares e haveria ainda besouros cotados em até US\$ 8 mil; (v) um grama de veneno extraído da aranha-marrom vale US\$ 24 mil; (vi) o tráfico de animais silvestres no Brasil movimenta em torno de um US\$ 1 bilhão por ano. Sabe-se ainda que 90% do comércio de animais silvestres no Brasil é ilegal e que apenas 10% dos animais que são capturados resistem às condições de trato e de transporte.

O comércio ilegal não se dá apenas por meio físico. O aumento do fluxo de comunicações por meio virtual fez surgir novas práticas criminosas neste ambiente como a violação de direitos do autor (pirataria), fraudes e outros crimes patrimoniais.

Essa modalidade de pirataria que se consubstancia como a violação de direitos autorais e de propriedade industrial, representa mecanismo de concorrência desleal³⁸ e causa relevantes perdas econômicas para as indústrias e para o governo. A Confederação Nacional das Indústrias³⁹ reportou que só a indústria de *software* deixou de faturar cerca de US\$ 1,36 bilhões, no ano de 2002, enquanto o presidente da Associação Brasileira de Propriedade

³⁷ Levantamento feito por José Mota, Diretor-Adjunto da Diretoria de Estudos Regionais e Urbanos do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea). MOTA, José Aroudo. A riqueza dos corredores ecológicos. *Revista de Informações e debates do IPEA*, Brasília, n. 9, 1 abr. 2005. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=746:catid=28&Itemid=23>. Acesso em: 14 fev.2013.

³⁸ Segundo a Nota Técnica nº 05, de 25 maio 2004 da Federação das Indústrias do Estado do Rio de Janeiro. FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Nota técnica n. 5*. Rio de Janeiro: Assessoria de Pesquisas Econômicas, 2004.

³⁹ CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS INDÚSTRIAS (Brasil). *Pirataria de software no Brasil*. Disponível em: <http://www.tirio.org.br/media/Relatorio_sobre_Pirataria_CNI-ABES.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2013.

Intelectual, Gustavo Leonardos⁴⁰, reconheceu que, só no Brasil, a pirataria deixa sem trabalho 1,5 milhão de pessoas e provoca perdas fiscais de R\$30 bilhões anuais.

Fora do Brasil, a comunidade internacional assiste à guerra judicial que foi travada em torno de Kim Dotcom, dono do site de compartilhamento de arquivos pela *internet* Megaupload (<http://mega.co.nz>). Os Estados Unidos o acusa de ter feito fortuna com violação de direitos de autor, extorsão e lavagem de dinheiro⁴¹ e requereu sua extradição para o governo da Nova Zelândia. A batalha jurídica é seguida por constantes mudanças no mundo cibernético, pois considerando que Dotcom não demonstrou estar disposto a fechar o serviço, os servidores de hospedagem do *site* mudam para países que possuem uma legislação de direitos autorais mais flexível.

A facilidade em operar grandes sistemas e redes de qualquer parte do planeta tem sido um grande facilitador para a prática de crimes comuns como fraude, crimes contra a honra e crimes patrimoniais por meio da *internet*.

No mundo, o número de vítimas diárias é de 1 milhão aproximadamente. O prejuízo anual é US\$ 388 bilhões. No Brasil, o prejuízo chega a US\$ 60 bilhões. Em 2010, mais de 80% dos usuários adultos de *internet* no Brasil foram vítimas de crimes cibernéticos, como invasão de perfis em redes sociais, *phishing*, vírus e outros *malwares*. No total, cerca de 77 mil brasileiros sofrem golpes online por dia⁴².

Prevenir e combater todas essas manifestações do crime no âmbito internacional tem sido uma tarefa cada vez mais árdua para os Estados, na medida em que os criminosos passaram a constituir organizações para melhor estruturar e gerir suas atividades ilícitas. A criminalidade organizada internacional⁴³ estrutura-se na forma de “redes difundidas internacionalmente, trabalhando em larga escala, com motivação essencialmente econômica, e

⁴⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. *Quando o barato sai caro: o Brasil contra a Pirataria*. 1. ed. Brasília: Ministério da Justiça, Conselho Nacional de Combate à Pirataria e Delitos contra a Propriedade Intelectual, 2005. p. 82.

⁴¹ Conforme aviso postado pelo *Federal Bureau of Investigation* (FBI) no antigo domínio do *site* MEGAUPLOAD. MEGAUPLOAD. Disponível em: <<http://www.megaupload.com/banner.jpqm>>. Acesso em 14 fev. 2013.

⁴² IKEDA, Ana. *Crimes cibernéticos atingem diariamente 77 mil brasileiros: prejuízo anual é de R\$ 104 bi.* UOL, São Paulo, 20 set. 2011. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/ultimas-noticias/redacao/2011/09/20/crimes-ciberneticos-atingem-77-mil-brasileiros-diariamente-prejuizo-e-de-r-104-bilhoes.jhtm>>. Acesso em: 14 fev. 2013.

⁴³ Segundo Anabela Miranda, não existe um conceito unificado de criminalidade globalizada internacional e que segundo pesquisa feita no computador central da biblioteca do palácio das Nações unidas, em Genebra, Suíça, foi possível identificar ao menos vinte e sete definições diferentes. RODRIGUES, Anabela Miranda, *op. cit.*, p. 281.

desenvolvendo relações simbióticas – isto é, identificando-se com a estrutura meio ambiental com a qual fazem corpo”, criando assim um verdadeiro *underground empire*⁴⁴.

A criminalidade organizada transnacional, como identificado por Cervini⁴⁵, não só ultrapassa as fronteiras nacionais, mas também utiliza-se deliberadamente dessas mesmas fronteiras para o desenvolvimento de suas atividades marginais. Isso ocorre, pois o Direito Penal do país, que sofre os efeitos da ação da organização, e também a força policial não podem adentrar os limites de outro Estado soberano. Por meio do proveito decorrente das diferenças legais de cada ordenamento jurídico, Pereira⁴⁶ aponta que a transnacionalidade do crime organizado se fortalece por meio de estratégias globais, de estruturas organizativas, de moderna tecnologia e de ampla gama de condutas infracionais, podendo ter ou não vítimas a ponto de fragilizar os Poderes do próprio Estado.

Muitos são os casos em que os Estados têm sido vítimas de crimes praticados de forma transnacional, no entanto com a universalização dos Direitos Humanos, certas práticas adotadas pelos Estados, mesmo contra seus inimigos, não mais são aceitáveis e podem consubstanciar-se em crimes internacionais.

A história tem dado exemplos com os Tribunais de Nuremberg e Tóquio e mais recentemente com os Tribunais Internacionais de Ruanda, Serra Leoa, Iugoslávia, Líbano, Camboja e com o Tribunal Penal Internacional (TPI), que têm atuado no sentido de dar efetividade aos Direitos Humanos, investigando, prendendo e condenando ex-chefes de Estado responsáveis por atrocidades.

Os exemplos de manifestações do crime no âmbito internacional são variados e possuem particularidades próprias, já que cada modalidade criminosa está associada a um determinado aspecto social. Neste sentido, a globalização vem exercendo relevante papel para que cada vez mais certas condutas de importância local passem a despertar a preocupação da comunidade internacional.

Na medida em que a globalização pretende trazer “a cada canto” do planeta o intercâmbio de informações, pessoas, dinheiro e experiências, é natural que a criminalidade se expanda e se desenvolva segundo esses fluxos. Partindo dos próprios exemplos apresentados, pode-se fazer uma correlação entre as modalidades criminosas e a globalização.

⁴⁴ RODRIGUES, Anabela Miranda, *op. cit.*, p. 281.

⁴⁵ CERVINI, Raul; TERRA, William; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais: comentários à lei 9.613/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 35.

⁴⁶ PEREIRA, Cláudio José. Globalização, Democracia e Crime. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier-Latin, 2006. p. 812.

Os delitos econômicos estão associados à globalização econômica; o crime de corrupção relaciona-se com as mazelas estatais que são expostas ou mesmo agravadas pelo processo globalizante. O tráfico de drogas está associado aos aspectos culturais comportamentais, assim como a pirataria está ligada aos aspectos culturais econômicos, além da tecnologia e da ciência. O tráfico de armas materializa a globalização dos conflitos; enquanto os crimes de competência dos Tribunais Penais Internacionais, a globalização dos Direitos Humanos. O tráfico de pessoas está associado a reflexos sociais e econômicos da globalização que atingem diretamente certos grupos populacionais dos Estados, já o tráfico de animais e biodiversidade exterioriza a existência de problemas globais com o meio ambiente. Por fim, os *cybercrimes* são praticados com os *bits* das redes virtuais de comunicação telemática e as organizações criminosas são as redes humanas, de carne e osso, que dão suporte para esses e outros crimes.

Este cenário já é a realidade do mundo contemporâneo globalizado, onde, em termos de crime, não mais se distinguem territórios e nacionalidades⁴⁷. O criminoso da globalização possui uma única identidade, não obstante seu local de nascimento ou local de cometimento do crime – a de violador da ordem jurídica internacional.

Por mais que os Estados não tenham deixado de existir, ou mesmo abdicado de suas soberanias em favor de uma entidade supranacional, o reconhecimento de que as práticas criminosas se propagam entre todos impõe a coordenação para a construção de uma ordem jurídica internacional universalizada que servirá de *standard* global e que se encarregará, também, de responder adequadamente à criminalidade. Neste contexto é que se apresenta o Direito Penal Internacional.

1.2 O Direito Penal Internacional

Embora a globalização muitas vezes somente seja percebida pelos processos econômicos, sociais, culturais, dentre outros, a lei também está diretamente envolvida no processo de globalização⁴⁸. Por exemplo, a globalização econômica não pode ser entendida

⁴⁷ Nesse sentido, FARMER, Lindsay. Time and Space in Criminal Law. *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, California, v. 13, n. 2, p. 335, primavera 2010.

⁴⁸ Como no paradigma do direito positivo oriundo do Estado liberal o sistema jurídico é caracterizado pela completude do ordenamento jurídico, no qual predomina a coerência formal e logicidade interna, isento de lacunas e antinomias, esse sistema jurídico emergente se caracteriza pela multiplicidade de suas regras, pela variabilidade de suas estruturas normativas, que são quase sempre parciais, mutáveis e contingentes. Essa situação se torna ainda mais complexa com o fenômeno da globalização econômica, no qual, os sistemas

sem a regulação global de negócios e da construção jurídica dos mercados onde são desenvolvidos os negócios; já a globalização cultural não pode ser explicada sem a identificação de direitos de propriedade intelectual e regimes de padronização global. Da mesma forma, a globalização das proteções para populações vulneráveis não pode ser compreendido sem o Direito Penal Internacional, o Direito Humanitário e os tribunais internacionais⁴⁹.

A circunstância de a lei estar envolvida no processo de globalização não supre a deficiência no acompanhamento, na mesma velocidade das mudanças tecnológicas, comportamentais e econômicas que trazem as facilidades e benefícios decorrentes da globalização, motivo pelo qual aparecem novos tipos de ameaças à ordem social⁵⁰ que afetam o estado soberano⁵¹ e se tornam potencialmente significativas para o Direito Penal⁵². Essas ameaças criminosas se criam e proliferam nos fluxos financeiros, de mercadorias e de informação entre países e ganham cada vez mais contornos internacionais, o que significa dizer que ações criminosas relacionadas à globalização podem ser iniciadas em um país, transitar em outro e serem consumadas em um terceiro.

técnico-científicos, produtivos, financeiros e comerciais se especializam e se subdividem continuamente, produzindo suas próprias regras, seus próprios procedimentos e suas próprias racionalidades e concepções de justiça, dificultando assim, o trabalho do legislador e, ainda, condicionando a aceitação das prescrições jurídicas produzidas pelo Estado aos distintos sistemas. Diante da complexidade produzida pela globalização econômica, o Estado já não consegue regular a sociedade e economia exclusivamente por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais, perdendo progressivamente o controle da coerência sistêmica de suas leis ao substituir suas normas abstratas, genéricas e impessoais por normas particularizantes, específicas e voltadas a determinados fins. Além disso, o ordenamento estatal tem sido submetido a uma competição com outros ordenamentos, e forma que o Estado tem sido colocado em um impasse quando a sua soberania. BICUDO, Tatiana Viggini, *op. cit.*, p. 99.

⁴⁹ HALLIDAY, Terence C.; PAVEL, Osinsky. *Globalization of Law. Annual Review of Sociology*, Palo Alto, CA, v. 32, p. 3, 2006.

⁵⁰ Para Silva Sanchez, “A delinqüência da globalização é *econômica*, em sentido amplo (ou, em todo caso, lucrativa, ainda que se ponham em perigo outros bens jurídicos). Isso significa que a reflexão jurídico-penal tem pela primeira vez como objeto essencial de estudo delitos claramente diversos do paradigma clássico (o homicídio ou a delinqüência patrimonial tradicional). Trata-se de delitos qualificados criminologicamente como *crimes of the powerful (...)*”. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 76-77.

⁵¹ Segundo Bottini,

A organização social contemporânea necessita da proteção de bens transindividuais. A própria caracterização do Estado, como instituição voltada para a preservação de condições individuais e coletivas necessárias para a dignidade humana, enseja o amparo de direitos sociais constitucionais. A construção do indivíduo se faz por meio da interação comunicativa com os outros, o que exige o compartilhamento de bens entre muitos ou todos os cidadãos. Elementos inerentes ao funcionamento da sociedade não são de titularidade dos indivíduos, mas de toda a coletividade, como o meio ambiente, a saúde pública, a ordem econômica, e sua supressão afetaria de sobremodo o desenvolvimento de cada cidadão. Portanto, a preservação da dignidade humana exige a tutela penal de bens coletivos. (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.183).

⁵² FARMER, Lindsay, *op. cit.*, p. 344-345.

A partir do reconhecimento de que o crime não tem mais limites geográficos, os Estados apresentaram, como resposta penal, a ampliação do rol de crimes em seus estatutos e projetaram, para além de suas fronteiras, a incidência de suas leis penais⁵³. Contudo, por mais que se observe uma expansão do Direito Penal interno, esta não se mostra eficaz, do ponto de vista da repressão ao crime, sem que haja um esforço comum direcionado ao seu combate⁵⁴ por parte dos países atingidos pelo mesmo.

A constatação da insuficiência da aplicação do Direito Penal interno no combate ao crime transnacional não é o único problema afeto à criminalidade internacional. A comunidade internacional, chocada com as atrocidades praticadas pelos alemães e seus aliados na Segunda Guerra Mundial, concluiu pela necessidade de se criar um reforço, de natureza penal, aos mandamentos de Direitos Humanos já consagrados em tratados internacionais.

A partir da conclusão dos julgamentos realizados pelos tribunais de Nuremberg e Tóquio, foi afirmado um novo Direito Penal, com características mais próximas da *common law* e do *ius cogens*, mas que igualmente possuía contornos nacionais, pois em certos casos se tratavam de delitos praticados por Estados contra grupos e populações de seu território, e internacionais, na medida em que as atrocidades praticadas afetavam a humanidade, como expressão universal de todos os povos.

Mesmo possuindo particularidades, estas duas formas de manifestação do Direito Penal, a primeira de dentro do Estado para fora de suas fronteiras e a segunda de fora das fronteiras para dentro do Estado se juntam conceitualmente para formar o que tem sido chamado de Direito Penal Internacional.

⁵³ O Reino Unido, em 2010, instituiu o *Bribery Act*, segundo o qual podem ser punidos casos de corrupção privada ou de funcionários públicos ocorridos no exterior mesmo que o ato criminoso não tenha qualquer relação com o Reino Unido. Nos Estados Unidos o *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977, também conhecido pela sigla “FCPA”, pune a prática de atos de corrupção praticados fora do país, desde que engendrados por empresas que tenha valores mobiliários listados em bolsa norte americana ou que mesmo não tendo valores mobiliários listados em bolsa norte americana tenham obrigação de reportar à *Securities Exchange Commission* – SEC.

⁵⁴ Raúl Cervini faz a seguinte observação sobre o tema:

Precisamente, para abarcar conceitualmente todo esse movimento de meios e recursos destinados a combater as manifestações transnacionais da delinquência, a superar as dificuldades fáticas de uma investigação desta natureza e inclusive aquelas derivadas dos desajustes normativos das leis de diferentes países, Travers cunhou em 1925 a expressão ‘entre-ajuda penal’ (*l’entraide*), para Roux *l’entre’aide*, também conhecida posteriormente entre alguns autores americanos como extra-ajuda penal, como significativa dos diversos tipos de colaboração que crescentemente se prestam na atualidade entre os Estados, sem menoscabo algum de suas respectivas soberanias. (CERVINI, Raul; TAVARES, Juarez. *Princípios da cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 47-48).

1.2.1 Um conceito de Direito Penal Internacional que enfrente a complexidade da criminalidade contemporânea

O Direito Penal Internacional (DPI) pode ser entendido como uma especialização do Direito Penal, que não goza de autonomia, nem tampouco independência e cuja manifestação pode ser constatada por meio de dois referenciais. A do observador interno (nacional), que vê a projeção do ordenamento jurídico interno para além das fronteiras territoriais e a do observador internacional (externo), que vê a projeção da produção legislativa no âmbito da comunidade internacional para dentro das fronteiras territoriais do Estado.

Não se pode negar a existência de corrente doutrinária que sustenta serem esses dois referenciais da manifestação do Direito Penal Internacional como segmentos de ramos diferentes do direito. Para Viada⁵⁵, somente a projeção do ordenamento jurídico nacional para fora dos limites territoriais, que se materializa no esforço mútuo dos países em combater o crime transnacional, pode ser chamada de Direito Penal Internacional⁵⁶. Por sua vez, as violações aos tratados de Direitos Humanos, que representam a projeção da produção legislativa no âmbito da comunidade internacional para dentro das fronteiras territoriais do Estado, seria parte de um Direito Penal afeto ao Direito Internacional, ou seja, de um Direito Internacional Penal (DIP).

Os principais fundamentos utilizados pelos que defendem a segregação dos dois referenciais podem ser organizados sob as seguintes categorias: **i) topografia normativa** – o DPI é apenas um sistema internacional caracterizado pela manifestação da vontade soberana dos Estados expressada através de seu consentimento em colaborar com outros Estados ou com organizações internacionais⁵⁷, enquanto que o DIP seria um sistema supranacional⁵⁸; **ii) natureza da fonte normativa** – no DPI as normas decorrem do poder legislador soberano de cada Estado, podendo ser objeto de acordos internacionais decorrentes da necessidade de se

⁵⁵ VIADA, Natacha G. *Derecho penal y globalización: cooperación penal internacional*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 90-91.

⁵⁶ Martens (1905) afirma que o Direito Penal Internacional é “(...) o conjunto de reglas jurídicas que determinan las condiciones en las cuales deben auxiliarse, mutuamente los Estados para la administración de justicia, a fin de asegurar el ejercicio del poder penal en la esfera de la comunidad de naciones”. (MARTENS, F. F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Madrid: la España moderna, 1905. t. III. p. 2).

⁵⁷ VIADA, *op. cit.*, p. 90. Vabres, por sua vez, afirma que o DPI é a ciência que determina a competência das jurisdições penais do Estado *vis-à-vis* as jurisdições estrangeiras, a aplicação de suas leis criminais – lei de fundo e lei de forma – em relação aos lugares e às pessoas as quais regem, a autoridade, dentro do seu território, dos julgamentos repressivos estrangeiros. VABRES *apud* COEN, Paulo Cipriano. *Cosmopolitismo, Democracia e Tribunal Penal Internacional: reflexos no ordenamento constitucional brasileiro*. Curitiba: UniBrasil, 2010. p. 7.

⁵⁸ VIADA, *op. cit.*, p. 90.

adequar e ajustar os ordenamentos internos a fim de viabilizar a cooperação entre países, no DIP os mandamentos de proibição e outras normas decorrem de tratados negociados e celebrados pelos Estados, o que daria uma natureza contratual à fonte normativa⁵⁹; **iii) gravidade dos crimes** – no DPI os crimes transnacionais são suficientemente graves a ponto de serem objeto de normativa internacional, mas não o suficiente para serem crimes internacionais, que estariam relacionados às graves violações dos Direitos Humanos⁶⁰; **iv) conteúdo dos instrumentos internacionais** – os instrumentos internacionais no DPI trazem disposições sobre a persecução de determinados delitos internacionais, além de estabelecer obrigações aos Estados relativas aos crimes transnacionais⁶¹, enquanto que no DIP os instrumentos abrigam normas e princípios que tipificam os crimes internacionais, julgam os acusados e punem os culpados por esses crimes, ou seja, o direito dos crimes internacionais⁶².

A pretendida segregação entre Direito Penal Internacional e Direito Internacional Penal não se diferencia de outras segregações que segmentos da doutrina tentaram estabelecer dentro do próprio direito interno. Com a expansão do Direito Penal para os diversos setores da economia, a doutrina reconheceu o surgimento de um ramo especializado do Direito Penal que recebeu o nome de Direito Penal Econômico. No entanto, antes da completa aceitação da designação de Direito Penal Econômico houve debate doutrinário no sentido de que este “novo” Direito Penal não deveria fazer parte do conceito já consagrado do Direito Penal clássico, consubstanciando em especialização do Direito Econômico⁶³, ante a íntima relação material entre este e os mandados de proibição.

A discussão acabou sendo superada e a doutrina passou a aceitar esta especialização como Direito Penal e não como Direito Econômico, pois se entendeu que mesmo o Direito Penal Econômico não tratar de delitos patrimoniais puros com conseqüências processuais, ou seja, não estar inserido na estrutura clássica do Direito Penal, a adição de aspectos supraindividuais de políticas econômicas e sociais, de forma similar com o que ocorre no Direito econômico⁶⁴, não o desnatura, mas sim o legitima como instrumento de tutela da

⁵⁹ DAUTRICOURT, Jean Y *apud* CRETTELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Penal*. Ijuí: Unijuí, 2008. p. 27.

⁶⁰ VIADA, *op. cit.*, p. 91.

⁶¹ *Idem*.

⁶² COEN, Paulo Cipriano. *Cosmopolitismo, Democracia e Tribunal Penal Internacional: Reflexos no Ordenamento Constitucional Brasileiro*. Curitiba: UniBrasil, 2010. p. 68-69.

⁶³ Para Gracia Martín também faria parte deste “novo” Direito Penal, o Direito Penal Econômico, o Direito Penal do meio ambiente, o Direito Penal comunitário e o Direito Penal da globalização. GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e para a crítica do discurso de resistência*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2005. p. 45.

⁶⁴ TIEDMAN, Klaus. *Manual de Derecho penal econômico*. Parte general y especial. Valência: Tirant lo Blanch, 2010. p.60-61. Ainda segundo o autor, o Direito Econômico seria composto das leis sobre o comércio exterior,

economia. Com a pacificação da controvérsia, concluiu-se que certas especializações do Direito Penal, por mais que guardem peculiaridades próprias que as diferenciam do chamado Direito Penal clássico, não se afastam de vez da essência do Direito Penal que está vinculado à aplicação de penas, privativas de liberdade ou não, e aos estigmas sociais decorrentes de sua aplicação.

No mesmo sentido, a controvérsia sobre a existência de um Direito Penal Internacional e um Direito Internacional Penal que comportariam os dois referenciais da manifestação do Direito Penal Internacional não agrega valor dogmático ou prático. Por exemplo, a afirmação de que a natureza da fonte normativa do Direito Internacional Penal é contratual, não permite que uma das principais características do direito contratual, a *disponibilidade dos direitos*, seja aplicada à parte penal do Direito Internacional. Ao contrário, processar e punir graves violações de Direitos Humanos supera, inclusive, leis nacionais que concedem anistia, graça ou indulto⁶⁵ ou mesmo subjagam coisa julgada formal e material dos Estados, quando houver simulacro de processo (art. 17, 2 do Estatuto de Roma).

Tampouco parece ter serventia segregar os tratados e acordos internacionais que tratem de crimes em tratados que cuidam da persecução penal a crimes transnacionais e criam obrigações de cooperação entre os Estados e tratados que criam tipos penais internacionais, disciplinam sobre sua persecução, execução dos seus julgados e a forma de cooperação dos Estados com os Tribunais Internacionais. Na prática, todos os tratados são negociados pelas partes, que vão incorporá-los aos seus respectivos ordenamentos nacionais. Se o conteúdo do tratado vai necessitar ser transcrito para um projeto de lei de autoria do Poder Executivo ou se poderá ser ratificado apenas por meio de uma mensagem do Ministério das Relações Exteriores, não faz qualquer diferença, ao menos para o caso brasileiro, que tem na manifestação de ambas as Casas Legislativas (Câmara dos Deputados e o Senado), em separado ou em conjunto (Congresso Nacional), condição para vigência do texto negociado.

Ademais, a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional (TPI) trouxe situação prática, que compromete a integridade do argumento da natureza da fonte

leis tributárias, de subvenções, leis sobre o mercado financeiro em geral, incluindo o mercado de valores mobiliários, leis sobre direito de empresa, agricultura, fármacos, alimentos, leis de proteção ao consumidor, dentre outras leis econômicas administrativas destinadas ao tanto ao setor público quanto ao privado.

⁶⁵ Caso Velásquez Rodríguez versus Honduras. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988; Caso Chitay Nech e outros versus Guatemala, Sentença de 25 de maio de 2010; caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña versus Bolívia, Sentença de 1º de setembro de 2010. Todas citadas em COSTA RICA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) versus Brasil, São José, 24 nov. 2010. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Disponível em: <www.corteidh.or.cr>. Acesso: 20 jun. 2011.

legislativa. Ao ratificar o Estatuto de Roma⁶⁶, o Brasil viu-se obrigado a criar uma lei de adaptação de seu ordenamento penal às disposições do tratado. Na medida em que o país não possui disposições penais que criminalizem as graves violações aos Direitos Humanos⁶⁷, a lei de adaptação, neste aspecto, se identifica com outras leis que tem por finalidade incorporar textos de tratados que uniformizam crimes transnacionais.

Afastar os referenciais do DPI a ponto de segregá-los em categorias nacionais e internacionais é enfraquecer o combate à criminalidade internacional, que pouco se preocupa com classificações, ou divisões políticas. No ano de 2011, o mundo testemunhou a queda do ditador líbio Muammar Kaddafi após um grupo insurgente se sagrar vencedor da guerra civil. Sem precisar adentrar nas causas e particularidades do conflito líbio, não se pode ignorar a estratégia político-jurídica (no aspecto penal) que a comunidade internacional adotou como forma de enfraquecer o regime. Dois pontos desta estratégia merecem destaque: o primeiro foi a provocação do Tribunal Penal Internacional para que, ainda sob o clima do conflito armado civil, sumariamente apurasse graves violações aos Direitos Humanos que o regime liderado por Kaddafi estaria praticando contra a população e os rebeldes⁶⁸. O segundo foi o bloqueio dos ativos financeiros do governo líbio efetuado pelos Estados membros da ONU, em atendimento à Resolução 1970/11 do Conselho de Segurança daquela entidade, que afirmou estar o governo de Kaddafi utilizando-se de recursos públicos para adquirir armamentos e utilizá-los contra a própria população.

Igualmente, no ano de 2011, ativos de chefes de Estado que apresentavam conflitos civis internos e seus familiares passaram a ser bloqueados por diversos países ante a suspeita de que os mesmos poderiam ter origem ilícita, como produto de corrupção e estarem envolvidos em práticas de lavagem de dinheiro. Em 28 de fevereiro de 2011⁶⁹, o Ministério Público do Egito expediu ordem de bloqueio de ativos dentro e fora do Egito contra o ex-presidente Hosni Mubarak e alguns de seus ex-ministros, em razão das acusações de prática de corrupção. No mesmo ano, Mubarak foi processado e condenado pelo Tribunal Penal do Cairo à prisão perpétua por crimes contra a humanidade por ter sido considerado responsável

⁶⁶ O Estatuto de Roma foi incorporado no ordenamento legal brasileiro pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. BRASIL. Presidência da República. *Decreto n. 4.388*, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília: a Presidência, 2002.

⁶⁷ Não se desconhece a Lei nº 2.889/56 que tipifica o delito de genocídio, porém o referido tipo penal se encontra desatualizado em relação aos precedentes que subsidiaram o Estatuto de Roma, não oferecendo a devida proteção ao bem jurídico tutelado.

⁶⁸ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Gaddafi used his absolute authority to commit crimes in Libya*. Disponível em: <<http://www2.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0111/press%20releases/pr667>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

⁶⁹ FINANCIAL ACTION TASK FORCE. GROUPÉ D' ACTION FINANCIÈRE, *op. cit.*, p. 58.

pela morte de 850 manifestantes também em 2011⁷⁰. O mesmo aconteceu com outros líderes, tais como Ben-Ali, ex-presidente da Tunísia, que teve seus ativos e de seus familiares bloqueados pelo Canadá, em 23 mar. 2011⁷¹.

Os casos em que líderes estatais são sujeitos passivos de acusações de crimes contra a humanidade e de crimes comuns como o de corrupção preencheram o noticiário do ano de 2011, principalmente com os conflitos que ocorreram nos países de etnia árabe. Dentro de uma mesma estratégia para enfraquecer os donos do poder, as autoridades locais e os organismos internacionais passaram a atuar simultaneamente congelando ativos financeiros que pudessem ser fruto de corrupção ou que estivessem sendo utilizados para alimentar os conflitos armados e investigando graves violações de Direitos Humanos. A história demonstrou o sucesso da estratégia no combate ao crime e comprovou a pouca serventia em se segregar os referências (nacional e internacional) do DPI em categorias diferentes.

Em outras palavras, quando o Direito Penal se projeta no plano internacional está-se tratando de uma particular conjuntura, que não pode simplesmente ser classificada seguindo apenas referenciais internos ou externos. Daí a importância das palavras de Anabela Miranda⁷² no sentido de que o Direito Penal deve ser desnacionalizado para se colocar no mesmo plano da criminalidade.

Por esse motivo, não obstante reconhecer a existência da discussão doutrinária somente uma definição de Direito Penal Internacional não segregacionista, que se mostre compromissada com os valores garantistas presentes nos tratados de direitos humanos, mas que também contemple o binômio: criminalização e combate à criminalidade, ou seja, que contenha proibições substantivas, procedimentos e instituições de repressão⁷³, pode fazer frente à complexidade da criminalidade contemporânea.

Este, aliás, é o conceito defendido por Japiassú⁷⁴, que identifica o Direito Penal Internacional como “(...) o ramo do Direito que define os crimes internacionais (próprios e impróprios)” e comina as penas e que estabelece, também, as regras relativas “(...) à aplicação

⁷⁰HOSNI MUBARAK: prisão perpétua após 30 anos de mão de ferro. *Terra Notícias*, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/africa/hosni-mubarak-prisao-perpetua-apos-30-anos-de-mao-de-ferro,0d69942c647da310VgnCLD200000bbcecb0aRCRD.html>>. Acesso em 10 jan. 2013.

MUBARAK se soma à lista de ex-líderes condenados. *Exame*, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/mubarak-se-soma-a-lista-de-ex-lideres-condenados>>. Acesso em: 10 jan.2013.

⁷¹ FINANCIAL ACTION TASK FORCE. GROUPÉ D' ACTION FINANCIÈRE, *op. cit.*, p. 53.

⁷² RODRIGUES, Anabela Miranda, *op. cit.*, p. 283.

⁷³ HARVARD UNIVERSITY. Developments in the law: international criminal law. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 114, n. 7, p. 14, maio 2001.

⁷⁴ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: a Internacionalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 16-17.

extraterritorial do Direito Penal interno; à imunidade de pessoas internacionalmente protegidas; à cooperação penal internacional em todos os seus níveis; às transferências internacionais de processos e de pessoas presas ou condenadas; à extradição; à determinação da forma e dos limites de execução de sentenças penais estrangeiras; à existência e funcionamento de tribunais penais internacionais ou regionais; a qualquer outro problema criminal vinculado ao indivíduo, que possa surgir no plano internacional”.

Sustentando a conceituação do Direito Penal Internacional fora dos contornos tradicionais do Direito Penal pátrio, Souza⁷⁵ identifica o processo de internacionalização da execução penal, em especial a transferência de condenados, como um expansor das fronteiras até então conhecidas do Direito Penal Internacional que, em regra, se limitaria às questões atinentes ao rol de delitos e das jurisdições penais internacionais, não adentrando no terreno da execução de penas e medidas de segurança no cenário supranacional. Muito embora, a delimitação de um conteúdo próprio do Direito Penal Internacional seja mais antiga do que o processo de transferência internacional de condenados⁷⁶, Souza⁷⁷ reconhece como adequada a definição do Direito Penal Internacional que contempla o binômio: criminalização e combate à criminalidade “(...) uma vez que a complexidade do mundo contemporâneo, onde os limites do que se considera interno e externo são cada vez mais tênues, aconselha tal reunião”.

No Brasil, o Código Penal do Império, de 16 de dezembro de 1830, trazia previsões tanto no sentido da projeção da Lei Penal brasileira para fora do território, quanto no sentido de proteção da paz e integridade de nações estrangeiras. Sob o título de “(...) crimes contra a independência, integridade e dignidade da nação” eram punidas práticas como

(...) entrar jurisdiccionalmente em paiz estrangeiro sem autoridade legitima (art. 78) e recorrer á Autoridade Estrangeira, residente dentro, ou fóra do Imperio, sem legitima licença, para impetração de graças espirituaes, distincções ou privilegios na Jerarchia Ecclesiastica, ou para autorização de qualquer acto religioso (art. 81)

⁷⁵ SOUZA, Arthur de Brito. *Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 254.

⁷⁶ O primeiro tratado específico sobre o tema que se tem conhecimento foi o Acordo de Cooperação entre Finlândia, Islândia, Noruega, Suécia e Dinamarca, celebrado em 1963, que permitia cidadãos nacionais dos Estados intervenientes, cumprissem pena no país de que são nacionais. SOUZA, Arthur de Brito Gueiros, *op. cit.*, p. 266.

⁷⁷ Ainda segundo Souza, “(...) dentro dessa linha de raciocínio pode-se sustentar que, com a entrada em vigor do Tribunal Penal Internacional (2002), cujo Estatuto contempla regras internacionais de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito de Execução Penal, Direito Internacional Público, dentre outros ramos, ficou mais fortalecida a corrente unitária, reunindo, sob o manto Direito Penal Internacional, todos aqueles institutos jurídicos” (SOUZA, Arthur de Brito Gueiros, *op. cit.*, p. 255).

mesmo que as ações delituosas fossem praticadas fora dos limites territoriais do Estado, além de práticas como “(...) provocar directamente, e por factos, uma nação estrangeira, á declarar a guerra ao Imperio, se tal declaração se verificar, e se seguir a guerra (art. 69) e violar Tratados legitimamente feitos com as nações estrangeiras (art. 74)”.

Mais recentemente, a Lei nº 2.889/56 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o crime de genocídio (art. 1º), o de associação para a prática de genocídio (art. 2º) e o de incitação à prática de genocídio (art. 3º).

Os exemplos do Código Penal do Império e da Lei nº 2.889/56 servem para demonstrar que o Brasil, mesmo estando sempre atrasado em relação às inovações legais internacionais, tem no seu ordenamento penal histórico de criminalizar condutas que atentem contra as relações internacionais, contra a paz internacional, no caso da prática da pirataria e contra os direitos humanos, no caso do genocídio.

Por mais que algumas dessas disposições do Império tenham sido abandonadas após a proclamação da República, ou mesmo não se ter notícias de uma condenação no Brasil pelo delito de genocídio, é fato que o ordenamento penal brasileiro já trazia disposições daquilo que hoje alguns doutrinadores tentam situar fora do âmbito do Direito Penal.

Ainda é cedo para afirmar que o conceito e conteúdo do Direito Penal Internacional estão completamente delimitados, a exemplo do que se convencionou chamar de Direito Penal clássico, mas é certo que toda e qualquer discussão envolvendo criminalização e instituições de repressão nos planos transnacional ou estritamente internacional fazem parte desta especialização chamada Direito Penal Internacional.

1.2.2 Apresentação do conteúdo do Direito Penal Internacional segundo o conceito adotado

Adotando o conceito de Direito Penal Internacional sustentado por Japiassú, bem como sua delimitação de conteúdo, mister se faz apresentar este conteúdo, mesmo que em poucas linhas, para que se possa demonstrar que o conceito adotado se contrapõe à complexidade da criminalidade contemporânea. Fazem parte do Direito Penal Internacional: a) a aplicação extraterritorial do Direito Penal interno; b) imunidade de pessoas internacionalmente protegidas; c) a cooperação penal internacional em todos os seus níveis; d) a existência e funcionamento de tribunais penais internacionais ou regionais; e) espaços judiciais regionais, sub-regionais e inter-regionais; f) qualquer outro problema criminal vinculado ao indivíduo, que possa surgir no plano internacional.

1.2.2.1 Extraterritorialidade da Lei Penal brasileira

A aplicação extraterritorial do Direito Penal interno é a forma mais comum de se perceber a manifestação internacional da Lei Penal nacional. Trata-se de um conjunto de princípios complementares⁷⁸ ao princípio da territorialidade (art. 5º do CP e art. 7º do CPM) e tem por finalidade evitar a criação de zonas de impunidade. A aplicação extraterritorial do Direito Penal tem previsão no art. 7º do CP e no art. 7º do Código Penal Militar (CPM).

O Brasil adota os princípios da defesa ou proteção real, o princípio da personalidade ou da nacionalidade, o princípio da justiça universal ou universalidade e o princípio da representação ou da bandeira. O princípio da defesa (extraterritorialidade incondicionada) é o princípio pelo qual se permite ao Estado castigar com suas leis penais determinados delitos cometidos no estrangeiro, com independência da nacionalidade do autor, verificando se tais delitos afetam seus interesses essenciais, pouco importando a maior ou menor gravidade do fato segundo as leis do país em que o delito é praticado⁷⁹ e se o agente foi condenado ou absolvido no estrangeiro⁸⁰. Assim, aplicar-se-á a lei brasileira, por exemplo, no caso de crime contra a vida ou a liberdade do Presidente da República (art. 7º, I, a do CP), contra o patrimônio ou a fé pública da União, dos Estados dos Municípios ou do Distrito Federal (art. 7º, I, b do CP) ou a Lei Penal Militar em qualquer caso (art. 7º, *caput* do CPM).

O princípio da personalidade ou da nacionalidade (extraterritorialidade condicionada⁸¹) determina que a Lei Penal acompanhe o nacional onde quer que ele esteja. O motivo determinante deste princípio é evitar a prática de delitos no estrangeiro por parte de pessoas, que depois se refugiam em seus países, evitando a ocorrência de extradição. Este

⁷⁸ SILVA FRANCO, Alberto. Título I – Da aplicação da lei penal: Arts. 1.º a 40. FRANCO, Alberto Silva Franco; STOCO, Rui (coord.). *Código Penal e sua interpretação*: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 86. Bittencourt (BITTENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 120. v. 1.) e Delmanto (DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal Comentado*. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 13), por sua vez, entendem a extraterritorialidade como exceção à regra da territorialidade.

⁷⁹ GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al Derecho Penal*. 4 ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Aceres, 2006. p. 953.

⁸⁰ Bittencourt sustenta que a previsão legal de submeter o agente a julgamento no Brasil, mesmo quando já julgado pelo mesmo fato no estrangeiro leva à configuração de odioso *bis in idem*. (BITTENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 120. v. 1).

⁸¹ Nas hipóteses de extraterritorialidade incondicionada, para que o agente possa ser processado no Brasil torna-se necessária a reunião dos seguintes requisitos (art. 7º, §2º do CP): a) entrar o agente no território nacional; b) ser o fato punível também no país em que foi praticado; c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

princípio abarca também a aplicação do Direito Penal brasileiro nas hipóteses de delitos praticados contra cidadãos brasileiros (art. 7º, §§2º e 3º do CP).

O princípio da justiça universal ou universalidade (extraterritorialidade condicionada) tem por finalidade a cooperação internacional na luta contra o crime, objetivando a aplicação da lei penal a todo e qualquer fato criminoso de interesse internacional que, por tratado ou convenção, o Brasil assumiu o encargo de reprimir. Segundo tal princípio, é indiferente o local da prática do delito, a nacionalidade dos envolvidos ou o bem jurídico violado.

O princípio da representação ou da bandeira (extraterritorialidade condicionada) faz incidir a Lei Penal brasileira face às condutas praticadas a bordo de aeronaves e embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, aportadas, pousadas em aeroportos, transitando pelo espaço aéreo ou ainda no mar territorial estrangeiro, desde que lá não tenham julgados (art. 7º, II, c do CP).

A aplicação extraterritorial da lei penal, como medida para evitar a impunidade, desempenha um papel importante, contudo tem os seus inconvenientes, como a percepção de vasto concurso de jurisdições para aplicação da lei penal a um mesmo caso e a dificuldade que muitas das jurisdições concorrentes terão para promover uma ampla instrução probatória durante o processo penal, pois em muitos casos a prova deve ser produzida fora de seu território.

Ao lado do problema de instrução processual, é por demais excessivos impor ao indivíduo que se submeta várias vezes à jurisdição criminal pelo mesmo fato, na medida em que nem sempre os ordenamentos nacionais têm regras sobre declínio de competência e vedação ao *bis in idem* internacional⁸².

1.2.2.2 A imunidade de pessoas internacionalmente protegidas

A pessoa internacional é a pessoa física ou jurídica a quem a ordem jurídica internacional atribui direitos e deveres, não interessando se, no momento em que lhe concedida a personalidade, também lhe é dada a capacidade de agir no plano internacional ou de participar da elaboração das normas internacionais⁸³. As pessoas internacionais podem ser

⁸² Na União Européia, o Tratado de Schengen, por meio dos arts. 54 a 58 preveem não só a vedação da ocorrência da dupla punição pelo mesmo fato, mas também a possibilidade de detração da pena cumprida no estrangeiro, para os casos em que não incide tal proibição.

⁸³ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 333. v. I.

classificadas da seguinte maneira⁸⁴: a) **coletividades estatais** – são os Estados em si. Para assim serem considerados, devem possuir três elementos obrigatórios: população composta de nacionais ou estrangeiros; território, que não precisa ser totalmente definido; e governo efetivo e estável; b) **coletividades interestatais** – são as organizações internacionais, a exemplo da ONU, da União Européia, do MERCOSUL, FMI, OTAN, dentre outras; c) **coletividades não estatais** – estão inclusos nesta categoria os beligerantes, insurgentes, as nações, a Santa Sé, o Comitê da Cruz Vermelha, os territórios internacionalizados⁸⁵; d) **o indivíduo**- é pessoa física, ser humano.

É consenso internacional que a existência de privilégios e imunidades diplomáticas contribui para o desenvolvimento de relações amistosas entre as Nações, independentemente da diversidade dos seus regimes constitucionais e sociais e que a finalidade dos privilégios e imunidades não é beneficiar indivíduos, mas sim garantir o eficaz desempenho das funções das missões diplomáticas, em seu caráter de representantes dos Estados⁸⁶.

Estas imunidades, em primeiro lugar, derivam do costume internacional do estado de imunidade, que concerne à prevenção de que estados possam exercer controle sobre atos públicos de outros estados. Em segundo lugar, pelo direito internacional consuetudinário e tratados aplicáveis, os agentes diplomáticos de Estados tem imunidade às jurisdições civil e criminal do Estado estrangeiro em que estão acreditados. A imunidade concedida aos agentes diplomáticos pode ser dividida em imunidade *ratione personae* e imunidade *ratione materiae*⁸⁷.

A imunidade *ratione personae* ou imunidade relativa a um cargo é aplicável a certos funcionários estatais enquanto estes estiverem no exercício do cargo. Estas imunidades são limitadas a um pequeno grupo de altos funcionários públicos, em especial aos chefes de Estado, chefes de Governo, Ministros das Relações Exteriores e aos diplomatas e outros funcionários em missão especial em Estados estrangeiros. Sua existência é considerada vital pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) para a condução das relações entre os Estados⁸⁸.

Ao julgar o caso *Arrest Warrant* (República Democrática do Congo vs Bélgica)⁸⁹, a CIJ entendeu que os sujeitos à imunidade *ratione personae* possuem imunidade criminal

⁸⁴ MELLO, Celso D. de Albuquerque, *op. cit.*, p. 338.

⁸⁵ Territórios que estão sob administração de um grupo de Estados ou por uma organização internacional.

⁸⁶ *Consideranda* da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas.

⁸⁷ AKANDE, Dapo. International Law Immunities and the International Criminal Court. *The American Journal of International Law*, Washington DC., v. 98, n. 3, p. 409, jul. 2004.

⁸⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (Estados Unidos da América vs. Iran).

⁸⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Arrest Warrant of 11 April 2000 (República Democrática do Congo vs Bélgica)*.

absoluta, não podendo responder nem mesmo a atos privados, ainda que praticados dentro ou fora de seu local de trabalho.

A imunidade *ratione materiae* incide para os funcionários do Estado que não gozam da imunidade *ratione personae* ou mesmo para pessoas e entidades que, mesmo não sendo funcionários públicos, quando praticam atos funcionais ou agem em nome do Estado, ou seja, atos oficiais, ainda que a função ou designação seja em caráter temporário⁹⁰.

Os dois principais documentos internacionais que tratam da imunidade das pessoas internacionais são a Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas e a Convenção de Viena sobre Relações Consulares. Quanto à imunidade penal, a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas⁹¹ prevê ampla imunidade penal aos agentes diplomáticos dentro do Estado acreditado (art. 31, 1), bem como o privilégio de poder se eximir de prestar depoimento na qualidade de testemunha (art. 31, 2).

A Convenção de Viena sobre Relações Consulares⁹², por sua vez, prevê que não só chefes de repartição consular gozam de imunidades e privilégios, mas também aqueles que estão no exercício temporário das funções de chefe da repartição consular (art. 15º) e os funcionários consulares que atuam como representantes diplomáticos de Estados (art. 17º), satisfeitos os requisitos previstos no tratado. Os funcionários consulares e os empregados consulares não estão sujeitos à jurisdição das autoridades judiciárias e administrativas do Estado receptor pelos atos realizados no exercício das funções consulares (art. 43º).

Quanto à imunidade penal, o art. 41º estabelece que os “(...) funcionários consulares não poderão ser detidos ou presos preventivamente, exceto em caso de crime grave e em decorrência de decisão de autoridade judiciária competente” ou em decorrência de sentença judiciária definitiva.

Existem ainda privilégios processuais penais que o funcionário consular goza. A Convenção de Viena sobre Relações Consulares determina que no processo penal as diligências serão conduzidas com as deferências devidas à sua posição oficial e de maneira que perturbe o menos possível o exercício das funções consulares.

Havendo detenção preventiva, o processo deverá ser iniciado sem demoras (art. 41º, 3), além de ser mandatária a notificação pelo Estado receptor ao chefe da repartição consular ou ao Estado que enviou a missão diplomática (art. 42º).

⁹⁰ AKANDE, Dapo, *op. cit.*, p. 412.

⁹¹ Ratificada pelo Decreto nº 56.435, de 8 de junho de 1965.

⁹² Ratificada pelo Decreto nº 61.078, de 26 de julho de 1967.

Caso haja necessidade dos funcionários consulares deporem como testemunhas, estes deverão fazê-lo, salvo se o depoimento tratar sobre “(...) fatos relacionados com o exercício de suas funções, nem a exibir correspondência e documentos oficiais que a elas se refiram” (art. 44º). Em sendo cabível o depoimento, sempre que possível, este deverá ocorrer de forma a não perturbar o exercício de suas funções, podendo ser realizado no domicílio do funcionário consular ou na repartição, ou aceitar declaração por escrito.

Não apenas àqueles que agem em nome de um Estado desfrutam da imunidade, as organizações internacionais e seus funcionários, assim compreendidos como superestrutura da sociedade internacional e, por constituírem um reflexo das relações internacionais, gozam da imunidade *jure gestionis*, ou seja, dos atos relacionados ao exercício de suas atividades fins⁹³.

Também possuem imunidades e privilégios os juízes e funcionários dos Tribunais Penais *ad hoc* estabelecidos pela ONU, em relação às suas declarações, escritas ou verbais, que forem relacionadas aos exercícios de suas funções e sempre no interesse do Tribunal que representam⁹⁴.

O sistema de imunidades e privilégios internacionais concedidos àqueles que agem em nome do Estado são fundamentais para o bom desenvolvimento das relações internacionais. No entanto a história demonstrou que a imunidade decorrente da soberania estatal não é absoluta e que não resiste às violações dos Direitos Humanos praticadas em nome ou com o consentimento do Estado, consistindo tais práticas em crimes sujeitos à jurisdição dos Tribunais Penais Internacionais.

1.2.2.3 A cooperação penal internacional em todos os seus níveis

O esforço dos países em combater o crime transnacional se materializa na criação de formas de cooperação. Diversas são as possibilidades dos países cooperarem entre si e com outras organizações internacionais em matéria penal.

Atualmente são conhecidas as seguintes formas de cooperação entre os Estados: extradição, carta rogatória, homologação de sentença penal estrangeira, a execução de sentença penal estrangeira, transferência de presos condenados, transferência de procedimentos criminais, a cooperação judicial internacional em matéria penal, o auxílio

⁹³ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2002. p. 600. v. I.

⁹⁴ Nesse sentido ver art. 13 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Serra Leoa e o art. 30 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia.

direto, a cooperação entre polícias, as redes de cooperação internacional, a cooperação com o TPI, o mandado de prisão internacional (europeu) e de captura do MERCOSUL⁹⁵.

A cooperação internacional em matéria penal pode ser dividida em duas espécies, quais sejam: a cooperação jurídica e a cooperação administrativa. São consideradas modalidades de cooperação jurídica aquelas formas de cooperação estabelecidas em que há a participação, intervenção ou envolvimento de ao menos uma autoridade judicial ou revestida de poderes judiciais, assim definidos pela legislação brasileira⁹⁶, de países diferentes ou de Tribunais Internacionais e importam o reconhecimento, aproveitamento ou execução, ainda que administrativa, por uma das partes, de uma decisão proferida por outra parte. As demais modalidades de cooperação, por sua vez, são consideradas administrativas.

A cooperação jurídica, meio de relacionamento entre os Estados em matéria penal mais antiga da história, será tratada de forma mais aprofundada nos próximos capítulos deste trabalho. Podem ser classificadas como cooperação jurídica: a extradição, carta rogatória, homologação de sentença penal estrangeira, a execução de sentença penal estrangeira, transferência de presos condenados, transferência de procedimentos criminais, a assistência mútua (cooperação judicial internacional e o auxílio direto), a cooperação com o TPI, o mandado de prisão europeu e o mandado MERCOSUL de captura.

Como modalidades de cooperação internacional administrativa existem a cooperação entre polícias⁹⁷ e órgãos de investigação penal e a cooperação por meio de redes de cooperação. A cooperação entre polícias e órgãos de investigação penal⁹⁸ pode ocorrer de forma direta ou por meio de redes.

⁹⁵ Há, todavia, quem defenda a existência de outras formas de cooperação, a exemplo da busca e apreensão de produtos do crime (BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to international criminal law*. New York: Transnational Publishers, 2003. p.359). Na medida em que certas formas de cooperação podem estar incluídas como medidas de outras, a exemplo da busca e apreensão de produtos do crime, que está inserida dentro dos tratados sobre assistência mútua internacional em matéria penal, a relação acima classifica as modalidades de cooperação jurídica de forma mais abrangente possível, sem desconsiderar os desdobramentos e especificidades que cada uma pode ter.

⁹⁶ Em alguns países europeus como a Suíça ou mesmo no âmbito do Tribunal Penal Internacional, os membros do Ministério Público, que apesar de não fazer parte do Poder Judiciário, tem poderes para praticar atos que segundo a lei brasileira são exclusivos dos órgãos do Poder Judiciário, como, por exemplo, a expedição de mandados de prisão.

⁹⁷ Griessemmer defende a criação de uma polícia internacional que deveria operar em cooperação com as polícias nacionais, estaduais e municipais, com autoridade e responsabilidade claramente circunscritas pelo seu documento de constituição, com a finalidade de evitar conflitos de atribuições e abusos da mesma contra os indivíduos. GRIESSEMER, Tom O. An International Police Force. *World Affairs*, v. 105, n. 4, p. 266, dez. 1942.

⁹⁸ No caso de cooperação entre Ministérios Públicos existe Associação IberoAmericana de Ministérios Públicos (AIAMP), que foi fundada em 1954 no Brasil, e que tem como missão estreitar os vínculos de cooperação, solidariedade e enriquecimento profissional recíproco entre os Ministérios Públicos membros, promover o estabelecimento de estratégias comuns para enfrentar os problemas comuns às instituições, em especial relacionado ao crime organizado e facilitar o vínculo de comunicação entre os Ministérios Públicos membros com vistas a fortalecê-los institucionalmente.

A rede cooperação entre polícias mais conhecida no mundo é a Interpol. A Interpol é uma organização internacional de polícia que visa proporcionar e promover a assistência mútua entre as Autoridades Policiais, dentro dos limites das leis nacionais e da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Originalmente formada em Viena, em 1923, com sede na cidade de Lyon, França, a organização possui, hoje, 190 membros, em todos os continentes do mundo.

A Interpol não é uma agência de polícia supranacional com poderes de investigação ou uma organização controlada por um órgão internacional, como as Nações Unidas⁹⁹. Ao contrário, é uma rede de cooperação formada em caráter independente entre as agências policiais para promover colaboração e prestar assistência no trabalho da polícia através das nações.

A cooperação policial de forma direta é aquela em que as Autoridades Policiais dos países estão cooperando sem a necessidade de intermediação de órgãos ou entidades como é caso da União Europeia que, por meio do Tratado de Schengen, acordou que os Estados Parte comprometem-se a garantir que as suas Autoridades Policiais deverão, em conformidade com a legislação nacional e dentro dos limites de suas responsabilidades, ajudar uns aos outros, para efeitos de prevenção e detecção de ilícitos penais (art. 39), podendo, inclusive, no caso de haver autorização legal do Estado requerido, que as informações prestadas pelo mesmo sejam utilizadas como prova (art. 39, 1).

Dentre as medidas de cooperação policial que podem ser implementadas no âmbito da União Europeia, por exemplo, estão a possibilidade de observação de um suspeito da prática de certos crimes por policiais do Estado requerente no território do Estado requerido (art. 40) e a perseguição em flagrante de um suspeito da prática de certos crimes no território de outro Estado (art. 41).

Mesmo não sendo legalmente possível o Brasil adotar a cooperação policial nos mesmos níveis que a União Europeia utiliza, a cooperação administrativa pode ser utilizada para fins de investigação pelos órgãos constitucionalmente encarregados da função, no caso a Polícia Civil, a Polícia Federal e, se admitida a possibilidade, os Ministérios Públicos.

⁹⁹ DEFLEM, Mathieu. Global Rule of Law or Global Rule of Law Enforcement? International Police Cooperation and Counterterrorism. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Filadélfia, v. 603, jan. 2006. p. 245. Defendendo a posição contrária, de que a Interpol se enquadra no conceito de Organização Internacional em razão da sua formação composta de Estados e outras organizações e seu processo decisório interno, ver BARNETT, Michael; COLEMAN, Liv. Designing Police: Interpol and the Study of Change in International Organizations. *International Studies Quarterly*, Malden, v. 49, n 4, p.594-619, dez. 2005.

Apesar de não existir um regramento específico que trate esta forma de cooperação administrativa para fins de investigação, ela pode ser admitida nos casos em que é cabível a assistência mútua, com as devidas limitações por ser espécie administrativa e por não gozarem as autoridades administrativas de poderes similares aos dos juízes.

A Convenção de Auxílio Judicial Mútuo da União Europeia, no seu art. 3, I, prevê que o auxílio judiciário mútuo (ou assistência mútua segundo a classificação adotada neste trabalho) também é concedido em processos instaurados pelas autoridades administrativas por fatos puníveis nos termos do direito do Estado membro requerente ou do Estado membro requerido, ou de ambos, como infrações a disposições regulamentares, e quando da decisão caiba recurso para um órgão jurisdicional competente, nomeadamente em matéria penal.

Feita novamente a ressalva pertinente à diferenciação entre os sistemas jurídicos europeu e o brasileiro, deve-se afastar qualquer possibilidade de que órgãos administrativos nacionais, diferentes dos constitucionalmente encarregados da investigação penal, possam empreender assistência mútua ou mesmo cooperação administrativa com a finalidade de apurar infrações a disposições regulamentares, mesmo que tais disposições estejam indissociavelmente relacionadas a tipos penais.

Resguardados seus limites legais, a cooperação administrativa é aquela pela qual a Autoridade Central¹⁰⁰ do país requerido pode atender o pedido prontamente, sem a necessidade de buscar provimentos judiciais para o seu cumprimento, a exemplo da prestação de informações sobre direito estrangeiro, o envio de documentos que sejam de acesso público, tais como certidões dos diversos cartórios de registro, diligências em endereços para constatação de certos atos ou fatos, desde que não demandem autorização judicial por parte do País requerente, nem do requerido, como, por exemplo, tirar fotos, dentre outras medidas administrativas.

Há ainda a possibilidade da cooperação administrativa se desenvolver por meio de redes de cooperação internacional. Estas redes, constituídas por diversos países tem a finalidade de dar suporte às autoridades nacionais quando da busca por cooperação.

As funções das redes de cooperação podem ser resumidas nos fundamentos da criação da Eurojust¹⁰¹, conforme exposição realizada no Conselho Europeu realizado na cidade de Tampere, Finlândia, em 1999, quais sejam “(...) para reforçar a luta contra a criminalidade organizada, facilitar a coordenação adequada entre as autoridades judiciais nacionais e apoiar

¹⁰⁰ O conceito e o papel das autoridades centrais serão tratados no capítulo 3 deste trabalho.

¹⁰¹ UNIÃO EUROPEIA. *Judicial Cooperation in the EU: the role of Eurojust*. Londres: The Stationery Office Limited, 2004. p. 7.

as investigações criminais em casos de criminalidade organizada, bem como de uma cooperação estreita com a rede judiciária, em particular, a fim de simplificar a execução de cartas rogatórias”.

Diversas são as redes de cooperação existentes no mundo. A mais importante da Europa é a Eurojust¹⁰², criada em 2002, é um grupo de juízes e promotores de cada um dos países membros da UE, que trabalham única e exclusivamente para oferecer assistência às autoridades nacionais que estão investigando e processando graves crimes transnacionais. Este trabalho se realiza pela atuação em conjunto na coordenação das atividades das autoridades nacionais responsáveis por um determinado caso e pela facilitação que a Eurojust permite na produção de provas dentro da União Européia ou outro país com quem haja tratados de cooperação penal judicial em matéria penal.

O Brasil, atualmente, faz parte de redes de cooperação como a IberRed (Rede Iberoamericana de Cooperação Jurídica Internacional), a Rede de Cooperação Jurídica e Judiciária Internacional dos Países de Língua Portuguesa - Rede Judiciária da CPLP; e Rede Hemisférica de Intercâmbio de Informações para o Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal e de Extradicação). Além de suporte jurídico, que não se confunde com o papel da Eurojust, as redes são responsáveis pela promoção de eventos e discussões entre os países membros a fim de aprimorar o combate ao crime transnacional.

No caso brasileiro, as redes de cooperação não se prestam à assistência nos mesmos limites da Eurojust, que além de prestar cooperação administrativa, funciona como uma espécie de Autoridade Central supranacional, motivo pelo qual sua atuação está relacionada ao atendimento de medidas de cooperação jurídica.

A vantagem da existência da rede de cooperação se dá pela estrutura plurinacional existente, que permite orientar juízes e promotores nacionais a evitar erros que o desconhecimento dos diferentes tipos de ordenamento legal existente nos países membros pode ocasionar.

1.2.2.4 A existência e funcionamento de tribunais penais internacionais ou regionais

¹⁰² Segundo dados da própria União Européia 300 casos foram encaminhados para a Eurojust em 2003, o que representou um aumento de 50% no número de casos frente ao ano de fundação da Eurojust, em 2002. Quase a metade deles envolvia tráfico de drogas e fraude, podendo ainda ser observados casos de lavagem de dinheiro e terrorismo. UNIÃO EUROPÉIA, *op. cit.*, p. 10.

Há relatos históricos ratificando que o primeiro Tribunal Penal Internacional de que se tem notícia foi o formado em 1474, na Alemanha, para julgar os atos praticados por Peter Von Hegenbach, então Governador da cidade de Breisach¹⁰³.

Segundo registram os documentos históricos, Hegenbach promoveu atrocidades contra os cidadãos, autorizando que suas tropas matassem civis inocentes, estuprassem e pilhassem propriedades, considerando ainda que os atos praticados não estavam dentro de um contexto de hostilidade ou ameaça à cidade.

Uma vez derrotado por uma coalizão formada por França, Áustria e outras forças do Alto Reno, foi julgado e condenado por um tribunal cuja constituição apresentava juízes nomeados pela França, Alemanha, Suíça, Alsácia e Áustria, por ter violado “leis Divinas e Humanas”.

Muito embora o tribunal criado para julgar Peter Von Hagenbach possa ter sido o primeiro tribunal internacional na história, o mesmo não influenciou a criação de outros tribunais ou mesmo de um tribunal permanente como é o Tribunal Penal Internacional (TPI).

A idéia de se criar um tribunal penal com jurisdição permanente, como relata Japiassú¹⁰⁴, partiu de Gustav Moynier, um dos fundadores do Comitê da Cruz Vermelha. Horrorizado com as constatações do ocorrido na Guerra Franco-Prussiana, de 1870, em 1872 propôs a criação do tribunal para julgar violações às Convenções de Genebra de 1864¹⁰⁵.

A proposição de Moynier não foi levada adiante e somente quando do término da Primeira Guerra Mundial passou a ser discutida a criação do tribunal permanente para julgamento de excessos cometidos. Despertou atenção da comunidade internacional o massacre que o Império Turco-Otomano promoveu contra os armenios, em 1915, levando os Estados aliados à criação da *1919 Commission on the Responsibilities of the Authors of the War and the Enforcement of Penalties for Violations of Laws and Costume of War*, que investigou e recomendou a punição dos militares turcos responsáveis pelo massacre¹⁰⁶.

A punição aos militares turcos não foi levada adiante por compromissos políticos pactuados pela comunidade internacional, a despeito da previsão existente no Tratado de

¹⁰³ GREEN, L. C. International Crimes and the Legal Process. *The International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, v. 29, n. 4, p. 570, out. 1980.

¹⁰⁴ KAUL, Hans-Peter. Construction Site for More Justice: The International Criminal Court after Two Years. *The American Journal of International Law*, New York, v. 99, n. 2, p. 384, abr. 2005.

¹⁰⁵ Sobre a relação entre a criação da Cruz Vermelha e a Convenção de Genebra de 1864 ver MÜLLER, Rudolf. History of the origin of the red cross and of the Geneva convention. *World Affairs Journals*, Washington, DC, v. 59, n. 4, abr. 1897.

¹⁰⁶ JAPIASSU, *op cit*, p. 39.

Sèvres¹⁰⁷, celebrado entre a Força Aliada e o Império Turco-Otomano, da submissão dos responsáveis pelo massacre dos armenos a um tribunal formado pela Liga das Nações¹⁰⁸.

Ainda dentro do contexto da Primeira Guerra Mundial, foi celebrado, em 1919, em substituição ao tratado de Sèvres, o Tratado de Versalhes¹⁰⁹, que permitia o julgamento do Kaiser Guilherme II não por uma ofensa contra a lei penal, mas por uma ofensa suprema contra a moralidade e santidade dos tratados¹¹⁰. Contudo, antes que Guilherme II pudesse ser submetido a julgamento, buscou asilo na cidade de Doorn, na Holanda, que, sob o governo da Rainha Guilhermina se negou a entregá-lo ao tribunal internacional, por não reconhecer qualquer obrigação da Holanda em cooperar com a política internacional da Força Aliada¹¹¹.

Poucos anos após o término da Primeira Guerra Mundial, o mundo foi palco da Segunda Guerra Mundial e antes mesmo do seu término, já com a perspectiva da vitória dos aliados na Segunda Guerra Mundial, se iniciava o debate internacional sobre qual deveria ser o tratamento jurídico dado aos crimes praticados pelos japoneses e, especialmente, pelos alemães, que promoveram atrocidades contra pessoas de etnia judaica.

Em seu discurso realizado na Chatham House, em 05 de dezembro de 1946, o juiz Lawrance¹¹² afirmou que o objetivo fundamental do julgamento foi não só a punição daqueles que eram culpados, mas o estabelecimento da supremacia do direito internacional sobre o direito nacional, além de por meio de provas cabais mostrar ao povo alemão e para os povos do mundo as profundidades da infâmia que a guerra havia trazido à Alemanha.

Além do Tribunal de Nuremberg que ficou responsável pelo julgamento dos nazistas, foi criado o Tribunal de Tóquio para julgar os crimes praticados pelos japoneses, aliados dos alemães. Ao todo, 25 pessoas foram consideradas culpadas de um ou mais crimes, sendo certo que o julgamento realizado pelo Tribunal de Tóquio reafirmou a posição do Tribunal de

¹⁰⁷ O Tratado de Sèvres nunca foi ratificado pelo Império Turco-Otomano sendo anulado depois da guerra de independência. O massacre dos armenos restou impune. Vide CASSESE, Antonio. Reflections on International Criminal Justice. *The Modern Law Review*, London, v. 61, n. 1, p. 2, jan. 1998.

¹⁰⁸ A previsão de submissão aos tribunais militares formados pela Liga das Nações dos autores de atos que acarretaram violação às leis e costumes de guerra vinha escrita nos arts. 226 a 230. O art. 226 previa ainda que o governo turco reconheceria o direito da Força Aliada em promover os julgamentos, bem como deveria cooperar entregando os acusados, bem como fornecendo provas e informação de todos os tipos para fundamentar o julgamento (art. 228).

¹⁰⁹ O Tratado de Versalhes foi ratificado em 10 de janeiro de 1920.

¹¹⁰ Mais detalhes sobre a tentativa de julgamento do Kaiser Guilherme II, ver BALDWIN, Simeon E. The Proposed Trial of the Former Kaiser. *The Yale Law Journal*, New Haven, CT, v. 29, n. 1, nov. 1919.

¹¹¹ Sobre os aspectos da imunidade relacionados à soberania dos Estados e a responsabilidade penal do Kaiser pelos atos praticados ver WRIGHT, Quincy. The Legal Liability of the Kaiser. *The American Political Science Review*, Washington, DC, v. 13, n. 1, fev. 1919.

¹¹² LAWRENCE, Justice. The Nuremberg Trial. *Journal of International Affairs*, New York, v. 23, n. 2, p. 153, abr. 1947.

Nuremberg, em especial a de que pessoas físicas poderiam responder individualmente pelo crime de guerra de agressão¹¹³.

Não apenas guerras mundiais produziram cenários de barbárie. Conflitos civis ocorridos em países africanos e no continente europeu chocaram a comunidade internacional. O retrato das cenas é bem retratado pelo relato da revista *Times*¹¹⁴, de maio de 1994, que produziu matéria de capa sobre a situação da população no auge dos conflitos em Ruanda:

O sangue corria pelos corredores de igrejas onde muitos procuraram refúgio; cinco sacerdotes e 12 mulheres que se escondiam em um centro jesuíta foram abatidos. Uma ambulância da Cruz Vermelha estava parada em um ponto de controle, os seis pacientes feridos foram arrastados para fora e baionetados à morte. Crianças estavam cortadas ao meio, e as mães com bebês amarrados às costas esparramados, mortos nas ruas de Kigali. A luta foi mano a mano, íntimo e indescritível, uma espécie de sede de sangue que deixou aqueles que conseguiram escapar dela de olhos fundos e mudos.

Não apenas Ruanda, em 1994, mas outros conflitos também foram marcados por atrocidades na década de 90¹¹⁵. Na antiga Iugoslávia, a Sérvia promoveu em Kosovo um “programa de limpeza étnica”¹¹⁶ e em Serra Leoa¹¹⁷, a guerra civil levou a milhares de mortes, deslocamento de refugiados e a utilização de crianças como soldados.

A relação conflito étnico, guerra civil e indescritível brutalidade aparecia como característica em todos estes conflitos, a ponto de suscitar da comunidade internacional severa preocupação sobre a possibilidade de conflitos desta natureza se espalharem para outros lugares¹¹⁸.

¹¹³ COMYNS-CARR, A. S. Relations The Tokyo War Crimes Trial. *American Institute of Pacific Relations*, [S.l.], v. 18, n. 10, p. 109, maio 1949.

¹¹⁴ GIBBS, Nancy. Why? the Killing Fields of Rwanda. *Time*, California, p. 58, 16 maio 1994. Disponível em: <<http://www.time.com/time/magazine/0,9263,7601940516,00.html>>. Acessado em: 17 jan. 2013.

¹¹⁵ No Camboja, muito embora as atrocidades cometidas pelo governo do Khmer Vermelho tenham ocorrido entre abril de 1974 e janeiro de 1979, foi em 1997 que o governo daquele país solicitou ao Secretário-Geral da ONU auxílio para instalar um tribunal penal para julgar os crimes genocídio, contra a humanidade e de guerra praticados.

¹¹⁶ Ver MEERNIK, James. Victor's Justice or the Law?: Judging and Punishing at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. *The Journal of Conflict Resolution*, Thousand Oaks, CA, v. 47, n. 2, abr. 2003. e ARZT, Donna E. Views on the Ground: The Local Perception of International Criminal Tribunals in the Former Yugoslavia and Sierra Leone. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Thousand Oaks, CA, v. 603, jan. 2006.

¹¹⁷ Ver SCHABAS, William A. The Relationship between Truth Commissions and International Courts: The Case of Sierra Leone. *Human Rights Quarterly*, Baltimore, Maryland, v. 25, n. 4, nov. 2003. e WIGGLESWORTH, Gillian. The End of Impunity? Lessons from Sierra Leone. *International Affairs Journal*, New York, v. 84, n. 4, jul. 2008.

¹¹⁸ Segundo Lake e Donald, “o número cada vez maior de conflitos baseados em identidade sugere que podemos estar enfrentando uma epidemia de proporções potencialmente catastrófica, uma nova desordem mundial”. LAKE, David A.; ROTHCHILD, Donald. Ethnic Fears and Global Engagement. In: LAKE, David A. *et al.* (eds.). *The International Spread of Ethnic Conflict*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1998. p 339.

Como resposta aos atos praticados, a comunidade internacional representada ONU criou Tribunais Internacionais *ad hoc*, nos moldes de Nuremberg e Tóquio, com a finalidade de processar e punir as graves violações de Direitos Humanos cometidas.

Não obstante a continuidade das atividades dos tribunais de Ruanda, antiga Iugoslávia e Serra Leoa, perdurarem até os dias de hoje, em 1998, após intenso debate da comunidade internacional¹¹⁹, foi criado o Tribunal Penal Internacional, pelo Estatuto de Roma. Estabelecido na Haia, o mesmo tem como membros 121 países¹²⁰ e possui como missão não apenas punir aqueles que cometeram atrocidades, mas também servir de mecanismo de promoção da paz, assim entendido como a promoção da justiça¹²¹ e da reconciliação¹²² em regiões devastadas pela guerra.

¹¹⁹ Fanny Benedetti e John Washburn relatam os eventos preparatórios e o debate que antecedeu a conferência de Roma e que culminou com a redação final do Estatuto do TPI:

(...) sob a forte pressão dos acontecimentos e emoções, a Comissão de Direito Internacional produziu uma minuta do estatuto do tribunal penal internacional, em 1993, e uma versão final incorporando comentários dos governos em 1994. A Assembléia Geral respondeu à recomendação da Comissão de Direito Internacional de se realizar uma conferência diplomática sobre o tratado do TPI criando um comitê de revisão *ad hoc* para dar a versão final da minuta. Seis Estados Membros e agências especializadas oficialmente participaram das sessões do comitê de revisão *ad hoc*, bem como muitas ONGs também participaram ativamente. Em 1995, a Assembléia Geral considerou o relatório final da comissão *ad hoc* e estabeleceu a Comissão Preparatória, com autoridade para elaborar um texto consolidado amplamente aceitável de uma convenção para ser submetido a uma conferência diplomática de plenipotenciários. Em 1997, uma resolução da Assembléia Geral autorizou a conferência diplomática a ser realizada na cidade de Roma, entre 15 e 17 de junho de 1998 para concluir e adotar o tratado do Tribunal Penal. (BENEDETTI, Fanny; WASHBURN, John L. Drafting the International Criminal Court Treaty: Two Years to Rome and an Afterword on the Rome Diplomatic Conference. *Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations*, Boulder, CO, v. 5, n. 1, p. 3, jan./mar. 1999).

¹²⁰ Afeganistão, África do Sul, Albânia, Andorra, Antígua e Barbuda, Argentina, Austrália, Áustria, Alemanha, Bangladesh, Barbados, Bélgica, Belize, Benin, Bolívia, Bósnia e Herzegovina, Brasil, Bulgária, Burkina Faso, Burundi, Cambógia, Canadá, Cabo Verde, República da África Central, Chade, Chile, Colômbia, Comoros, Congo, Ilhas Cook, Costa Rica, Croácia, Chipre, República Tcheca, República Democrática do Congo, Dinamarca, Djibouti, Dominica, República Dominicana, Equador, Espanha, Estônia, Fiji, Filipinas, Finlândia, França, Gabão, Gâmbia, Geórgia, Gana, Grécia, Granada, Guatemala, Guiné, Guiana, Holanda, Honduras, Hungria, Ilhas Marshall, Islândia, Irlanda, Itália, Japão, Jordânia, Quênia, Letônia, Lesoto, Libéria, Liechtenstein, Lituânia, Luxemburgo, Macedônia, Madagascar, Malawi, Maldivas, Mali, Malta, Maurício, México, Mongólia, Montenegro, Namíbia, Nauru, Nova Zelândia, Níger, Nigéria, Noruega, Panamá, Paraguai, Peru, Polônia, Portugal, Reino Unido, República da Coreia, República de Moldova, Romênia, São Cristóvão e Névis, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, Samoa, San Marino, Senegal, Sérvia, Seychelles, Serra Leoa, Eslováquia, Suriname, Suécia, Suíça, Tajikistão, Tanzânia, Timor-Leste, Trindade e Tobago, Tunísia, Uganda, Uruguai, Vanuatu, Venezuela, Zâmbia.

¹²¹ Há quem defenda que dentro da noção de promoção de justiça por parte dos Tribunais Penais Internacionais em geral está a de restaurar a verdade. Muito embora a questão relativa a *dizer a verdade* esteja dentro dos princípios da justiça de transição (sobre o tema ver BASSIOUNI, M. Cherif. *The Chicago Principles on Post-Conflict Justice*. Chicago: International Human Rights Law Institute, 2007), registra-se a voz dissonante de Hanna Arendt quanto ao papel dos Tribunais de fazer registros de fatos históricos, que no livro *Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal* insiste que as principais funções dos tribunais são para administrar a justiça, assim entendida como determinar a culpa ou inocência de um indivíduo, e para punir os

Ao lado da organização e estrutura dos tribunais internacionais construídas e sedimentadas ao longo de algumas décadas, estava a formulação dos tipos penais e princípios de direito que viriam fazer parte do Estatuto de Roma.

A vontade de reprimir criminalmente tais fatos esbarrava em óbice material tão importante, quanto a necessidade de evitar a impunidade, qual seja a inexistência de tipos penais anteriormente previstos. A minguada da legalidade tal como consagrada por Beccaria¹²³, *nulum crimen sine lege previa*, a punição das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial parecia impossível.

Contra a “barreira da legalidade”¹²⁴ construiu-se um entendimento, com contornos jusnaturalistas, baseado no *ius gentium*. Em outras palavras, pretendia-se promover a persecução penal em razão de atos que violavam normas pré-estatais, metalegais e pré-jurídicas, que correspondiam a normas de cultura próprias do atual estágio da civilização cristã ocidental¹²⁵, muito embora inexistisse à época qualquer tipo penal internacionalmente criado.

Especificamente no que concerne à formulação do conceito de crimes contra a humanidade, Nuremberg representou um marco jurídico internacional¹²⁶. Mesmo sofrendo muitas contestações¹²⁷, os Tribunais Militares de Nuremberg e de Tóquio se tornaram importantes precedentes¹²⁸ para os Tribunais Penais Internacionais de Ruanda, Iugoslávia e Serra Leoa, servindo, inclusive, de base para o Estatuto de Roma. Segundo explicado por

culpados. A lei não deve tentar responder às questões mais amplas de por que um conflito ocorrido em um determinado lugar e tempo e entre certos povos, nem deve tribunais julgar concorrentes interpretações históricas. ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

¹²² RUDOLPH, Christopher. Constructing an Atrocities Regime: The Politics of War Crimes Tribunals. *The MIT Press Journal*, Cambridge, v. 55, n. 3, p. 656, verão 2001.

¹²³ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Hemus, 1983. p.116.

¹²⁴ Assinalam Sushek e Vieta que

Ante esta situación, los jueces e fiscales Del Tribunal de Nuremberg buscaron distintas estrategias para evitar contradecir dicho principio, por tal motivo, en el escrito de La acusación se insiste en confundir crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, concluyendo con una sentencia donde se resumieron bajo El concepto de crímenes de guerra, a los realizados contra La humanidad. (...) ‘El concepto de los crímenes contra la humanidad, que el Estatuto había dejado entrar por una pequeña puerta, se alejó a través de la sentencia’. (SUSHEK, Adriana; VIETA, Carina. *Corte Penal Internacional*. Buenos Aires: Biblioteca del Congreso de La Nación, 2003. p. 37).

¹²⁵ DE ARAUJO *apud* JAPIASSÚ, *op. cit.*, p. 58.

¹²⁶ JAPIASSÚ, *op. cit.*, p 175-177.

¹²⁷ Além das contestações relativas à afronta ao princípio da legalidade, questionava-se o fato de serem Tribunais de exceção promovendo a “paz dos vitoriosos”. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano, *op. cit.*, p. 56-59.

¹²⁸ Dentre as contribuições mais importantes dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio, podem ser ressaltadas: a impossibilidade de questionamento da legalidade e legitimidade dos Tribunais; de se alegar obediência hierárquica; de se alegar imunidade. SCHABAS, William A. *The UN international Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 47-73.

Japiassú¹²⁹, o Estatuto de Roma trouxe, para o direito positivo, o conceito de crime desenvolvido a partir destes precedentes, baseado na ideia de criminalizar graves violações ao Direito Internacional Humanitário:

Diferentemente, existe uma responsabilidade penal em matéria de infrações às regras do Direito Internacional Humanitário, especialmente os referentes a conflitos armados internacionais ou não. Com base no princípio da competência universal, deve ser processada e, se for o caso, punida toda a pessoa que tenha cometido alguma infração grave, independentemente da nacionalidade ou do lugar do delito.

A noção de infração refere-se a qualquer violação do Direito Internacional Humanitário. Deve ser entendido por eliminação, o que significa que qualquer uma que não seja grave. É o caso, por exemplo, da utilização de armas, de projéteis, de materiais e de métodos de combates que possam causar sofrimento desnecessário ou de maneira indiscriminada. Também pode ser o ataque contra as instalações, o material, as unidades e os meios de transporte, e o pessoal que tem o direito de utilizar o sinal distintivo da Cruz Vermelha.

Quatro são os crimes previstos no Estatuto de Roma: o de genocídio (art. 6º); os crimes contra a humanidade (art. 7º); os crimes de guerra (art. 8º); o crime de agressão (art. 5º, 1, d). Em linhas gerais, o crime de genocídio ocorre quando praticadas condutas de homicídio, ofensas graves à integridade física ou mental, dentre outras ações descritas no tipo penal contra membros de grupo nacional, étnico, racial ou religioso, desde que com a intenção de destruí-lo, no todo ou em parte¹³⁰.

O genocídio é uma modalidade de crime contra a humanidade, mas que por sua relevância foi destacado à condição de crime autônomo¹³¹. Seu nome surgiu pela primeira vez na obra do advogado Lemkin, a partir da junção da palavra grega (genos) com a latina (occidere), que passou a usar o nome genocídio para significar destruição de uma nação ou grupo étnico¹³².

O crime contra a humanidade verifica-se quando são praticados atos de homicídio, extermínio, escravidão, dentre outros previstos no tipo penal como parte de um ataque generalizado ou sistemático por parte do Estado, ou com a conivência deste, contra qualquer população civil.

Comete o crime de guerra quem pratica atos em grave violação às Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, tais como homicídio doloso, tortura, tomada de reféns, dentre outras práticas previstas no tipo penal ou nos costumes de guerra (art. 8º, 2, b) como

¹²⁹ JAPIASSÚ, *op. cit.*, p. 13.

¹³⁰ Segundo Bassinouni, existem entendimentos doutrinários no sentido de que mesmo não previsto no tipo penal de genocídio, por ser este uma especialização dos crimes contra a humanidade, os elementos de contexto ataque generalizado ou sistemático e a participação ou conivência do Estado a ele são empregados, havendo diferença apenas quanto ao destinatário dos ataques (certos grupos ou a população civil) (BASSINOUNI, M. Cherif, *op. cit.*, p. 228).

¹³¹ JAPIASSU, *op. cit.*, p. 220.

¹³² *Idem.*

parte de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de condutas.

O Estatuto do TPI, apesar de estabelecer competência da Corte para conhecer e julgar crime de agressão, ao contrário dos demais delitos, não trouxe qualquer definição típica. O crime de agressão está definido na Resolução nº 3314 (XXIX) da Assembléia Geral da ONU¹³³, mas não houve consenso quanto à redação do tipo penal quando da elaboração do Tratado de Roma. Contudo, no ano de 2010, na cidade de Kampala, Uganda, foi realizada conferência de revisão do Estatuto de Roma, quando se chegou à definição de crime de agressão como sendo o planejamento, preparação, iniciação ou execução, por parte de quem tenha poder de controle de fato, político ou militar de um Estado a fim de que este pratique ato de agressão contra outro, de tamanha proporção e escala que represente uma violação da Carta das Nações Unidas.

Apesar de o TPI representar um importante avanço na punição dos crimes que ofendem a noção de humanidade partilhada por todo mundo, o Tribunal, enquanto solução para a proteção dos direitos humanos, ainda não pode ser considerada unanimidade. A não ratificação do Estatuto de Roma pelos Estados Unidos, China e Israel, dentre outras nações com histórico de envolvimento em conflitos humanitários, e o fato de nenhum caso envolvendo uma nação forte ter sido admitido pela Promotoria¹³⁴, ainda colocam seu funcionamento sob olhares mais críticos.

1.2.2.5 Espaços judiciais regionais, sub-regionais e inter-regionais

Alguns países que compõem regiões ou sub-regiões do mundo têm entre si laços de afinidade cultural, política, econômica, de maneira que decidiram organizar o espaço jurídico comum, estabelecendo alianças com a finalidade de cooperar entre si no sentido de desenvolverem essas afinidades¹³⁵.

¹³³ Define o art. 1º da Resolução 3314 (XXIX) que “agressão é o uso da força armada por um Estado contra a soberania, a integridade territorial ou a independência política de outro Estado, ou de qualquer outra forma incompatível com a Carta das Nações Unidas”.

¹³⁴ O jornal britânico *The Guardian* noticiou que as Nações Unidas estão realizando investigação sobre possíveis crimes de guerra praticados pelo Reino Unido em ações militares no Afeganistão, pelos Estados Unidos no Paquistão e na região do Sahel africano e de Israel na Palestina, mediante o uso de navas não tripuladas (*drones*). BOWCOTT, Owen. UN to examine UK and US drone strikes. *The Guardian*, London, 24 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/world/2013/jan/24/un-examine-uk-afghanistan-drone-strikes>>. Acesso em: 26 jan. 2013.

¹³⁵ BASSIOUNI, M. Cherif, *op. cit.*, p. 377.

Os espaços regionais mais conhecidos mundialmente são a União Européia¹³⁶ (UE), criada em 07 de fevereiro de 1992 pelo Tratado de Maastrich, composta atualmente por 27 países membros¹³⁷; a Organização dos Estados Americanos (OEA), criada em 27 de fevereiro de 1967 pelo Protocolo de Buenos Aires, composta atualmente por 35 países membros¹³⁸; a Liga dos Países Árabes (Liga Árabe), criada em 22 de março de 1945 pelo Protocolo de Alexandria, composta atualmente por 21 países membros¹³⁹; a Unidade Africana (UA)¹⁴⁰, criada em 11 de julho de 2000 pelo Ato Constitutivo da Unidade Africana, composta atualmente por 52 países membros¹⁴¹; e a Commonwealth of Nations (COMMONWEALTH), criada em 11 de dezembro de 1931 pelo Estatuto de Westminster, composta atualmente por 55 países membros¹⁴².

Os espaços judiciais sub-regionais e inter-regionais são aqueles estabelecidos por acordos entre países no sentido de regular aspectos diferentes da cooperação internacional entre eles, tais como questões econômicas e sociais. Os espaços sub-regionais mais

¹³⁶ A UE está constituída sob três pilares: as Comunidades Européias, a política externa e de segurança comum e a cooperação policial e judiciária em matéria penal. O primeiro pilar é Comunidade Européia, constituída pela Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA) e pela Euratom e diz respeito aos domínios em que os Estados-Membros exercem, conjuntamente, a sua soberania através das instituições comunitárias. O segundo pilar instaura a Política Externa e de Segurança Comum (PESC), que prevê a possibilidade dos Estados-Membros empreenderem ações comuns em matéria de política externa. O terceiro pilar diz respeito à cooperação nos domínios da justiça e dos assuntos internos (JAI). A União deve levar a cabo uma ação conjunta para proporcionar aos cidadãos um nível elevado de proteção num espaço de liberdade, segurança e justiça. UNIÃO EUROPÉIA. *Tratado de Maastricht sobre a União Européia*. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_maastricht_pt.htm>. Acesso em: 14 jan. 2013.

¹³⁷ Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Chipre, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Polónia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Romênia, Suécia.

¹³⁸ Antígua e Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Dominica El Salvador, Equador, Estados Unidos da América, Granada, Guatemala, Guiana, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, São Cristóvão e Nevis, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai, Venezuela.

¹³⁹ Argélia, Bahrain, Comores, Djibouti, Egito, Iraque, Jordânia, Kuwait, Líbano, Líbia, Maurítânia, Marrocos, Omã, Palestina, Qatar, Arábia Saudita, Somália, Sudão, Tunísia, Emirados Árabes Unidos e Iemên, sendo que a Síria atualmente se encontra suspensa dado o conflito civil que atualmente ocorre naquele país.

¹⁴⁰ A União Africana foi criada em substituição à Organização da Unidade Africana, criada em 1963.

¹⁴¹ África do Sul, Angola, Argélia, Benim, Botswana, Burkina Faso, Burundi, Cabo Verde, Camarões, Chade, Costa do Marfim, Djibouti, Egito, Eritreia, Etiópia, Gabão, Gâmbia, Gana, Guiné, Guiné-Bissau, Guiné Equatorial, Lesoto, Libéria, Líbia, Malawi, Maurícia, Maurítânia, Moçambique, Namíbia, Nigéria, Quênia, República Centro-Africana, República do Congo, República Democrática do Congo, Ruanda, Saara Ocidental, São Tomé e Príncipe, Senegal, Serra Leoa, Seychelles, Somália, Suazilândia, Sudão, Sudão do Sul, Tanzânia, Togo, Tunísia, Uganda, Zâmbia, Zimbábwe, sendo que Guiné, Madagascar, Níger e Mali encontram-se suspensos em razão de golpes de estados.

¹⁴² África do Sul, Antígua e Barbuda, Austrália, Bahamas, Bangladesh, Barbados, Belize, Botswana, Brunei, Camarões, Canadá, Chipre, Dominica, Gâmbia, Gana, Granada, Guiana, Índia, Jamaica, Quênia, Kiribati, Lesoto, Malawi, Malásia, Maldivas, Malta, Maurícia, Moçambique, Namíbia, Nauru Nova Zelândia, Nigéria, Paquistão, Papua-Nova Guiné, Reino Unido, Ruanda, São Cristóvão e Nevis, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, Samoa, Seychelles, Serra Leoa, Singapura, Ilhas Salomão, Sri Lanka, Suazilândia, Tanzânia, Tonga, Trinidad e Tobago, Tuvalu, Uganda, Vanuatu, Zâmbia.

conhecidos são o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), criado em 26 de março de 1991 pelo Tratado de Assunção, composto atualmente por 5 (cinco) países membros¹⁴³, a Associação Latino-Americana de Integração (ALADI), criada em 12 de agosto de 1980 pelo Tratado de Montevideu¹⁴⁴, composta atualmente por 14 países membros¹⁴⁵; o Benelux, criado em 16 de setembro de 1958 pelo Tratado do Benelux, composto atualmente por 3 países membros¹⁴⁶.

A Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN), por sua vez, é um dos espaços inter-regionais mais conhecidos. Inicialmente criada apenas como uma aliança militar, hoje a OTAN tem atuado no sentido de ajudar a desenvolver uma política abrangente, com abordagens econômica e militar para a gestão de crises, incluindo a estabilização e os esforços de reconstrução. Atores internacionais, tais como organizações não governamentais e internacionais têm atuado em conjunto nas missões da OTAN, na promoção do que a própria organização denomina gestão civil de crises¹⁴⁷.

Os espaços judiciais passaram a ganhar importância para o Direito Penal, pois algumas destas organizações intergovernamentais têm desempenhado um papel importante na justiça de pós-conflito (justiça de transição) e no combate ao crime transnacional.

No âmbito da OEA, por exemplo, foi constituída Corte Interamericana de Direitos Humanos estabelecida na cidade de São José, na Costa Rica¹⁴⁸. A Corte, cujo funcionamento se iniciou em junho de 1979¹⁴⁹, tem exercido importante papel no sentido de conceder reparação às vítimas de violações de direitos humanos, inclusive das vítimas de violações durante os períodos ditatoriais. Apesar da atuação da Corte, a OEA ainda possui um Departamento de Cooperação Legal, responsável pela promoção de encontros entre Ministros da Justiça e Procuradores-Gerais com a finalidade de capacitar, trocar experiências e integrá-

¹⁴³ Brasil, Argentina, Paraguai, Uruguai e Venezuela.

¹⁴⁴ Ratificado pelo Decreto nº 87.054, de 23 de março de 1982.

¹⁴⁵ Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, México, Panamá, Paraguai, Peru, Uruguai, Venezuela e Cuba.

¹⁴⁶ Bélgica, Holanda e Luxemburgo.

¹⁴⁷ ORGANIZAÇÃO DO TRATADO DO ATLÂNTICO NORTE (OTAN). *An introduction to the transatlantic Alliance*. Bruxelas: Public Diplomatic Division, 2012. Disponível em: <http://www.nato.int/welcome/brochure_WhatIsNATO_en.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2013.

¹⁴⁸ A Corte foi instituída pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ratificada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

¹⁴⁹ O Brasil somente reconheceu sua submissão à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos a partir de 2002, com a ratificação da Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, em consonância com o art. 62 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José) pelo Decreto nº 4.463, de 08 de novembro de 2002.

los no combate a determinados crimes transnacionais como o terrorismo, a corrupção e os crimes cibernéticos¹⁵⁰.

No âmbito do MERCOSUL, o espaço judicial está melhor desenvolvido nas matérias civil, comercial, trabalhista e administrativa, na medida em que os países membros adotaram os Protocolos de Las Leñas¹⁵¹ e de Ouro Preto¹⁵², que simplificaram o cumprimento de medidas cautelares, decisões arbitrais, cartas rogatórias em qualquer estado-membro. No entanto, em matéria penal, estão em vigor o Protocolo de medidas Cautelares¹⁵³, que permite o cumprimento de medidas cautelares destinadas a impedir a irreparabilidade de um dano em relação às pessoas, bens e obrigações de dar, de fazer ou de não fazer e um tratado de cooperação judicial (Protocolo de San Luis), que serão objeto de estudo no terceiro capítulo deste trabalho.

Os espaços judiciais internacionais vêm alcançando cada vez mais importância no cenário internacional, pois além de servirem como fóruns de mediação e integração econômica, cultural e social dos países, regiões e blocos, permitem o estabelecimento de acordos e deliberações no sentido de combater ameaças comuns como o crime transnacional.

1.2.2.6 Qualquer outro problema criminal vinculado ao indivíduo que possa surgir no plano internacional

O Direito Penal Internacional é uma especialização do Direito Penal que está em permanente construção, assim como o Direito Penal Econômico. Desde os primórdios da civilização, os reinos e cidades estabeleceram regras e costumes de relacionamento e convivência.

A própria história da humanidade, mais antiga ou mais recente, aponta que com a intensificação das relações entre os Estados e o estabelecimento de objetivos comuns houve a necessidade de se criarem novas estruturas jurídicas e de modernizar as já existentes para a consecução destas finalidades.

Na medida em que a evolução do direito acompanha as relações sociais, é impossível apresentar um conteúdo hermético do Direito Penal Internacional, sob pena de negar a própria evolução das relações internacionais e o crescente papel do indivíduo neste cenário.

¹⁵⁰ Mais informações em: ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. Disponível em: <www.oas.org>. Acesso em: 15 jan. 2013.

¹⁵¹ Decreto nº 2.067, de 12 de novembro de 1996.

¹⁵² Decreto nº 1.901, de 09 de maio de 1996.

¹⁵³ Decreto nº 2.626, de 15 de junho de 1998.

Nos dias de hoje, não é mais cabível a afirmação de que o espaço das relações internacionais é exclusivo dos Estados e de suas organizações ou blocos. A própria constatação da existência de deficiências permitiu maior inserção do indivíduo como sujeito de direitos e obrigações para com toda a comunidade interna e externa. Não é por menos que hoje existem organizações internacionais e tribunais internacionais que estão aptos a receber notícias de violações de Direitos Humanos contra o indivíduo e a adotar as providências legais cabíveis contra o Estado ou contra os agentes deste.

Por esse motivo, considerando que o papel de indivíduo ainda não foi totalmente delimitado no plano internacional, o conteúdo do Direito Penal Internacional deve ser considerado aberto, ao menos por enquanto, para que possa abarcar novos problemas de caráter criminal que o indivíduo possa vir a enfrentar.

1.2.3 A cooperação jurídica internacional em matéria penal como símbolo da luta contra a criminalidade na atualidade

A criminalidade, na atualidade, tem apresentado o mesmo grau de complexidade identificado nas relações sociais no mundo globalizado. Estruturada de forma muito bem organizada, escondida atrás da fachada de atividades lícitas, utilizando-se de estruturas transnacionais, o crime não tem mais território ou nacionalidade.

A facilidade encontrada para explorar brechas nos controles estatais e se desenvolver, tem levado a criminalidade a níveis que comprometem não só bens jurídicos dos Estados que sofrem individualmente com a ação criminosa, mas também toda comunidade internacional que é atingida tanto pela expansão do núcleo criminoso para outros territórios, quanto por servir de ponto de apoio à atividade criminosa ante a falta de controle rígido das instituições financeiras, formulação de políticas imigratórias frágeis, baixo controle de fronteiras, entre outras causas.

Este cenário motivou reação da comunidade internacional que passou a se preocupar com o fenômeno criminoso de forma conjunta e integrada. O resultado deste esforço comum pode ser visto no aprimoramento do conteúdo do Direito Penal Internacional, que passou a ser tópico obrigatório nos espaços jurídicos regionais; provocando a expansão da aplicação das leis penais internas, tal como ocorre com a legislação anticorrupção. Gerou um reforço nos sistemas de proteção aos Direitos Humanos; bem como ensejou o desenvolvimento de novas medidas jurídicas como assistência mútua, transferência de processos, transferência de presos condenados, que se somam com os institutos mais tradicionais como a extradição, a carta

rogatória e a homologação da sentença estrangeira, insuficientes para o devido enfrentamento do crime.

Na atualidade, a palavra de ordem no combate ao crime é cooperação, ou seja, a atuação conjunta e ordenada dos Estados em busca de um objetivo comum - o combate ao crime. Este esforço implica a necessidade de evoluir o pensamento jurídico nacional para aceitar soluções inovadoras¹⁵⁴ e abandonar velhos formalismos, mas sem perder o norte dos princípios e garantias fundamentais do indivíduo.

Ao contrário do que se pode pensar, a cooperação entre Estados sempre enfrentou sérias dificuldades, mormente pelo conveniente argumento da violação da soberania, sempre que interesses nacionais de toda natureza possam ser contrariados. A interferência política no Direito Penal Internacional chega a causar contradições, como as apontadas por Viada¹⁵⁵, por outro lado, a proliferação de tratados e convenções uniformizando entendimentos e padronizando legislações¹⁵⁶ permite acreditar que a conveniência estará voltada para o combate ao crime, ao invés de compromissos políticos e comerciais paralelos.

Superadas as dificuldades iniciais à implantação das diversas formas de cooperação, é perceptível a adesão das autoridades nacionais às suas diversas formas, o que aponta para o sucesso da cooperação como símbolo do Direito Penal Internacional para o combate do crime na atualidade. O quadro abaixo apresenta a estatística de pedidos de cooperação que

¹⁵⁴ Este é o alerta que faz Teresa Alves:

Num outro plano, as exigências específicas colocadas à cooperação judiciária internacional em matéria penal pela *necessidade* de combater *novas formas de criminalidade, em particular formas de criminalidade organizada*, que envolvem as ordens jurídicas de vários países, fazendo apelo a soluções inovadoras, não só no quadro da cooperação judiciária a nível europeu, como também no âmbito mais vasto da cooperação realizada sob a égide da Organização das Nações Unidas e, por isso mesmo, a um diálogo interactivo desses diversos níveis de análise e actuação. (ALVES MARTINS, Teresa. Cooperação internacional no processo penal: relatório português ao Congresso Internacional de Direito Processual. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, a. 5, f. 3-4, p. 482, jul./dez. 1996).

¹⁵⁵ Por um lado,

(...) el Principio de soberanía, al que el Estado renuncia sin problemas cuando la cooperación es en su propio interés, se presenta como un obstáculo a la creación de sistemas de cooperación de carácter supranacional. Y por otro lado, no existe un verdadero equilibrio entre libertad y seguridad, eficacia y Derechos Humanos. Por el contrario, estamos asistiendo impasibles a la quiebra de Derechos Fundamentales en nombre de la seguridad de unos Estados que, paradójicamente, pretenden ser Estados de derecho y aun así el mundo occidental actúa de facto como si fuere el garante de la libertad, la democracia y la justicia. (VIADA, Natacha G., *op. cit.*, p. 90-91).

¹⁵⁶ Para Teresa Alves, as medidas preconizadas a nível internacional perderão grande parte do seu significado se não forem acompanhadas por medidas tendentes a garantir sua aplicação na legislação interna dos diversos países. Nesse sentido, assume particular relevo a ratificação das convenções relativas a matéria penal que, ao longo das últimas décadas, tem vindo a ser construída na cena internacional. ALVES MARTINS, Teresa, *op. cit.*, p. 484-485).

tramitaram entre os anos de 2011 e 2012 pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), Autoridade Central para diversos tratados em matéria penal que tratam da cooperação jurídica:

Quadro 3 Pedidos de cooperação jurídica processados pelo DRCI nos anos de 2011 e 2012

Ano	Carta Rogatória Ativa	Carta Rogatória Passiva	Auxílio Jurídico¹⁵⁷ Ativo	Auxílio Jurídico Passivo
2011	138	10	755	161
2012 ¹⁵⁸	46	4	1036	37

Fonte: DRCI, 2013¹⁵⁹

A estatística oficial indica que a cooperação jurídica tem sido muito utilizada, de forma crescente, pelas autoridades brasileiras, comparando-se os dados do ano de 2011, com os dados provisórios de 2012, o que nos faz acreditar ser a cooperação jurídica, como a manifestação do Direito Penal Internacional, o símbolo do combate à criminalidade da modernidade.

No próximo capítulo serão apresentadas as diferentes formas de se estabelecer a cooperação jurídica, quando então, no terceiro capítulo, será feito um estudo aprofundado sobre a assistência mútua em matéria penal.

¹⁵⁷ O Ministério da Justiça não informa qual o conceito de auxílio jurídico .

¹⁵⁸ O MJ não divulgou as estatísticas relativas aos meses de novembro e dezembro de 2012, o que indica tratar-se de um resultado parcial.

¹⁵⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. *Ministério da Justiça*. Disponível em: <www.mj.gov.br>. Acesso em: 01 fev. 2013.

2 A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 O conceito de cooperação internacional em matéria penal

O sentido do verbo cooperar, na Língua Portuguesa, significa: operar juntamente com alguém¹⁶⁰, agir com outros para um mesmo fim¹⁶¹, agir conjuntamente para produzir um efeito, contribuir¹⁶². Assim, a cooperação internacional deve representar, em sua essência, uma ação coordenada de dois ou mais Estados ou organismos internacionais visando a um objetivo comum.

Para Wanderley Júnior¹⁶³, dá-se a cooperação internacional quando dois ou mais Estados atuam em conjunto, cada um operando dentro de sua esfera de competência, isto é, exercendo sua soberania em favor de uma finalidade comum, estão agindo em cooperação e otimizando suas forças, na busca de uma sinergia capaz de tornar eficazes seus esforços.

A finalidade da cooperação entre os Estados ou organismos internacionais é, sem dúvida nenhuma, o combate à criminalidade. Por esse motivo, a cooperação não se manifesta apenas na fase judicial, tendo lugar também na fase de investigação e na definição de políticas criminais.

A propósito da formulação de uma nomenclatura única que contemple todas as manifestações de ajuda entre os Estados e organismos internacionais de definição do que venha a ser cooperação internacional em matéria penal, Raúl Cervini¹⁶⁴ observa que “precisamente, para abarcar conceitualmente todo esse movimento de meios e recursos destinados a combater as manifestações transnacionais da delinquência, superar as dificuldades fáticas de uma investigação desta natureza e inclusive aquelas derivadas dos desajustes normativos das leis de diferentes países, Travers cunhou em 1925 a expressão ‘entre-ajuda penal’ (*l’entraïd*), para Roux *l’entre’aïnde*, também conhecida posteriormente

¹⁶⁰ DICIONÁRIO Online de Português. Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/cooperar>>. Acesso em: 01 dez. 2012.

¹⁶¹ LÉXICO Dicionário Português Online. Disponível em: <<http://www.lexico.pt/cooperar>>. Acesso em: 01 dez. 2012.

¹⁶² MICHAELIS Dicionário de Português Online. Disponível em: <michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=cooperar>. Acesso em: 01 dez. 2012.

¹⁶³ WANDERLEY JUNIOR, Bruno. A cooperação internacional como instrumento de combate ao terrorismo. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *Terrorismo e direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político-jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 279.

¹⁶⁴ CERVINI, Raul; TAVARES, Juarez. *Princípios da cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 47-48.

entre alguns autores americanos como extra-ajuda penal, como significativa dos diversos tipos de colaboração que crescentemente se prestam na atualidade entre os Estados, sem menoscabo algum de suas respectivas soberanias”.

De maneira sintética, o Ministério da Justiça¹⁶⁵ conceitua como intercâmbio internacional o cumprimento extraterritorial de medidas processuais do Poder Judiciário de outro Estado, enquanto que Viada¹⁶⁶ afirma não ser nada mais do que a facilitação de ação do Estado requerente na persecução de um delito.

As diferentes abordagens que pretendem definir o conceito de cooperação internacional em matéria penal ou cooperação penal internacional indicam a pluralidade e a complexidade das medidas que a comunidade internacional passou a adotar para combater o crime, as quais podem assumir um caráter administrativo ou jurídico.

Sob a denominação de administrativo, situam-se todas as medidas que, para seu atendimento, não há a necessidade de reconhecer ou executar uma decisão judicial proferida no estrangeiro, nem de identificar ao menos uma autoridade judiciária ou autoridades revestidas de poderes judiciais¹⁶⁷, conforme definido pela legislação brasileira, a exemplo da cooperação policial e das redes de cooperação (Rede Ibero-americana de Cooperação Judicial – IberRED; Rede de Cooperação Jurídica e Judiciária Internacional dos Países de Língua Portuguesa - Rede Judiciária da CPLP; e Rede Hemisférica de Intercâmbio de Informações para o Auxílio Jurídico Mútuo em Matéria Penal e de Extradução). Por outro lado, na cooperação jurídica há as formas de cooperação, que serão a seguir apresentadas, e a assistência mútua, que será objeto do próximo capítulo.

2.2 As modalidades de cooperação jurídica penal internacional em matéria penal existentes no ordenamento jurídico do Brasil

A cooperação internacional em matéria penal é um complexo instituto que tem sido utilizado ao longo da história pelos Estados para se evitar a impunidade. Diversos são os atos que podem ser praticados pela via cooperacional. Apenas para se ter uma ideia da indefinição do alcance da expressão cooperação internacional em matéria penal, Ela Wiecko De

¹⁶⁵BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: matéria penal*. Brasília: Ministério da Justiça, 2008.

¹⁶⁶VIADA, Natacha G. *Derecho penal y globalización: cooperación penal internacional*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 92.

¹⁶⁷Dispensa-se o juízo de delibação.

Castilho¹⁶⁸ aponta divergência doutrinária relativa à quantidade de modalidades e procedimentos que são abarcados pela expressão:

BASSIOUNI (2004, p. 411) refere oito formas de cooperação penal entre Estados, a saber: extradição, assistência jurídica, execução de sentença penal estrangeira, homologação de sentença penal estrangeira, transferência de procedimento criminal, bloqueio e sequestro de produtos derivados de crime, troca de informações de inteligência e do direito aplicável, espaços judiciais regionais e sub-regionais. Por sua vez, SOUZA (2001, p. 138) enumera cinco formas, com base na legislação portuguesa: extradição, transmissão de processo penal, execução de sentença penal estrangeira, vigilância de pessoa condenada ou libertada condicionalmente, auxílio geral, compreendendo a notificação de documento, a notificação para comparecimento, a entrega temporária de preso, o envio de objeto, valor, documento ou processo, diligência para averiguar produtos do crime, informação sobre o direito aplicável, informação relativa a antecedentes penais, informação sobre sentenças penais.

Não se discute se podem existir diferentes formas de identificar e classificar as modalidades de cooperação internacional em matéria penal, mas para o presente capítulo, na primeira parte, ficaremos com aquelas formas que estão presentes na legislação brasileira¹⁶⁹, quer de forma autônoma, como a extradição, a transferência de presos condenados e a homologação de sentença penal estrangeira, ou como medidas de cooperação que estão inseridas no âmbito de outras como o bloqueio de ativos e produtos de crime e, na segunda, com aquelas que podem vir a ser adotadas pelo Brasil.

Assim, para uma melhor compreensão do alcance e importância de cada modalidade de cooperação internacional em matéria penal reconhecida no Brasil, será feita, a seguir, uma apresentação de cada uma delas, destacando aspectos históricos, legais e dogmáticos, com exceção da cooperação judicial e do auxílio direto que fazem parte da temática central deste trabalho.

2.2.1 A Extradição

2.2.1.1 Conceito

¹⁶⁸ CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Cooperação internacional na Execução da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 71, p. 234, mar./abr. 2008.

¹⁶⁹ Ao contrário de Portugal, o Brasil não possui uma lei interna que regule a cooperação internacional em matéria penal, restando a análise do instituto à casuística e às esparsas legislações sobre o tema.

A extradição¹⁷⁰ é o ato de cooperação pelo qual “(...) um indivíduo é entregue por um Estado a outro, que seja competente para processá-lo e puni-lo”¹⁷¹.

É considerada a modalidade de cooperação mais antiga da humanidade. Há relatos de que em 1.291 A. C., Ramsés II e Hattisuli, rei dos Hititas, celebraram o primeiro tratado de extradição de que se tem notícia¹⁷².

No Brasil, o instituto da extradição é relativamente recente. Os primeiros tratados de extradição foram celebrados pelo país entre os anos de 1826 e 1836¹⁷³, com França, Inglaterra¹⁷⁴, Alemanha e Portugal. Paralelamente à vigência dos tratados celebrados, o Ministério dos Negócios Estrangeiros do Brasil, editou, em 04.02.1847, Circular disciplinando internamente o processamento dos pedidos de extradição.

Dentre as principais características da extradição no período imperial, podem ser destacadas: (i) necessidade de garantia de reciprocidade quando não houvesse tratado celebrado¹⁷⁵; (ii) dupla tipicidade; (iii) a não extradição por crimes políticos; e (iv) a não extradição de nacionais.

A primeira Lei que tratou do tema da extradição no Brasil, foi a Lei nº 2.416, de 28 de junho de 1911, da República dos Estados Unidos do Brasil.

Segundo a primeira lei de extradição, era possível a extradição de nacionais e estrangeiros (art. 1º), havendo a dupla-tipicidade (art. 2º, I), desde que o extraditando não estivesse sendo processado ou já condenado pela Justiça nacional (art. 2º, II), dupla-

¹⁷⁰ Segundo Hildebrando Accioly, extradição é “(...) o ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo, acusado de um delito ou já condenado como criminoso, à justiça do outro, que o reclama, e que é competente para julgá-lo e puni-lo”. (ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 347).

¹⁷¹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 981. v. II.

¹⁷² BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to international criminal Law*. New York: Transnational Publishers, 2003. Muito embora deva ser feita a ressalva de Souza (1998), citando Jiménez de Asúa (1950) de que o primeiro tratado de extradição, tal como conhecido na atualidade, foi assinado entre o Rei da França – Carlos V - e o Conde de Sabóia, em 1376, com a finalidade de impedir que acusados de delito saíssem da França para se refugiarem na Sabóia e vice-versa. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *As novas tendências do direito extradicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 47.

¹⁷³ CAHALI, Yussef Said. *Estatuto do Estrangeiro*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 261. Após esse período outros tratados também foram celebrados, a exemplo celebrado com os Países Baixos, promulgado pelo Decreto nº 8.296, de 29 de Outubro de 1881.

¹⁷⁴ Souza (1998) sustenta que o Tratado de amizade, navegação e comércio entre o Império do Brasil e o Reino Unido não pode ser considerado um tratado de extradição por duas razões: a primeira que o tratado só previa expulsão do súdito de um das partes e a segunda que o tratado mantinha a figura do juiz conservador da Nação inglesa, que, na prática, representava a possibilidade da Inglaterra exercer sua jurisdição diretamente em solo brasileiro. SOUZA, Artur de Brito Gueiros, op. cit, p. 53-56.

¹⁷⁵ O Supremo Tribunal Federal (STF), em 1967, indeferiu pedido de extradição formulado pela Espanha, ante a ausência de tratado e de promessa de reciprocidade (Extradição n. 381). Após a CF/88, o STF continuou admitindo a extradição fundada em promessa reciprocidade. Na Extradição n.1076, a Corte Suprema indeferiu o pedido de extradição formulado pelos Estados Unidos ante a ausência da promessa de reciprocidade. No caso, a reciprocidade não era decorrente da ausência de tratado de extradição, mas do pedido tratar de crime não previsto no rol de crimes passíveis de extradição do referido tratado.

punibilidade (art. 2º, III), não extradição para tribunal ou juiz de exceção (art. 2º, IV) e que os crimes imputados não fossem políticos, de imprensa, puramente militares ou contra a religião (art. 2º, V).

Além desses requisitos, pela primeira vez no ordenamento pátrio, impunha-se a judicialização do procedimento extradicional, que passou a ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal.

A Lei nº 2.416, de 28 de junho de 1911 foi revogada pelo Decreto-Lei nº 394, de 28 de abril de 1938, que, por sua vez, foi revogado pelo Decreto-Lei nº 941, de 13 de outubro de 1969. Atualmente, vigora no ordenamento jurídico pátrio a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, conhecida como Estatuto do Estrangeiro.

O fundamento do instituto da extradição reside na ideia de que os criminosos devem ser responsabilizados por seus atos (*accountability*). Hugo Grotius, em 1624, formulou a máxima *aut dedere aut punire*, segundo a qual os Estados devem extraditar ou punir, posteriormente, em 1973, Bassiouni¹⁷⁶, diante da nova realidade processual penal, ajustou a máxima para *aut dedere aut judicare* (ou se extradita ou se processa). A posição atribuída a Grotius é de que deve haver solidariedade dos Estados no combate ao crime, decorrente de um dever moral existente de assistência mútua entre os Estados¹⁷⁷.

Feita uma breve apresentação do instituto da extradição, mister se faz indicar o quadro legal vigente no Brasil em matéria de extradição.

2.2.1.2 O quadro legal vigente no Brasil

Por ser a modalidade de cooperação internacional em matéria penal mais antiga, o Brasil como não poderia ser diferente, concluiu diversos tratados, tanto em nível bilateral, quanto em nível multilateral, disciplinando a extradição.

¹⁷⁶ BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to international criminal law*. New York: Transnational Publishers, 2003. p. 334.

¹⁷⁷ O prof. Celso Mello (2002) observa, contudo, que, historicamente, a entrega de criminosos estava relacionada à manutenção da ordem interna do que propriamente a um dever de cooperação internacional por parte dos Estados. Esta abordagem somente foi construída a partir da obra de Hugo Grotius (*op. cit.*, p. 983). MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 983. v. II. Gilda Russomano (1973), recorrendo ao Direito das Gentes, reconhece a existência de deveres morais, derivados de uma lei moral, que impõe aos Estados, em tempos de paz de cooperarem pelo desenvolvimento da ordem internacional. (RUSSOMANO, Gilda. A extradição no direito internacional e no direito brasileiro. In: _____. *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: José Konfino Ed., 1973. p. 38).

Apesar da existência de muitos tratados sobre extradição, cumpre registrar que a não celebração destes tratados não é empecilho para o deferimento da extradição, que poderá se fundar em promessa de reciprocidade.

Nos quadros 4 e 5 abaixo estão relacionados os tratados de extradições bilaterais e multilaterais vigentes no ordenamento brasileiro:

Quadro 4 Tratados Bilaterais

PAÍS	DATA DA CELEBRAÇÃO	PROMULGAÇÃO
Uruguai	27.12.16	Decreto nº 13.414/19
Peru	13.02.19	Decreto nº 15.506/22
Paraguai	24.02.22	Decreto nº 16.925/25
Chile	08.11.35	Decreto nº 1.888/37
Lituânia	28.09.37	Decreto nº 4.528/37
México	28.12.33	Decreto nº 2.535/38
Suíça	23.07.32	Decreto nº 23.997/34
Equador	04.03.37	Decreto nº 2.950/38
Venezuela	07.12.38	Decreto nº 5.362/40
Colômbia	28.12.38	Decreto nº 6.330/40
Bolívia	25.02.38	Decreto nº 9.920/42
Bélgica	06.05.53	Decreto nº 41.909/57
Estados Unidos	13.01.61	Decreto nº 55.750/65
Argentina	15.11.61	Decreto nº 62.979/68
Espanha	02.02.88	Decreto nº 99.340/90
Itália	17.12.89	Decreto nº 863/93
Portugal	07.05.91	Decreto nº 1.325/94
Austrália	22.08.94	Decreto nº 2.010/96
Reino Unido	18.07.95	Decreto nº 2.347/97
Coréia do Sul	01.09.95	Decreto nº 4.152/02
França	28.05.96	Decreto Legislativo nº 219/04
Chile	10.12.98	Decreto nº 5.867/06
Ucrânia	21.10.03	Decreto nº 5.938/06

PAÍS	DATA DA CELEBRAÇÃO	PROMULGAÇÃO
Rússia	14.01.02	Decreto nº 6.056/07
Guatemala	20.08.04	Decreto Legislativo nº 301/07
Canadá	27.01.95	Decreto Legislativo nº 360/07
Angola	03.05.05	Decreto Legislativo nº 04/08
Romênia	12.08.03	Decreto nº 6.512/08
Líbano	04.10.02	Decreto Legislativo nº 348/08
República Dominicana	17.11.03	Decreto nº 6.738/09
Moçambique	06.07.07	Decreto Legislativo nº 894/09
Panamá	10.08.07	Decreto Legislativo nº 281/10
Suriname	21.12.04	Decreto Legislativo nº 665/10
Índia	16.04.08	Decreto Legislativo nº 187/12

Fonte: Adaptação de URUGUAI, 1916; PERU, 1919; PARAGUAI, 1925; CHILE, 1937; LITUÂNIA, 1937; MÉXICO, 1938; SUÍÇA, 1934; EQUADOR, 1938; VENEZUELA, 1940; COLÔMBIA, 1940; BOLÍVIA, 1942; BÉLGICA, 1957; ESTADOS UNIDOS, 1965; ARGENTINA, 1968; ESPANHA, 1990; ITÁLIA, 1993; PORTUGAL, 1994; AUSTRÁLIA, 1996; REINO UNIDO, 1997; CORÉIA DO SUL, 2002; FRANÇA, 2004; CHILE, 2006; UCRÂNIA, 2006; RÚSSIA, 2007; GUATEMALA, 2007; CANADÁ, 2007; ANGOLA, 2008; ROMÊNIA, 2008; LÍBANO, 2008; REPÚBLICA DOMINICANA, 2009; MOÇAMBIQUE, 2009; PANAMÁ, 2010; SURINAME, 2010; ÍNDIA, 2012.

Quadro 5 Tratados Multilaterais

PARTES	LOCAL E DATA DA CELEBRAÇÃO	PROMULGAÇÃO
MERCOSUL	Rio de Janeiro, 10.12.98	Decreto nº 4.975/04
MERCOSUL + Bolívia e Chile	Rio de Janeiro, 10.12.98	Decreto nº 5.867/06
CPLP	Praia, 23.11.05	Decreto Legislativo nº 45/09

Fonte: Adaptado de MERCOSUL, 2004; MERCOSUL, 2006; CPLP, 2009.

Além dos tratados bilaterais e multilaterais em matéria de extradição, a Lei 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro) também disciplina a tramitação do pedido de extradição, bem como aspectos relativos à entrega do extraditado.

2.2.1.3 Aspectos dogmáticos da extradição

No Direito Internacional, existem diversas formas de extradição, que podem ser divididas e classificadas da seguinte forma: A) **Quanto ao procedimento**: (i) extradição de fato – fundamentada na *comitas gentium*, quando o extraditando é entregue ao país estrangeiro sem que haja qualquer procedimento jurídico. No Brasil, a extradição de fato é muito empregada na região de fronteira do Estado do Rio Grande do Sul¹⁷⁸; (ii) extradição de direito – aquela que segue as normas e trâmites jurídicos consagrados pela legislação nacional e internacional. B) **Quanto à parte requerente**: (i) extradição ativa – do ponto de vista do Estado requerente; (ii) extradição passiva – do ponto de vista do Estado requerido. C) **Quanto à finalidade**: (i) extradição instrutória – quando o extraditando está respondendo a processo criminal no Estado requerente; (ii) extradição executória – quando o extraditando deverá cumprir sentença transitada em julgado no país requerente.

Há ainda a reextradição ou extradição disfarçada, que é aquela em que o extraditando é entregue ao Estado requerente, que logo entrega a outro Estado que lhe formula pedido de extradição. Segundo o Estatuto do Estrangeiro (art. 91, IV), o Estado requerente deve assumir o compromisso de não reextraditar sem o consentimento do Brasil¹⁷⁹ e a extradição

¹⁷⁸ MELLO, Celso D. de Albuquerque, *op. cit.*, p. 984.

¹⁷⁹ Nesse sentido Ext. 853/PG, Rel. Min. Mauricio Corrêa, julgada em 19 dez. 2002.

simplificada¹⁸⁰, introduzida pela Convenção Interamericana sobre Extradução, celebrada na cidade de Caracas, em 1981. Tal modalidade impõe uma entrega sumária do extraditando, sem que sejam cumpridas as formalidades legais e desde que o extraditando consinta com formalmente com o procedimento, após ser informado dos seus direitos.

Introduzidas as formas de extradição, necessário se faz apresentar os princípios informadores do processo de extradição e, por fim, analisar brevemente outros aspectos concernentes ao processo extradicional que já foram objeto de análise pelo STF.

(i) **Princípio da especialidade** – a especialidade impõe que o Estado requerente somente possa julgar o extraditado pelo delito que fundamentou o pedido extradicional (art. 91, I do Estatuto do Estrangeiro), salvo se o extraditado houver praticado novo crime após o deferimento da extradição¹⁸¹.

(ii) **Princípio da identidade** – a identidade impõe que as imputações e penas que fundamentam o pedido de extradição guardem semelhanças com as existentes no Brasil. No Estatuto do Estrangeiro verifica-se pluralidade de exigências fundadas na identidade, a saber: a) dupla tipicidade (art. 77, I), que impõe a dupla incriminação da conduta segundo a lei do país parte e a lei brasileira; b) a pena a ser imposta no país parte deve existir no Brasil (art. 91, III)¹⁸²; c) a conduta imputada deve ser punível tanto no Brasil, quanto no país parte, segundo a lei mais favorável para o extraditando¹⁸³.

Ao lado das limitações impostas pelos princípios informadores da extradição, outros óbices ao deferimento dos pedidos já foram formulados e analisados pela Corte Constitucional brasileira:

(i) **Inocência quanto o mérito da ação penal que ensejou o pedido de extradição** – o STF já decidiu que o pedido de extradição está vinculado a um sistema de

¹⁸⁰ Atualmente, não há lugar para a extradição simplificada no Brasil, pois além de não haver permissão legal para tanto, a CF/88 é mandatória, a nosso ver, no sentido de obrigar a análise pelo STF de todos os processos de extradição.

¹⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradição n. 1.052*. Relator Ministro Eros Grau. Brasília: o Supremo, 09 out. 2008.

¹⁸² A jurisprudência do STF é pacífica no sentido de impor ao Estado requerente a obrigação de comutar pena perpétua e de morte (Extradição n.633/CH, Extradição n. 1041/EU, Extradição n.1187/EU).

¹⁸³ Sobre a possibilidade do deferimento de extradição pelo Brasil de militares acusados da prática de crimes contra a humanidade, o STF, ao julgar as extradições Ext. 974/AR e Ext 1.150/AR, não reconheceu a aplicabilidade da Lei da Anistia brasileira (Lei n. 6.683/79) e deferiu os pedidos.

contenciosidade limitada, onde não cabe a análise do mérito da ação penal (Ext. 1.145/Reino Unido);

(ii) **Incompetência da autoridade estrangeira que requer a extradição à luz do direito brasileiro** – o sistema jurídico brasileiro impõe que os atos processuais de comunicação (cartas precatória, de ordem ou rogatória – art. 202, I do CPC) sejam expedidas por uma autoridade judicial. Nos *habeas corpus* nº 87.759 e 91.002, o STF vacilou quanto o julgamento mérito da questão. Inicialmente, ambas as ordens de habeas corpus foram concedidas sob o fundamento de que o Ministério Público estrangeiro não poderia expedir cartas rogatórias, muito embora lhe fosse atribuída tal competência em seu país, pois cartas rogatórias são atos de cooperação judicial internacional, sendo vedada a prática por membros estranhos ao Poder Judiciário. Posteriormente, em sede de embargos de declaração, o STF reviu seu o posicionamento para afirmar que não cabe ao Brasil impor a sua organização judiciária aos pedidos estrangeiros, reconhecendo assim a legitimidade do Ministério Público estrangeiro;

(iii) **A existência de filhos menores nascidos no Brasil antes do deferimento da extradição** – Em relação ao instituto da expulsão, esta não pode ocorrer quando o agente tiver família no Brasil e filho menor que dele dependa para sua subsistência (art. 75, b). O STJ não admitiu transpor ao processo de extradição o mesmo óbice, pois a existência de matrimônio ou de filho menor brasileiro dependente do extraditado não está elencada como condição impeditiva da extradição no art. 77 do Estatuto do Estrangeiro (Ext 1255/Áustria). Diante de reiteradas decisões, o STF editou o verbete nº 421 da súmula de sua jurisprudência.

2.2.2 A Carta Rogatória em matéria penal

2.2.2.1 Conceito

A carta rogatória¹⁸⁴, segundo Pontes de Miranda¹⁸⁵, é o “(...) ato de solicitação de um Juiz de um Estado à Justiça do outro para que tenha efeitos no território estrangeiro algum ato seu, ou que algum ato se pratique, como parte da sequência de atos que é o processo”.

¹⁸⁴ José Rocha (1977) conceitua carta rogatória da seguinte maneira: “instrumento itinerante com o qual, em obediência à convenção internacional ou com concurso diplomático, a autoridade judiciária de um país solicita à

O objeto das cartas rogatórias, no entanto, é menos extenso do que se poderia imaginar em princípio, estando este limitado a atos ordinatórios e instrutórios do processo¹⁸⁶, a exemplo do cumprimento de atos de citação, notificação, cientificação e ou de coleta de prova¹⁸⁷.

Tem-se notícia de que as cartas rogatórias vêm sendo cumpridas pelo Brasil desde o século XIX, quando a própria parte interessada se encarregava de transmitir a carta de um juízo ao outro. Após o Aviso Circular nº 1, de 1847, a tramitação das cartas rogatórias passou a ser feita por meio da via diplomática ou consular, por apresentação direta do interessado e por remessa direta de juiz a juiz¹⁸⁸.

Com a promulgação da Lei nº 221, de 10 de novembro de 1894, as cartas rogatórias passaram ser cumpridas pelos juízes federais mediante o *exequatur* do Governo Federal¹⁸⁹. A competência administrativa para conceder *exequatur* às cartas rogatórias perdurou até 1934, quando a Constituição Federal daquele ano a transferiu para o STF¹⁹⁰.

Quanto ao objeto das cartas rogatórias, há muito¹⁹¹, o Brasil vem aceitando a prática de atos de citação, interrogatório, inquirição de testemunhas, exame, cópia ou traslado, verificação, remessa de documentos, havendo alterações históricas quanto à possibilidade de pedidos de produção de certas provas¹⁹².

de doutro o cumprimento de determinadas providências processuais que estão fora de sua jurisdição”. (ROCHA, José de Moura. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 157-163).

¹⁸⁵ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 253. t. III.

¹⁸⁶ Nádia de Araujo e Caputo Bastos (2001) informa que há, no Brasil, relatos doutrinários do séc. XIX de que cartas rogatórias de caráter executório eram cumpridas, sem o conhecimento do governo imperial, mas que com a edição do Aviso Circular nº 1, de 1847, instituiu-se tal proibição, que perdura até os dias atuais. (ARAÚJO, Nádia; BASTOS, Caputo. A Convenção Interamericana de Cartas Rogatórias e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Feral. *Revista de Direito Renovar*, São Paulo, v. 21, p. 87, set./dez. 2001).

¹⁸⁷ ARAÚJO, Nádia; BASTOS, Caputo, *op cit*, p. 86.

¹⁸⁸ *Idem*, p. 87.

¹⁸⁹ Art. 12. Além das causas mencionadas no art. 15, do decreto n. 848 de 11 de outubro de 1890, e no art. 60 da Constituição, compete mais aos juizes seccionaes processar e julgar em primeira instancia as que versarem sobre marcas de fabrica, privilegios de invenção e propriedade litteraria.

§ 4º As rogatorias emanadas de autoridades estrangeiras serão cumpridas sómente depois que obtiverem o exequatur do Governo Federal, sendo exclusivamente competente o juiz seccional do Estado, onde tiverem de ser executadas as diligencias deprecadas. As cartas de sentença, porém, de tribunaes estrangeiros, não serão exequivéis sem prévia homologação do Supremo Tribunal Federal com audiencia das partes e do procurador geral da Republica, salvo si outra cousa estiver estipulada em tratado.

¹⁹⁰ A CF/34 trazia a seguinte previsão: Art 77 - Compete ao Presidente da Corte Suprema conceder exequatur às cartas rogatórias das Justiças estrangeiras.

¹⁹¹ Art. 2º - “As cartas rogatorias em materia criminal serão limitadas à citação, interrogatório, inquirição de testemunhas, busca, exame, cópia ou traslado, verificação, remessa de documentos e quaesquer diligencias que importem esclarecimento para a formação da culpa”. Acordo celebrado entre o Brasil e a Republica do Perú para a execução de cartas rogatórias, incorporado pelo Decreto nº 7.582, de 27 de dezembro de 1879.

¹⁹² Ao julgar a CR 8.622/IT, em 06 dez. 2001, o STF afirmou não ser possível o cumpra-se relativo a pedido relacionado à quebra de sigilo bancário, se não homologada sentença estrangeira que o decretou, enquanto que o STJ, ao julgar a CR 1.621/PT, em 06 abr. 2006, concedeu *exequatur* ao pedido de “identificação e apreensão de bens móveis e imóveis, aplicações financeiras, fundos de investimentos e contas bancárias”.

Feita uma breve apresentação do instituto da carta rogatória, mister se faz indicar o quadro legal vigente no Brasil sobre o tema.

2.2.2.2 O quadro legal vigente no Brasil das cartas rogatórias em matéria penal

A atual Constituição Federal estabeleceu, após a Emenda Constitucional nº 45/04, em seu art. 105, I, i, a competência do Superior Tribunal de Justiça para a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias. Antes da alteração constitucional, competia ao Supremo Tribunal Federal tal papel. Não obstante, permaneceu inalterado o art. 109, da Constituição de 1988, que estabelece a competência dos juízes federais para sua execução.

As cartas rogatórias em matéria penal, atualmente, estão submetidas a quatro diferentes diplomas infraconstitucionais que, mesmo possuindo diversas disposições idênticas, complementam-se.

O primeiro é o Código de Processo Penal, que disciplina o instituto nos arts. 783 a 786. O segundo é o Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao processo penal, por força do art. 3º do CPP. A lei processual civil trata das cartas rogatórias em seus arts. 200 a 212. O terceiro é a Resolução nº 09, de 04, de maio de 2005, do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Após a alteração da competência do Supremo Tribunal Federal (STF) para o STJ, este editou a citada resolução para regular a tramitação das cartas perante o Tribunal. O quarto é o Código de Processo Penal Militar (art. 65, §1º), especificamente aplicado para os casos de competência da Justiça Militar.

No âmbito dos instrumentos internacionais, o Brasil celebrou alguns tratados bilaterais relativos ao cumprimento de cartas rogatórias em matéria penal, com Peru (1879), Bolívia (1880), Argentina (1880), Uruguai (1911), além da Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias (1975), muito embora a tramitação das cartas rogatórias pela via diplomática dispense a celebração de tratados.

2.2.2.3 Aspectos dogmáticos da carta rogatória em matéria penal

As cartas rogatórias, enquanto instrumentos de comunicação de atos, podem ser classificadas como: A) **quanto ao remetente**: (i) ativas – quando o Estado brasileiro é o requerente (art. 783 do CPP); (ii) passivas – quando o Estado brasileiro é o destinatário (art. 784 do CPP); B) **quanto à finalidade**: (i) ordinatória – quando se pretende comunicar algum ato processual, a exemplo da citação e notificação; (ii) instrutórias – quando a finalidade é a

produção de provas; (iii) executórias – quando a finalidade é cumprir um ato de execução, penhora, bloqueio de bens, quebra de sigilo, penas. As cartas executórias em matéria penal não são admitidas no Brasil desde 1847¹⁹³.

Para alcançarem o *exequatur*, as cartas rogatórias devem passar pelo juízo de deliberação do Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça que analisará o preenchimento dos seguintes requisitos:

(i) **A não ofensa à soberania** – que pode ser entendida como não ofensa ao poder supremo ou ao poder sobre todos, que não admite limitações, exceto quando por meio de seu exercício e voluntariamente se assim se dispõe¹⁹⁴. Em outras palavras são as competências que o Estado possui.

(ii) **A não ofensa à ordem pública** – que pode ser entendida como não ofensa às leis e às normas que são expressão dos princípios fundamentas de caráter social e moral sobre os quais se funda o ordenamento jurídico interno, em relação a um determinado período histórico e à consciência jurídica de uma determinada sociedade política nessa época¹⁹⁵⁻¹⁹⁶.

(iii) **A não ofensa aos bons costumes** – que pode ser entendida como não ofensa àqueles que não ferem os sentimentos de honestidade, recato, probidade, decência e estima do indivíduo em determinada época e lugar¹⁹⁷.

(iv) **O crime objeto do processo em curso na Justiça rogante não exclua a extradição segundo o Direito brasileiro** – trata-se de exigência legal prevista no art. 784 do

¹⁹³ Nesse sentido, é a decisão do STF nos autos da CR 337, assim que ficou assim ementada “Carta rogatória executória. inadmissibilidade. Sequestro, importando execução forçada”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Carta Rogatória nº 337*, Brasília: o Supremo, 13 ago. 1953. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jul. 2012.

¹⁹⁴ ARAUJO, Nadia de (coord.). *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça: Comentários à Resolução nº 09/2005*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 67.

¹⁹⁵ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2002. p. 740.

¹⁹⁶ Para Câmara Leal (1943), o conceito de ordem pública está associado às regras do bem-estar da sociedade, em especial à “observância das regras que dizem respeito à vida política, social e econômica do país, de modo a assegurar a estabilidade de sua organização, o equilíbrio de sua atividade administrativa, o bem-estar da coletividade e a prosperidade de suas fontes de receitas, como fatores da felicidade geral e coletiva”. CÂMARA LEAL, Antônio Luiz da. *Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. p.410. v. 4.

¹⁹⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2002. p. 740. No mesmo sentido Câmara Leal define bons costumes como a “(...) observância das normas aceitas pela convenção de cada povo, em um dado momento histórico, como representativas da moral social”. CÂMARA LEAL, Antônio Luiz da. *Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. p.410. v. 4.

CPP¹⁹⁸, que pode ser entendida como uma manifestação do princípio da identidade no âmbito das cartas rogatórias em matéria penal¹⁹⁹.

Quanto à incidência do princípio da identidade no âmbito das cartas rogatórias, algumas pertinentes controvérsias são suscitadas, a exemplo da hipótese da existência de uma carta rogatória com a finalidade de citar um indivíduo com domicílio no Brasil para que responda a processo criminal em Portugal, por um crime que já está prescrito segundo a legislação brasileira.

Mesmo que o “cumpra-se” dado pelo Ministro Presidente do STJ não possa ser identificado como um ato de submissão da parte interessada ao processo penal estrangeiro, tal como ocorre na extradição, é fato que a mera instauração do processo penal, antes mesmo do ato citatório, segundo a doutrina pátria, já representa hipótese de constrangimento ao *status dignitatis* do cidadão²⁰⁰.

No entanto, ao enfrentar a questão²⁰¹, o STJ entendeu não ser cabível esse tipo de discussão em sede de rogatória, eis que: (i) pertinente ao mérito da ação penal, cabendo a análise apenas pela Justiça Rogante; (ii) a análise da prescrição não está inserida dentro do juízo deliberatório; (iii) no tratado de auxílio mútuo em matéria penal celebrado entre Brasil e Portugal não existe a previsão da ocorrência da prescrição como motivo para a recusa da cooperação internacional.

Os argumentos da Corte, por sua vez, não são satisfatórios para pôr fim ao debate, pois mais do que uma questão de mérito da ação penal, a prescrição é matéria de ordem pública (art. 267, VI e §3º, do CPC), um dos requisitos a serem preenchidos pela carta rogatória, de maneira que sua análise poderia ser suscitada pela parte. Por fim, há a impropriedade no

¹⁹⁸ Art. 784 do CPP: Art. 784 - As cartas rogatórias emanadas de autoridades estrangeiras competentes não dependem de homologação e serão atendidas se encaminhadas por via diplomática e desde que o crime, segundo a lei brasileira, não exclua a extradição.

¹⁹⁹ O STJ negou *exequatur* a carta rogatória citatória que pretendia citar uma pessoa para responder à processo penal na Alemanha, sendo que à época do crime o citando era menor de 18 anos, ou seja, inimputável segundo as leis brasileiras. Considerando que inimputáveis não podem ser extraditados, não prosperou o pedido citatório. Nos termos do voto do Min. Relator, houve ofensa à ordem pública, o que nos parece ser um argumento incorreto, já que o princípio da identidade vigora como requisito legal (art. 784 do CPP) diferente da ofensa à ordem pública (art. 6º, da Res. 09 do STJ). BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Carta Rogatória n. 3.723. Brasília: o Supremo, 02 set. 2009. Em sentido totalmente contrário no BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental na Carta Rogatória n. 4.289*. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. Brasília: o Supremo, 16 jun. 2010, o STJ afirmou ser possível cumprir diligência citatória para integrar lide criminal cujo objeto não é crime segundo a legislação brasileira. No caso, afirmou-se o cabimento da medida citatória por estar o pedido de acordo com acordo internacional firmado entre Brasil e Portugal.

²⁰⁰ Nesse sentido JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 8. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 95 e OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 6. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 71.

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Agravo regimental na carta rogatória n. 4707*. Alegada prescrição da pretensão punitiva. Matéria que não se insere no exercício do juízo meramente deliberatório. Relator Ministro Ari Pargendler. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 23 fev. 2012.

argumento relativo ao conteúdo do tratado celebrado, pois o mesmo encerra a modalidade de cooperação diferente da carta rogatória. O referido instrumento não traz qualquer referência à carta rogatória, a autorizar o empréstimo exegético.

Ao contrário do feito pelo STJ, que concedeu *exequatur*, deveria a Corte ter tratado o pedido rogatório como medida de assistência mútua²⁰², ante a existência de instrumento jurídico internacional específico para o caso, e declinado sua jurisdição ao juiz federal competente para executar a medida.

Não obstante o tratamento que reputamos equivocados, a alegação da ocorrência de prescrição não estaria impossibilitada, pois o tratado de cooperação referido no julgado, em seu art. 3, 1, b, permite a recusa na cooperação quando houver ofensa à ordem pública.

Assim, pode-se concluir que o art. 784 do CPP possibilita a incidência do princípio da identidade no âmbito das cartas rogatórias, muito embora haja certa confusão entre carta rogatória e assistência mútua, que são duas modalidades distintas de cooperação internacional.

A despeito das limitações impostas pelos requisitos de validade do pedido rogatório, outros óbices ao deferimento dos pedidos já foram formulados e analisados pelas Cortes brasileiras, a exemplo da controvérsia relativa à quebra de sigilo bancário.

(i) Quanto à possibilidade de requerer quebra de sigilo bancário e bloqueio de bens pela via rogatória – as cartas rogatórias, como visto, somente podem ter como objeto atos de comunicação ou de instrução processual, sendo vedados atos executórios.

Ao entender que a quebra de sigilo bancário representa ato de natureza executória, o STF negou *exequatur* às CR n.ºs 7581, 8622 e 9024. No entanto, após a EC n.º 45/04, o STJ admitiu o pedido rogatório CR n.º 1.457/França, no qual eram requeridas informações protegidas pelo sigilo bancário. O STJ admitiu o pedido sob três fundamentos: (i) O STF admitiu, excepcionalmente, nas CR n.ºs 11.268/AS e 11.147/AR, ambas sob a relatoria do Min. Maurício Corrêa, a quebra de sigilo por meio de rogatória quando *presentes indícios suficientes da prática de um delito*; (ii) o art. 7º da Res. n.º 09 do STJ admite pedidos executórios em sede de cartas rogatórias; (iii) o pedido está de acordo com o Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa.

Os fundamentos do STJ, mais uma vez, não esgotam as dúvidas concernentes à validade do *exequatur*, pois (i) relativamente à autorização do STF, em caráter excepcional,

²⁰² Modalidade de cooperação que será analisada nos capítulos seguintes e que é o objeto central deste trabalho.

da quebra de sigilo por meio de carta rogatória, a mesma não procede. Ao apreciar a CR nº 11.268/AS, o Min. Maurício Corrêa, então Presidente do STF, afirmou que o sigilo bancário possui viés constitucional consubstanciado no direito à intimidade (art. 5º, X, da CF/88) e que, segundo a legislação brasileira, somente poderia ser excepcionado, quando houvesse indícios e fundamentos suficientes, o que no caso não existiu. A comissão rogatória teve seu *exequatur* negado ante a falta de suficiente instrução²⁰³:

Ademais, tem entendido o Ministério Público Federal que no Brasil, o sigilo bancário constitui projeção do direito à intimidade, protegido por força do artigo 5º, inciso X, da Constituição Federal, e somente pode ser quebrado a partir de indícios e fundamentos suficientes, o que não acontece no caso concreto. Por fim, é importante observar que a aplicação da legislação vigente em território nacional está diretamente relacionada à soberania brasileira, razão pela qual, sob pena de violação ao artigo 226, §2º, do Regimento Interno dessa Excelsa Corte, o *exequatur* não pode ser concedido nos termos em que requerido.

Em relação à comissão rogatória nº 11.147/AR, a mesma restou denegada pelos motivos acima, mas também pelo fato do pedido estar relacionado a processo de natureza civil e não criminal²⁰⁴.

Não é possível afirmar que o STF, necessariamente, concederia a autorização para a quebra de sigilo uma vez instruído o pedido rogatório com os indícios suficientes da ocorrência de crime. É que a discussão sobre a presença ou não dos requisitos autorizadores para o afastamento do sigilo bancário é matéria de mérito e, portanto, defesa em sede de carta rogatória, ante a sujeição ao sistema de contenciosidade limitada²⁰⁵.

(ii) Quanto à possibilidade de concessão de *exequatur* a pedidos executórios, o art. 7º da Res. nº 09 do STJ, segundo Nádia de Araujo²⁰⁶, possibilita a admissão das cartas executórias, na medida em que admite pedidos rogatórios que contenham “atos decisórios ou

²⁰³ Trecho da decisão denegatória de *exequatur* proferida pelo Min. Maurício Corrêa, nos autos da CR 11.268/AS. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Carta Rogatória nº 974*. Brasília: o Supremo, 12 abr. 2004. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jul. 2012).

²⁰⁴ “Ademais, o pleito em questão está consubstanciado em matéria civil, conforme se depreende da documentação de fls. 12/13, impossibilitando, por si só, a medida requerida”. Trecho da decisão denegatória de *exequatur* proferida pelo Ministro Maurício Corrêa, nos autos da CR 11.268/AS. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Carta Rogatória nº 11.268*, Brasília: o Supremo, 19 maio 2004. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jul. 2012).

²⁰⁵ Nesse sentido BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental na Carta Rogatória n. 8.346*. Brasília: o Supremo, 2000 e BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração na Carta Rogatória n. 438. *Diário Eletrônico*, Brasília, 20 out. 2008.

²⁰⁶ ARAUJO, Nádia de (coord). *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça: comentários à Resolução nº 09/2005*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 78-79.

não decisórios”, adotando como regra geral de cooperação, os princípios de cooperação internacional previsto nos Protocolos de Las Leñas²⁰⁷ e de Ouro Preto²⁰⁸.

Muito embora esses e outros acordos internacionais permitam a execução de pedidos cautelares por meio de cartas rogatórias, é fato notório, e não observado na decisão do STJ, que todos os diplomas internacionais que fundamentaram tal permissão não versam sobre matéria criminal, tornando equivocado seu empréstimo para as cartas rogatórias em matéria criminal.

(iii) Quanto à conformidade do pedido com o Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa, novamente, em outra decisão, o STJ confunde as modalidades de cooperação, carta rogatória e assistência mútua, motivo pelo qual remetemos ao que já foi dito acima quanto tratamos do princípio da identidade no âmbito das rogatórias.

Muito embora ainda existam importantes controvérsias sobre as limitações processuais das cartas rogatórias em matéria penal frente à soberania estatal e à ordem pública, este instituto está fadado à extinção.

Com a modernização das relações jurídicas entre os Estados e a redução das barreiras jurídicas em prol do combate ao crime transnacional, surge no mundo jurídico instrumento de cooperação em matéria penal que é muito mais rápido, amplo e já está incorporado aos ordenamentos jurídicos estatais, que é a assistência mútua, que será apresentada ao longo deste trabalho.

Por enquanto, a carta rogatória em matéria penal sobreviverá em relação àqueles países que ainda não celebraram tratados internacionais versando sobre assistência mútua com o Brasil²⁰⁹.

2.2.3 A Homologação de Sentença Penal Estrangeira

²⁰⁷ Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, assinado na cidade de Las Leñas, pelos membros do MERCOSUL, promulgado pelo Decreto nº 2.067, de 12 nov. 1996.

²⁰⁸ Protocolo de Medidas Cautelares, assinado na cidade de Ouro Preto, pelos governos do Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, promulgado pelo Decreto nº 2.626, de 15 jun. 1998.

²⁰⁹ A confirmar a nossa previsão, Nádya de Araujo afirma que “A disciplina das cartas rogatórias depende do Estado Rogante, na medida em que é preciso verificar a existência de tratados bilaterais ou multilaterais dos quais o Brasil se parte. Isto porque, de acordo com o princípio da especialidade, as normas destes diplomas têm preferência sobre as regras gerais estabelecidas na Resolução nº 9”. ARAUJO, Nádya de (coord.). *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça*: comentários à resolução nº 9. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 72.

2.2.3.1 Conceito

A homologação da sentença estrangeira²¹⁰ é o ato processual confirmatório, imprescindível para dar (qualquer²¹¹) eficácia jurídica e força executiva à sentença prolatada por tribunal estrangeiro.

Historicamente, o Brasil não aceitava sequer o reconhecimento dos efeitos penais de uma sentença estrangeira, negando qualquer possibilidade de sua homologação sem a ofensa à soberania nacional. Com o passar dos anos, a legislação pátria passou a admitir a produção de certos efeitos decorrentes da sentença penal, mas a sua exequibilidade ainda é objeto de forte rejeição. O Min. Celso de Mello²¹², do STF, fez a seguinte narrativa histórica:

(...) os efeitos da sentença penal estrangeira não eram sequer reconhecidos no Brasil, tanto que este Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida em 1916, deixou assentado que "As sentenças estrangeiras, em matéria criminal, são exclusivamente territoriais, não produzindo efeitos jurídicos fora do país em que são proferidas" (Revista do S.T.F., edição de jul/set de 1916, p. 383). Devo observar, a título de registro histórico, que, durante o período monárquico, a atribuição para homologar sentenças estrangeiras, desde que tivessem natureza estritamente civil ou comercial, inseria-se, por efeito de mera lei ordinária (Lei nº 2615, de 1875) - e, também, em decorrência do Decreto nº 6.982, de 1878, elaborado pelo Conselheiro LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA - na esfera de competência dos Juízes e Tribunais do Império que fossem competentes, nos termos de nosso ordenamento positivo interno, para julgar a causa, se esta houvesse sido ajuizada em território brasileiro. É interessante enfatizar, neste ponto, que o sistema normativo brasileiro, durante o regime imperial, não admitia a possibilidade de outorgar eficácia executiva a sentenças penais estrangeiras, ainda que em sede de homologação, pois, como precedentemente já referido, somente decisões de conteúdo civil ou comercial, proferidas por Tribunais de outros Países, eram suscetíveis de sofrer, no Brasil, o pertinente juízo de delibação. Daí a advertência feita por PIMENTA BUENO ("Direito Internacional Privado", p. 184, item n. 321, 1863, Rio de Janeiro): "É princípio geralmente reconhecido que as sentenças criminais estrangeiras não têm, nem devem ter efeitos fora de seus respectivos territórios. Os governos não demandam, nem autorizam precatórias para sua execução (...). Tais julgados são puramente territoriais, não vigoram senão dentro das fronteiras do país" (grifo nosso)

Especificamente em relação às sentenças estrangeiras de natureza penal, tradicionalmente, sempre se negou a possibilidade de homologação, pois as mesmas, por

²¹⁰ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 734. v. 2.

²¹¹ Para Carmem Tibúrcio é cabível a homologação de sentença estrangeira cujo interesse seja apenas de reconhecer a eficácia jurídica, mesmo que não se pretenda dar força executiva. TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 207-208.

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Sentença Estrangeira nº 5705*. Brasília: o Supremo, 17 mar. 1998. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jul. 2012.

representaram a manifestação do *ius puniendi* estatal, não têm segregado de sua essência a característica de ato de Estado estrangeiro²¹³.

Na medida em que ofende a soberania estatal executar decisões penais proferidas por outro Estado, pelo motivo acima explicitado, o ordenamento jurídico brasileiro excepciona a homologação para situações em que não há a caracterização da execução penal do julgado²¹⁴.

O art. 9 do CP, por sua vez, possibilita a homologação da sentença penal estrangeira apenas para que a) possibilite a reparação civil do dano²¹⁵; b) possibilite a sujeição do sentenciado à medida de segurança²¹⁶.

Portanto, a toda evidência, a homologação de sentenças penais estrangeiras segue a tradição constitucional brasileira, no sentido de ser inexecutável do ponto de vista do seu conteúdo penal-material, mas admitida quando a aplicação da lei brasileira produzir na espécie as mesmas consequências.

Feita uma breve apresentação do instituto da homologação da sentença estrangeira, mister se faz indicar o quadro legal vigente no Brasil sobre o tema.

²¹³ O STF, ao julgar a SE nº 5.705 não homologou sentença penal estrangeira que continha pedido de prisão “Sentença penal estrangeira. Decretação da prisão de pessoa domiciliada no Brasil. Impossibilidade de homologação pelo S.T.F., sob pena de ofensa à soberania nacional. O ordenamento positivo brasileiro, tratando-se de sentença penal estrangeira, admite a possibilidade de sua homologação, desde que esse ato sentencial tenha por estrita finalidade (a) obrigar o condenado à reparação civil ex delicto (RTJ 82/57) ou (b) sujeitá-lo, quando inimputável ou semi-imputável, à execução de medida de segurança (CP, art. 9º). Não pode ser homologada, no Brasil, sentença penal estrangeira que tenha decretado a prisão de pessoa com domicílio em território brasileiro. (...)As sentenças penais estrangeiras constituem, em regra, atos estatais inexecutáveis em território brasileiro. Isso significa, portanto, que as sanções penais nelas impostas não podem ser executadas no Brasil. Essa ausência de eficácia executiva decorre da circunstância de serem insuscetíveis de homologação, pelo Supremo Tribunal Federal, os atos sentenciais de conteúdo penal emanados de autoridade judiciária estrangeira.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Sentença Estrangeira nº 5705*. Brasília: o Supremo, 17 mar. 1998. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jul. 2012).

²¹⁴ Sobre as controvérsias envolvendo a execução penal da sentença estrangeira remetemos o leitor ao item pertinente à transferência de presos condenados.

²¹⁵ Oscar Tenório realiza completa abordagem sobre a homologação da sentença penal e a coisa julgada cível (art. 65 do CPP): “O Código Penal não é expresso na parte da coisa julgada no cível. Mas é lógico que fica difícil dissociar da coisa julgada no cível, em ação proposta no Brasil, a sentença penal estrangeira que reconheceu ter sido praticado segundo os termos do art. 65 do Código de Processo Penal. Naturalmente para a produção dos efeitos civis, a sentença terá de ser homologada. Não o sendo, ou não o podendo ser, a exceção da coisa julgada fica sem objeto nos limites da jurisdição brasileira. O mesmo devemos dizer relativamente à sentença absolutória no juízo criminal, para o efeito do artigo 66 do Código de Processo Penal. A sentença absolutória estrangeira deverá ser homologada”. (TENÓRIO, Oscar. Efeitos da sentença penal estrangeira no Brasil. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara*, Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, p.7,1962).

²¹⁶ A sujeição à medida de segurança não implica em execução de conteúdo penal da sentença, eis que segundo Zaffaroni e Pierangeli, a medida de segurança é formalmente penal, mas não possui natureza de pena: “Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli sustentam que a natureza das medidas de segurança não é propriamente penal, por não possuírem elas conteúdo punitivo. ‘Não se pode considerar ‘penal’ um tratamento médico e nem mesmo a custódia psiquiátrica. Sua natureza nada tem a ver com a pena, que esta diferencia por seus objetivos e meios’ (MANUAL de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 859)”. (BETANHO, Luiz Carlos; Zilli, Marcos. Título VI – Das medidas de segurança. Arts. 96 a 99. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord). *Código Penal e sua interpretação*: doutrina e jurisprudência. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 473).

2.2.3.2 O quadro legal vigente no Brasil

A homologação de sentença estrangeira, a exemplo do que ocorre com a extradição e com a carta rogatória, possui competência constitucional. Mesmo consistindo em ato de manifestação da soberania nacional, a Emenda Constitucional nº 45/2004, deslocou a competência do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça (artigo 105, I, i, CF/88), mantendo a competência dos juízes federais para processar e julgar a execução de sentença estrangeira, após a homologação (artigo 109, X, CF/88).

A despeito das disposições constitucionais sobre competência, assim como ocorre na carta rogatória em matéria penal, a homologação de sentenças penais estrangeiras é regulada²¹⁷ pelos mesmos três diplomas infraconstitucionais que, mesmo possuindo diversas disposições idênticas, se complementam com mais um quarto diploma.

O primeiro é o Código de Processo Penal, que disciplina o instituto nos arts. 780 a 782. O segundo é o Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao processo penal, por força do art. 3º do CPP. A lei processual civil trata da homologação das sentenças estrangeiras em seus arts. 483 e 484. O terceiro é a Resolução nº 09, de 04, de maio de 2005, do Superior Tribunal de Justiça (STJ)²¹⁸. Após a alteração da competência do Supremo Tribunal Federal (STF) para o STJ, este editou a citada resolução para regular o procedimento de homologação de sentenças estrangeiras perante o Tribunal. O quarto é o Código Penal, que no seu art. 9º vem tratar dos efeitos que a sentença penal estrangeira poderá produzir no país.

2.2.3.3 Aspectos dogmáticos da homologação das sentenças penais estrangeiras

A homologação de sentenças estrangeiras, enquanto procedimento para produção de efeitos extraterritoriais, pode ser esquematizada da seguinte forma: A) **quanto à admissibilidade**: (i) Não admite – existem países no mundo que não admitem a homologação de sentenças estrangeiras, de qualquer natureza²¹⁹; (ii) Admite – a exemplo do Brasil, existem países que aceitam a produção de efeitos das sentenças estrangeiras em seus territórios; B)

²¹⁷ Ainda que a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) estabeleça condições para a homologação e os efeitos que tais sentenças possam produzir no país, não há qualquer previsão de sua aplicação ao processo ou direito penal.

²¹⁸ Por possuir a mesma condição hierárquica, natureza normativa e ser especial, entendemos que a Res. 09, de 04 de maio de 2005, do STJ, revogou os 216 e 217 do Regimento Interno do mesmo Tribunal, o que não traz qualquer diferença objetiva já que resolução carrega em seu texto a íntegra dos dispositivos regimentais.

²¹⁹ Nádya Araújo citando Barbosa Moreira exemplifica que a Suécia não admite a homologação de nenhuma espécie de sentença estrangeira. ARAUJO, Nádya de (coord.). *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça*: Comentários à Resolução nº 09/2005. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p.33.

quanto à extensão do efeitos²²⁰: (i) Reconhece a sentença mas não dá eficácia interna – em alguns países do sistema do *common law*, a exemplo dos Estados Unidos, a sentença estrangeira não produz efeitos, mas serve como prova da verossimilhança do direito invocado pela parte no processo interno²²¹; (ii) Reconhece a sentença mas sua eficácia é restrita a certos efeitos – esse é o caso da sentença penal estrangeira homologada no Brasil; (iii) Reconhece a sentença e concede plenos efeitos – essa é a hipótese na qual a sentença estrangeira após homologada, em certos casos que não de natureza penal, pode ser integralmente executada no Brasil, como tivesse sido originada de Tribunal brasileiro.

Para alcançarem a homologação, as sentenças estrangeiras devem passar pelo juízo de deliberação do Ministro Presidente do Superior Tribunal de Justiça que analisará o preenchimento dos seguintes requisitos:

(i) **haver sido proferida por autoridade competente** – o pedido de homologação de sentença estrangeira deve vir acompanhado da prova de que a autoridade que proferiu a sentença era competente para tanto²²².

(ii) **terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia** – deve estar provado que a parte ré do processo estrangeiro foi regularmente citada ou teve sua revelia validamente decretada²²³.

²²⁰ O professor João Marcelo de Araújo Júnior, especificamente em relação às sentenças de natureza penal, identifica a existência de dois sistemas de homologação: O primeiro, da nacionalização da decisão, importa em que a sentença, uma vez homologada ‘passa a ser considerada como se fora prolatada por um juiz nacional de primeira instância, segundo a lei do País.’ Permite a modificação do mérito do julgado, no Estado recebedor, através de recursos ou da revisão criminal. O segundo sistema, chamado de aplicação indireta da lei processual penal estrangeira, considera a sentença estrangeira um fato jurídico histórico. Em consequência o país que executa a sentença não pode alterar o conteúdo, entretanto ‘o processo de execução se desenvolverá segundo o que estabelecer a lei nacional.’”. ARAUJO JR, João Marcello de. Cooperação internacional na luta contra o crime: transferência de condenados. Execução de sentença penal estrangeira. Novo conceito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 3, n. 10, p. 111, abr./jun. 1995.

²²¹ Idem.

²²² Segundo o STF, o “(...) requerimento de homologação de sentença arbitral estrangeira deve ser instruído com a convenção de arbitragem, sem a qual não se pode aferir a competência do juízo prolator da decisão (Lei 9.307, artigos 37, II, e 39, II; RISTF, artigo 217, I). (...)3. Não demonstrada a competência do juízo que proferiu a sentença estrangeira, resta inviabilizada sua homologação pelo Supremo Tribunal Federal. Pedido indeferido”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Sentença Estrangeira Contestada nº 6.753*. Brasília: o Supremo, 13 jun. 2002. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jul. 2012.

²²³ É importante lembrar que, no Direito brasileiro, a ausência de citação válida é a única circunstância que permite desconstituir, a qualquer tempo, uma decisão transitada em julgado. No processo civil brasileiro, o STF afirmou no julgamento do recurso extraordinário nº 96.374, Relator Ministro Moreira Alves, julgado em 30.08.83, pela 2ª Turma sustenta a existência da ação de *querela nullitatis* para desconstituir os efeitos de julgado cuja relação processual não foi validamente aperfeiçoada.

(iii) **ter transitado em julgado** – Segundo a definição internacionalmente aceita pelo Brasil, decisão com trânsito em julgado é a “decisão judicial definitiva mediante a qual se imponha a uma pessoa, como pena pela prática de um delito, a privação da liberdade ou a restrição da mesma, em regime de liberdade vigiada, pena de execução condicional ou outras formas de supervisão sem detenção. Entende-se que uma sentença é definitiva se não estiver pendente apelação ordinária contra a condenação ou sentença no Estado Sentenciador, e se o prazo previsto para a apelação estiver expirado”²²⁴;

(iv) **estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil** – tais exigências são necessárias para comprovar a autenticidade do documento e possibilitar o conhecimento do conteúdo da decisão, que ocorre com a tradução para o idioma português, somente sendo desnecessária caso a tramitação do pedido ocorra por via diplomática²²⁵.

(v) **A não ofensa à soberania** – que pode ser entendida como não ofensa ao poder supremo ou ao poder sobre todos, que não admite limitações, exceto quando por meio de seu exercício e voluntariamente se assim se dispõe²²⁶. Em outras palavras são as competências que o Estado possui.

(vi) **A não ofensa à ordem pública** – que pode ser entendida como não ofensa às leis e às normas que são expressão dos princípios fundamentas de caráter social e moral sobre os quais se funda o ordenamento jurídico interno, em relação a um determinado período histórico e à consciência jurídica de uma determinada sociedade política nessa época^{227,228}.

²²⁴ Definição constante do art. 1, 3, da Convenção Interamericana sobre Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior, promulgada pelo Decreto nº 5.919, de 3 de outubro de 2006.

²²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Sentença estrangeira contestada n. 2108. Relator Ministro Ari Pargendler. *Diário de Justiça*, Brasília, 25 jun. 2009.

²²⁶ ARAUJO, Nadia de (coord.). *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça*: comentários à Resolução nº 09/2005. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p. 67

²²⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2002. p. 740.

²²⁸ Para Câmara Leal, o conceito de ordem pública está associado às regras do bem-estar da sociedade, em especial à “observância das regras que dizem respeito à vida política, social e econômica do país, de modo a assegurar a estabilidade de sua organização, o equilíbrio de sua atividade administrativa, o bem-estar da coletividade e a prosperidade de suas fontes de receitas, como fatores da felicidade geral e coletiva”. CÂMARA LEAL, Antônio Luiz da. *Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. p.410. v. 4.

(vii) **A não ofensa aos bons costumes** – que pode ser entendida como não ofensa àqueles que não ferem os sentimentos de honestidade, recato, probidade, decência e estima do indivíduo em determinada época e lugar²²⁹.

Cabe ainda acrescentar que na tramitação do pedido de homologação da sentença estrangeira não se discute a posição processual das partes, nem o mérito das ações oriundas da jurisdição estrangeira²³⁰.

(viii) **Comprovação de que a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências da decisão que se pretende homologar** – trata-se de requisito objetivo previsto no art. 9º, *caput* do CP que deve ser demonstrado quando do pedido.

(ix) **a existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça** – trata-se de requisito exclusivo para a aplicação da medida de segurança no Brasil.

Não obstante fazermos repetidas afirmações sobre as limitações dos efeitos das sentenças penais estrangeiras no Brasil prevalece à majoritária corrente doutrinária no sentido de que existem certos efeitos que emanam da sentença estrangeira que independem de homologação. A seguir, será apresentada a controvérsia relativa à possibilidade de se reconhecer a condenação existente no estrangeiro para fins de reincidência, sem que haja a necessidade de homologação da sentença penal estrangeira:

Quanto à possibilidade da dispensa da homologação da sentença estrangeira para fins de reincidência – sustenta Silva Franco²³¹ que os efeitos que dependem de homologação são aqueles taxativamente enumerados no artigo 9º do CP, de maneira que a reincidência seria um efeito da sentença estrangeira que independeria de condição, segundo

²²⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2002. p. 740. No mesmo sentido Câmara Leal define bons costumes como a “observância das normas aceitas pela convenção de cada povo, em um dado momento histórico, como representativas da moral social”. CÂMARA LEAL, Antônio Luiz da. *Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p.410. v. 4.

²³⁰ Nesse sentido BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Sentença estrangeira contestada n. 5590. Sentença Estrangeira. Divórcio Consensual. Requisitos da Resolução nº 9 de 2005 do STJ. Preenchidos. Homologação. Relator Ministro Castro Meira. *Diário de Justiça*, Brasília, 09 jun. 2011.

²³¹ SILVA FRANCO, Alberto. Título I – Da aplicação da lei penal. Arts. 1.º a 40. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.106. Compartilham desse posicionamento FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal - Parte Geral*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 137. Item n. 115; JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal Anotado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 24.

Mirabbete²³², ou, nas palavras de Delmanto²³³, seria a reincidência um “efeito colateral especialmente previsto” no CP²³⁴. No mesmo sentido, o STF²³⁵ se manifestou, em *obiter dictum*, por meio de decisão monocrática de seu Presidente, afirmando ser a sentença penal estrangeira um fato jurídico relevante, de existência irrecusável²³⁶, que não pode ser ignorado pelas autoridades brasileiras, sendo desnecessário o procedimento de homologação.

Divergimos dos renomados penalistas, por crer não ser admissível a produção de efeitos eminentemente penais, em território nacional, à margem do juízo de delibação²³⁷, mormente quanto à natureza jurídica da sentença estrangeira. Mirabete²³⁸ defende que a sentença penal estrangeira, antes de ser homologada, possui a natureza de fato jurídico, no entanto a simples afirmação de ser aquela um fato jurídico não satisfaz a exceção ao texto constitucional pretendida.

A sentença estrangeira, antes de mais nada, é um fato, que ocorreu fora do território nacional. Este fato somente será qualificado como jurídico após a incidência das regras jurídicas, nos termos das lições de Pontes de Miranda²³⁹: “Seria êrro dizer-se que é a regra jurídica que produz a eficácia jurídica; a eficácia jurídica provém da juridicização dos fatos (= incidência da regra jurídica sôbre os fatos, tornando-os fatos jurídicos)”

O fato da Lei Federal brasileira (art. 63 do CP) prever a produção de efeitos jurídicos provenientes de sentença estrangeira no país não é suficiente para a qualificação daquela decisão como fato jurídico.

Na medida em que CF impõe a obrigatoriedade da homologação da sentença estrangeira para a produção de efeitos no país²⁴⁰, somente a submissão da sentença ao seu

²³² MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2000. p.122-123.

²³³ DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 15.

²³⁴ Para Marcela Takashi Pereira, o reconhecimento automático da sentença estrangeira para fins de reincidência decorre de técnica legislativa peculiar. PEREIRA, Marcela Harumi Takashi. *Sentença estrangeira: efeitos independentes da homologação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 197.

²³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira n. 5.705. Relator Celso de Mello. *Informativo do Supremo Tribunal Federal*, n. 123, 18 set. 1998.

²³⁶ BEVILAQUA, Clovis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1938. p. 447. § 69. item VI.

²³⁷ Há poucas linhas acima, afirmamos que o art. 9º do CP prevê a homologação da sentença penal estrangeira para a produção de efeitos que não são intrínsecos à pena ou ao seu cumprimento, pois a tradição constitucional brasileira reconhece decisões penais como atos de Estado e, por esse motivo, não suscetíveis de homologação. A reincidência se situa no meio termo entre essas duas hipóteses. É um efeito decorrente da condenação penal, mas possui um conteúdo penal intrínseco à sentença, já que imprescindível a análise dos fatos imputados a fim de identificar se a Lei brasileira também os define como crime.

²³⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 91.

²³⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954. p. 15.

²⁴⁰ Observa-se que o dispositivo constitucional determina a homologação das sentenças estrangeiras, não prevê qualquer exceção à regra. “Art. 105 - Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I - processar e julgar, originariamente: i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias;”.

crivo é o que dará a qualificação de jurídica ao fato²⁴¹ (sentença), ao menos sob o ponto de vista do ordenamento brasileiro²⁴².

Assim, conclui-se que a natureza jurídica da sentença estrangeira antes de sua homologação pelo STJ é a de simples fato e não de fato jurídico.

Um segundo argumento reside no fato de que o art. 63 do CP²⁴³, ao definir o instituto da reincidência, apenas reconhece a condenação no estrangeiro para fins de reincidência, sem, contudo, estabelecer ou se reportar a qualquer procedimento para validação daquela decisão no nosso sistema. Entretanto, o STF²⁴⁴, ao interpretar o art. 483 do CPC, afirmou que a homologação de sentenças estrangeiras é necessária para a produção de quaisquer efeitos (eficácia) em território nacional, ainda que despida de caráter executório.

É possível argumentar ainda que o bem patrimônio não poder ser mais bem tutelado do que o bem liberdade. Prevalecendo o entendimento da doutrina majoritária pode-se dizer que para um acusado no processo penal sofrer maiores restrições em sua liberdade individual²⁴⁵, basta uma certidão²⁴⁶ demonstrando que a condenação no exterior transitou em julgado. Por outro lado, para que a vítima possa invadir o patrimônio do condenado, deve restar provado, além de outros requisitos legais, que houve citação válida e a competência do juízo prolator da sentença.

Portanto, salvo melhor juízo, a conclusão da doutrina majoritária é no sentido de que o bem patrimônio do condenado deva ser melhor protegido pela legislação do que sua liberdade.

A homologação de sentenças estrangeiras, enquanto modalidade de cooperação internacional, ainda deve sofrer mais algumas transformações para que se viabilize uma

²⁴¹ Mais uma vez recorrendo a Pontes de Miranda vemos que “Todo efeito tem de ser efeito após a incidência e o conceito de incidência exige lei e o fato. Toda eficácia jurídica é eficácia de fato jurídico; portanto da lei e do fato, e não da lei ou do fato”. (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *op. cit.*, p. 15).

²⁴² No mesmo sentido se posiciona o prof. José Carlos Barbosa Moreira: “A sentença estrangeira, não: a lei considera-a ‘capaz de adquirir eficácia’ no país, mas subordina tal aquisição a um ato formal de reconhecimento praticado por órgão nacional”. (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 62. v. v).

²⁴³ Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

²⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença Estrangeira n. 3.742. República Portuguesa. Relator Ministro. Moreira Alves. *Diário de Justiça*, Brasília, 20 nov. 1987.

²⁴⁵ Para uma melhor representação da problemática, cabe ressaltar, que a reincidência causa efeitos estritamente penais, que podem se materializar como agravante de pena (artigo 61, I do CP), aumento da fração de cumprimento da pena para obter benefícios na execução penal (ex. artigo 83 do CP), fixação de regime inicial de cumprimento de pena mais grave (ex.: art. 33, parágrafo 2º do CP), impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos (artigo 44, II do CP), além de outros.

²⁴⁶ A jurisprudência vem exigindo tão somente a certidão de trânsito em julgado da sentença penal, ainda que proferida no estrangeiro. Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 158.045*. Relator Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília: o Supremo, 23 nov. 1998.

rápida e eficiente prestação jurisdicional em nível internacional. Em matéria penal, o grande obstáculo ainda está na discussão de ser ou não possível sua execução no Brasil e, subsidiariamente, qual o conteúdo passível de homologação e efeitos passíveis de produção. Enquanto essa questão não for definitivamente resolvida normativamente, divergências doutrinárias e jurisprudenciais continuarão a existir, causando indefinições quanto ao *status dignitatis* daqueles afetados pelas sentenças estrangeiras.

2.2.4 A Transferência de Presos condenados

2.2.4.1 Conceito

A transferência de presos condenados é o ato pelo qual ocorre o traslado do indivíduo que cumpre pena no país estrangeiro para que o faça no país do qual é nacional²⁴⁷.

Deve restar claro que o objeto da transferência de presos não se confunde com a extradição²⁴⁸, nem com a transferência de pessoa custodiada de um país para outro²⁴⁹, já que restrita exclusivamente à hipótese de cumprimento de pena ou medida de segurança.

Segundo Bassinouni²⁵⁰, a transferência de presos (*execution of foreign sentences* ou *transfer of prisoners*) foi originada na década de 1960, mas a prática se iniciou como resultado de uma iniciativa do Conselho da Europa que, nas décadas de 1950 a 1970, recebeu grande população de trabalhadores-visitantes (*guest-workers*), como eram chamados à época. Esses trabalhadores, que eram originados de diversos lugares e diversas culturas, por variados motivos, cometeram crimes e, em razão deles, cumpriram penas.

Com um aumento de estrangeiros na população carcerária dos países europeus, entendeu-se que permitir o retorno desses imigrantes para o seu país de origem se constituiria em medida benéfica para todas as partes. Por esses motivos, celebrou-se em 1983 a Convenção Européia sobre Pessoas Sentenciadas, na cidade de Strasburgo, França.

²⁴⁷ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 253. Ela Wiecko de Castilho acrescenta ainda à definição que trata-se de ato bilateral internacional discricionário, condicionado ao consentimento da pessoa transferida. (CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Cooperação internacional na Execução da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 71, p. 243, mar./abr. 2008).

²⁴⁸ Duas diferenças básicas podem ser identificadas: (i) a extradição é medida compulsória, enquanto que a transferência de presos é voluntária; e (ii) na extradição, a entrega do extraditando tem como finalidade submetê-lo à jurisdição estrangeira, enquanto que na transferência dar-se-á cumprimento administrativo do julgado estrangeiro definitivamente constituído.

²⁴⁹ A transferência de pessoas custodiadas em um país para outro será abordada no capítulo referente às modalidades de cooperação judicial internacional em matéria penal.

²⁵⁰ BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to international criminal law*. New York: Transnational Publishers, 2003. p. 355.

Mais ou menos no mesmo período, os Estados Unidos se viram com problemas com seus nacionais jovens que passaram a viajar para países como México, Canadá e Holanda, onde poderiam ter fácil acesso a drogas. Diante desse cenário, os EUA celebraram alguns tratados de transferência de presos com esses países, bem como aderiu à Convenção Européia²⁵¹.

O tema, que ganhou relevância mundial, foi objeto do 5º Congresso das Nações Unidas sobre prevenção do delito e tratamento do delinquente, realizado na cidade de Genebra, na Suíça, em 1975 e, posteriormente, retornou no 6º Congresso das Nações Unidas sobre prevenção do delito e tratamento do delinquente, realizado na cidade de Caracas, na Venezuela, em 1980, concluindo-se pela elaboração de um acordo modelo para regular a transferência de presos condenados²⁵².

As razões para a adoção por parte dos Estados da transferência de presos condenados estão bem fundamentadas em razões humanitárias que superam, inclusive, a formulação de que a ressocialização pretendida com a pena está relacionada à comunidade ou grupo onde o crime foi praticado²⁵³.

Segundo o Ministério da Justiça do Brasil²⁵⁴ a transferência de presos condenados está baseada: (i) na reeducação para fortalecer o alicerce de reconstrução pessoal do preso diante da perspectiva de futura vida livre no convívio social; (ii) no apoio psicológico e emocional decorrente da proximidade com a família; e (iii) na possibilidade de solucionar dificuldades inerentes ao estrangeiro no que pertine à execução da pena, como por exemplo discriminações ocorridas dentro dos estabelecimentos prisionais.

²⁵¹ CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Cooperação internacional na Execução da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 71, p. 237, mar./abr. 2008.

²⁵² MIOTTO, Armida Bergamini. *Presos estrangeiros: Preocupação da ONU*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 22, n. 86, p. 213-234, abr./jun. 1985.

²⁵³ Segundo Jean-Charles Froment

(...) parece claro que os obstáculos lingüísticos (sic), sociais e culturais dos presos estrangeiros limitam suas possibilidades de participação nos programas de readaptação ou de aquisição de uma formação profissional. Parece igualmente certo que os programas de reinserção social, tais como a assistência social, os centros de reintegração, os dispositivos de segurança e os serviços de emprego são, o mais das vezes, inúteis no caso dos presos estrangeiros, pois este geralmente retornam ao país de origem logo após o cumprimento da pena, seja por vontade própria, seja em razão de uma medida de expulsão. (FROMENT, Jean-Charles *apud* SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 256).

²⁵⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. *Transferência de pessoas condenadas*. 2. ed. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Estrangeiros, 2010. p. 7.

O Brasil, ao participar dos tratados relativos à transferência de presos, vem declarando que a transferência de condenados é medida facilitadora para reabilitação social²⁵⁵ / reinserção social²⁵⁶ das pessoas condenadas.

A adesão do país a essa visão criminológica pode ser comprovada no âmbito das atividades do Congresso Nacional, casa legislativa responsável pelas ratificações dos tratados, pela leitura do parecer do Deputado Federal Cláudio Cajado sobre a Mensagem nº 640/2012, do Poder Executivo que, submete à consideração do Congresso Nacional o texto do Tratado entre a República Federativa do Brasil e a Ucrânia sobre Transferência de Pessoas Condenadas, assinado em Kiev, em 2 de dezembro de 2009 :

A celebração do Tratado em apreço encontra fundamento em razões de caráter humanitário, que apontam no sentido de favorecer aos condenados penais o cumprimento das sanções que lhes foram impostas em seus locais de origem, onde normalmente residem seus familiares e pessoas de suas relações. Outra razão para celebração dessa espécie de avença internacional repousa no próprio interesse do Estado em melhor cumprir sua função de administração da justiça – no caso, de aplicação do direito penal – mediante a promoção de política adequada de reabilitação dos apenados e reinserção destes no meio social, em observância aos modernos cânones da ciência penal, objetivo que pode ser mais facilmente alcançado em decorrência da promoção da referida proximidade entre preso e familiares.

Segundo as Escolas Modernas de Direito Penal, ao considerarem a finalidade da pena, prevalece a noção de que a pena é, por sua natureza, retributiva mas, também, reintegradora dos valores fundamentais da vida coletiva. Nesse contexto, encontra-se entre as funções-finalidades da pena a prevenção contra novos delitos, a defesa da sociedade e o propósito de promover a sólida reintegração do condenado na sociedade e na família. Os atos internacionais, como o Tratado em epígrafe, que visam à transferência de pessoas condenadas, coadunam-se com esta visão contemporânea pois, de um lado, preservam o caráter retributivo da sanção penal mas, de outro, permitem a vigência de uma abordagem antropológica, que valoriza a reabilitação do indivíduo e sua reinserção no meio social.

Não obstante o fato de que permitir o reingresso do preso estrangeiro para sua sociedade de origem é medida de caráter humanitário, conceitualmente, há que se definir a natureza jurídica do instituto. Seria ela caso de uma execução penal propriamente dita?

Ao permitir a execução de uma sentença estrangeira em seu território o Estado está abrindo mão de sua soberania, em prol da aplicação do Direito Penal de outro Estado. Admitir essa hipótese, segundo a tradição da jurisprudência da Corte Suprema do Brasil é violar a soberania nacional²⁵⁷. No mesmo sentido, para João Marcelo Araújo Junior²⁵⁸ e Ela Wiecko

²⁵⁵ Exposição de motivos dos tratados celebrados com Grã-Bretanha, Chile, Peru, Espanha, Venezuela, por exemplo.

²⁵⁶ Exposição de motivo do tratado celebrado com a Argentina.

²⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Sentença Estrangeira nº 5705*. Brasília: o Supremo, 17 mar. 1998. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 20 jul. 2012.

de Castilho²⁵⁹ somente seria cabível a transferência mediante prévia homologação da sentença penal estrangeira, pois é inadmissível proceder à execução de uma sentença, sem prévio juízo de delibação.

Na tentativa de minimizar problemas relativos à soberania, Bassiouni²⁶⁰ sustenta que o cumprimento da pena no estrangeiro não importa em ato de execução do julgado alienígena, mas sim a execução administrativa de suas conseqüências, no que é acompanhado por Souza²⁶¹ que sustenta serem os tratados relativos à transferência de presos condenados podem ser categorizados como de direitos humanos e, por esse motivo, podem alçar *status* de emenda constitucional, excepcionando o art. 105, I, i da CF/88 e que a exigência da homologação de sentença penal estrangeira somente se faz presente quando se pretender a execução da sentença, instituto diverso da transferência de presos.

Ambas correntes (pró e contra homologação) são muito bem embasadas, mas as considerações a seguir pesam pela adoção da corrente contra a necessidade homologação: (i) a posição liderada por Bassiouni (execução administrativa do julgado) é a que pode melhor enfrentar aspectos político-jurídicos quanto aos óbices do reconhecimento da sentença estrangeira; (ii) impor o juízo de delibação à sentença estrangeira é, no final do dia, impedir a transferência do preso por falhas do processo estrangeiro, ou seja, vai contra a finalidade humanitária da medida; (iii) o art. 61, da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execuções Penais) identifica a existência de órgãos judiciais e extrajudiciais como órgãos de execução penal, muito embora reserve a jurisdição (art. 65) aos juízes da execução ou, na sua falta ao da sentença, que possuem competência para decidir as matérias previstas no art. 66. Na transferência, a prestação do juiz da execução está limitada aos aspectos administrativos pertinentes ao cumprimento da condenação, tais como progressão e regressão de regime, apuração de faltas graves, autorizar saídas temporárias, dentre outras, ficando impedido de decidir questões que possam modificar a sentença penal, tais como graça, anistia, indulto, aplicação de lei posterior mais benéfica, reconhecimento de crime continuado, etc.; (iv) o reconhecimento dos tratados de transferência como tratados de direito humanitário se apresenta como um argumento invencível, se alcançado o quórum constitucional. Alcançado o *status* de emenda constitucional, representam legítimas e especiais exceções às regras constitucionais vigentes.

²⁵⁸ Para João Marcelo de Araújo Jr., no caso da transferência, aplicar-se-ia o sistema de homologação conhecido como de aplicação indireta da lei processual penal estrangeira. (ARAUJO JÚNIOR, João Marcello de *apud* CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Op. cit. Cooperação internacional na execução da pena: a transferência de presos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 71, p. 241, mar./abr. 2008).

²⁵⁹ Idem. CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Cooperação internacional na execução da pena: a transferência de presos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 71, p. 241, mar./abr. 2008.

²⁶⁰ Idem, p. 240.

²⁶¹ Souza, op. cit, p. 290

Mesmo após indicarmos os motivos que nos levam a filiação à corrente que dispensa a homologação, é inegável que haverá um ato de reconhecimento jurídico e de vinculação ao julgado estrangeiro pelo Estado receptor quando da aceitação da transferência, já que este fica impossibilitado de exercer sua jurisdição universal em face do seu nacional, havendo a incidência do princípio do *non bis in idem*, que será tratada mais adiante.

Para a presente discussão, entende-se que a limitação da aplicação da Lei Penal por parte do Estado receptor contida nos tratados vem consagrar direito fundamental²⁶² e corrigir no plano internacional importante distorção punitiva provocada por elásticas previsões de incidência extraterritorial das leis penais, que tem como fundamento a repressão universal dos delitos, ou seja, evitar a impunidade, que não ocorre na hipótese concreta do cumprimento de pena.

Nesse sentido, sustentar a natureza jurídica do instituto como execução administrativa do julgado, sem ofender a soberania dos Estados que receberão os presos, é positiva, por permitir a execução de tal medida humanitária. Entretanto, essa posição não está isenta de pertinentes críticas.

2.2.4.2 O quadro legal vigente no Brasil

O Brasil não possui uma lei interna que disponha sobre o instituto da transferência internacional de presos, por esse motivo, é necessário observar as disposições de cada tratado celebrado.

Atualmente, o Brasil possui 13 (treze) Tratados de Transferência de Pessoas Condenadas bilaterais, 04 (quatro) bilaterais celebrados no âmbito MERCOSUL, OEA e

²⁶² O art. 8º, 4, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992) prevê “O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. BRASIL. Presidência da República. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 17 jul. 2012; por sua vez o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (Decreto nº 592, 06 de julho de 1992), em seu art. 14, 7, 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”. (BRASIL. Presidência da República. *Decreto n. 592*, de 06 jul. 1992. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 17 jul. 2012); por fim encontramos na Declaração dos Direitos Fundamentais da União Européia, no art. 50 “Right not to be tried or punished twice in criminal proceedings for the same criminal offence. No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings for an offence for which he or she has already been finally acquitted or convicted within the Union in accordance with the law”. UNIÃO EUROPÉIA. *Charter of Fundamental Rights of the European Union*. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2012.

CPLP, em vigência, estando pendente de ratificação 01 (um) tratado bilateral, conforme os quadros abaixo:

Quadro 6 Tratados Bilaterais

PAÍS	DATA DA CELEBRAÇÃO	PROMULGAÇÃO
Argentina	11.09.98	Decreto nº 3.875/01
Canadá	15.07.92	Decreto nº 2.547/98
Chile	29.04.98	Decreto nº 3.002/99
Espanha	04.05.98	Decreto nº 2.576/98
Paraguai	29.10.02	Decreto nº 4.443/02
Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte	29.01.02	Decreto nº 4.107/02
Angola	03.05.05	Decreto Legislativo nº 3/08
Portugal	05.09.01	Decreto nº 5.757/06
Peru	25.08.03	Decreto nº 5.931/06
Suriname	16.02.05	Decreto Legislativo nº 346/09
Moçambique	06.07.07	Decreto Legislativo nº 702/09
Reino dos Países Baixos	23.01.09	Decreto Legislativo nº 151/11
Venezuela	27.06.08	Decreto Legislativo nº 154/11

Fonte: Adaptação de ARGENTINA, 2001; CANADÁ, 1998; CHILE, 1999; ESPANHA, 1998; PARAGUAI, 2002; REINO UNIDO DA GRÃ-BRETANHA E IRLANDA DO NORTE, 2002; ANGOLA, 2008; PORTUGAL, 2006; PERU, 2006; SURINAME, 2009; MOÇAMBIQUE, 2009; REINO DOS PAÍSES BAIXOS, 2011; VENEZUELA, 2011.

Quadro 7 Tratados Multilaterais

PARTES	NOME DO INSTRUMENTO	LOCAL E DATA DA CELEBRAÇÃO	PROMULGAÇÃO
Organização dos Estados Americanos	Convenção Interamericana Sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior	Manágua, 09.06.93	Decreto nº 5.919/06
MERCOSUL	Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas	Belo Horizonte, 16.12.04	Decreto Legislativo nº 291/07

	entre os Estados Partes do MERCOSUL		
CPLP	Convenção sobre transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa	Praia, em 23 de novembro de 2005	Decreto Legislativo nº 174/09
MERCOSUL	Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas dos Estados Partes do MERCOSUL, com a República da Bolívia e a República do Chile	Belo Horizonte, 16.12.04	Decreto Legislativo nº 148/11

Fonte: Adaptação de MERCOSUL, 2007; CPLP, 2009; MERCOSUL, 2011; ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2006.

Quadro 8 Tratados em tramitação no Congresso

PAÍS	DATA DA CELEBRAÇÃO	PROJETO
Ucrânia	02.12.09	Projeto de Decreto Legislativo nº 228/11

Fonte: Adaptação de UCRÂNIA, 2011.

2.2.4.3 Aspectos dogmáticos da transferência de presos

A transferência internacional de presos condenados pode ser classificada quanto à parte requerente, sendo: (i) ativa – quando um brasileiro condenado em outro país solicita a sua transferência para cumprir pena no Brasil; (ii) passiva – quando um estrangeiro condenado no Brasil solicita a sua transferência para cumprir pena em seu país de origem.

Para viabilizar a transferência de presos²⁶³ devem ser observadas as seguintes condições, que, de uma forma geral, são encontradas como disposição padrão nos tratados assinados pelo Brasil: (i) a sentença condenatória deve ter transitado em julgado; (ii) ainda restem pelo menos 06 meses de pena a serem cumpridas no Estado receptor; (iii) que o preso ou seu representante legal, no caso de medida de segurança, consinta com a transferência; (iv) que haja a dupla tipicidade em relação ao delito objeto da sentença condenatória; (v) que haja consentimento de ambos os Estados para a transferência.

Mesmo admitindo que cada tratado pode ter mais ou menos disposições do que as acima listadas²⁶⁴, mostra-se evidente que, em tempo algum, o Estado receptor poderá desrespeitar a soberania do julgado estrangeiro. Tanto o é, que é reservado ao Estado sentenciante a revisão, comutação, redução ou qualquer modificação na sentença, não representando direito subjetivo do apenado que cumpre pena no Brasil, por exemplo, ser agraciado com o indulto natalino que anualmente é concedido pelo Presidente da República.

A exceção que pode ser posta é a possibilidade do Estado receptor fazer ajuste no tempo de duração da sentença para que esta possa ser exequível. No caso brasileiro, parece ser o caso da limitação imposta pelo art. 75 do Código Penal.

Em termos principiológicos²⁶⁵, observa-se a incidência de certos princípios no processo de transferência, tais como: (i) o princípio da identidade (dupla incriminação), que se

²⁶³ Além do cumprimento das condições, o pedido de transferência deve ser instruído conforme disposto em cada tratado, mas via de regra os pedidos são instruídos com: (i) pedido formal do preso solicitando ser transferido para seu país de origem - É requisito indispensável em todos os tratados que se faça constar a expressa concordância do preso com a transferência e que este está ciente das consequências jurídicas de sua opção -; (ii) cópia da sentença condenatória, e, se for o caso do resultado do recurso interposto da referida sentença; (iii) textos legais aplicáveis ao delito, bem como a respeito da pena e da prescrição da pretensão punitiva; (iv) dados relativos à execução da pena do preso, tais como, uma certidão que conste o tempo de pena que ele já cumpriu e o que resta a cumprir e um atestado de conduta carcerária.

²⁶⁴ Ela Wiecko de Castilho alerta que no tratado celebrado com a Argentina há a necessidade de reparação do dano à vítima, enquanto no celebrado com a Bolívia, se impõe, adicionalmente o pagamento de multas, custas judiciais, reparação cível ou condenação pecuniária de qualquer natureza. CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Cooperação internacional na execução da pena: a transferência de presos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 71, p. 245, mar./abr. 2008.

²⁶⁵ Souza, ao identificar os princípios inerentes à transferência de presos, afirma não haver a necessidade de observância do princípio da especialidade por parte do Estado receptor, por dois motivos: (i) por ter a transferência caráter voluntário, de maneira que o apenado pode desistir da transferência a qualquer momento; (ii) ante a falta de previsão específica nos tratados assinados pelo Brasil (SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos Estrangeiros no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 283-284). No entanto, discordamos dos fundamentos, pois a voluntariedade da transferência de presos não pode ser confundida com o ingresso espontâneo do agente no país. A permitir o processo por outros delitos anteriores, estar-se-ia desnaturando o caráter humanitário do instituto para penalizar o apenado pela escolha de cumprir sua sentença ao lado da família. Da mesma forma, estar-se-ia admitindo o afastamento do processo extradicional e de suas garantias por meio de decisão emanada em processo diverso, em franca violação ao princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV da CF/88). Por fim, a falta de previsão nos tratados sobre transferência de presos quanto à observância do princípio da especialidade em nada altera a obrigação de pedir a extradição para cada processo diferente do que houve a transferência, segundo determinado pelo Estatuto do Estrangeiro. Ademais, não há qualquer diferença prática quanto à situação do apenado transferido que cumpriu a pena e, estando em liberdade, pode ser

faz presente como condição ao deferimento da medida; (ii) o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII)²⁶⁶, que impõe o trânsito em julgado da sentença condenatória; (iii) princípio do *non bis in idem* no plano internacional. É que, segundo o art. 7º do CP a Lei Penal brasileira, é aplicável quando um brasileiro pratica crime no estrangeiro, assim definido pelo CP. Essa manifestação da extraterritorialidade da Lei Penal brasileira é denominada pela doutrina como princípio da nacionalidade (ativa)²⁶⁷.

Na medida em que o Brasil não possui regra legal para dirimir concurso de jurisdição universal, o brasileiro poderá ser processado tanto no país em que cometeu o delito (princípio da territorialidade), quanto no Brasil (princípio da extraterritorialidade), não configurando *bis in idem* a superveniência de condenações penais distintas pelo mesmo fato criminoso²⁶⁸.

Portanto, segundo a regra vigente no Brasil, o brasileiro após cumprir pena no estrangeiro poderá ser obrigado a cumprir mais pena no Brasil se esta condenação for maior do que a recebida no país onde o crime foi cometido, sem que, com isso haja violação do princípio do *non bis in idem*.

No entanto, a exemplo do que dispõe o art. VII, 1, da Convenção Interamericana de sobre o cumprimento de sentenças penais no exterior, o Estado receptor não poderá deter, processar ou condenar o transferido pelos mesmos delitos que motivaram a condenação no estrangeiro.

A despeito da importância jurídica e humanitária desta modalidade de cooperação, não se pode negar o desconforto que se cria com a delimitação jurídica daquele que pode ser objeto da transferência: o nacional.

Em todos os documentos internacionais (convenções, tratados ou acordos) assinados pelo Brasil somente poderão ser transferidos nacionais do país para onde se pretende executar o resto da pena (Estado receptor).

processado após o deferimento de pedido extradição do extraditado que, estando em liberdade após ter cumprido pena, pode ser processado após o deferimento de pedido complementar extradição.

²⁶⁶ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos Estrangeiros no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 280.

²⁶⁷ Segundo Silva Franco o “(...) princípio da nacionalidade ou personalidade, pelo qual a lei penal acompanha o cidadão onde quer que se encontre. Leva-se em conta a nacionalidade do agente, ou seja, aplica-se a lei penal brasileira ao cidadão brasileiro que tenha sido autor de fato criminoso no estrangeiro”. SILVA FRANCO, Alberto. Título I – Da aplicação da lei penal. Arts. 1.º a 40. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord.). *Código de Processo Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 88.

²⁶⁸ Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: I - os crimes: a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República; b) contra o patrimônio ou a fé pública da União, do Distrito Federal, de Estado, de Território, de Município, de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação instituída pelo Poder Público; c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço; d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil; § 1º - Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.

Infere-se que a razão para tal limitação²⁶⁹ decorre da premissa de que a ressocialização do preso se dará com o retorno do mesmo ao seu país de nascimento, para ser reinserido em sua cultura e seu grupo social.

Tal opção deve ser criticada, pois é fato notório que milhões de pessoas de diversas nacionalidades vivem fora de seus países de origem desde muito pequenas e que suas raízes sociais e culturais estão fincadas no local de vivência.

Não é incomum encontrar situações onde famílias de imigrantes se estabelecem em países que somente se concede nacionalidade sob o *ius sanguinis*, a exemplo do que ocorre na Itália. Os filhos desses imigrantes não são italianos e, em muitos casos, podem ostentar somente a nacionalidade da origem de seus pais.

Neste caso, eventual pedido de transferência não seria para o país onde o preso viveu toda a sua vida, mas, sim, para uma comunidade com que ele nunca possa nunca ter tido contato. Daí, porque, mais adequado seria estabelecer um parâmetro mais amplo, que contemplasse nacionais e estrangeiros permanentes.

No entanto, apesar da restrição à transferência do nacional apresentar-se na grande maioria dos casos, no tratado celebrado entre o Brasil e o Reino Unido²⁷⁰, observa-se que a mitigação do conceito de nacional para a transferência seja requerida para contemplar qualquer pessoa, quando a considerarem apropriada, devido a ligações que a pessoa possua com o Brasil, com o Reino Unido ou com a Ilha de Man. Entendemos que a definição de nacional contida no tratado celebrado com o Reino Unido é o que melhor atende às finalidades da transferência de presos.

A ampliação do conceito de nacional para contemplar os estrangeiros permanentes no Brasil não ofende o Estatuto do Estrangeiro, na medida em que caberá ao país, por meio de inquérito próprio²⁷¹, analisar se o crime praticado se enquadra nas hipóteses de expulsão²⁷². Não sendo este caso de expulsão, parece-nos factível o estrangeiro cumprir a pena no Brasil, retomando o convívio com sua família e com a comunidade em que vive.

Por fim, cabe ainda enfrentar a questão de se é possível realizar a transferência de presos, mesmo sem a celebração de tratado para tal fim.

²⁶⁹ A Convenção Interamericana sobre o cumprimento de sentenças penais no exterior, por exemplo, prevê em seu art. 3º, 4, o seguinte: “Esta Convenção aplicar-se-á somente nas seguintes condições:”, “4. Que a pessoa sentenciada seja nacional do Estado receptor”.

²⁷⁰ O país britânico elege o nacional como objeto da transferência (art. 1, e, ii).

²⁷¹ O art. 68, p.u. do Estatuto do Estrangeiro prevê a instauração de inquérito para investigar a possibilidade ou não de expulsão do estrangeiro.

²⁷² As hipóteses de expulsão do estrangeiro são aquelas previstas no art. 65 do Estatuto do Estrangeiro.

O Ministério da Justiça²⁷³ brasileiro afirmar em seu sítio da *internet* ser somente possível a transferência de presos mediante a celebração de tratado específico, no que é acompanhado por Souza²⁷⁴.

Não se discute que os tratados dão maior segurança jurídica para o estabelecimento da transferência de presos, contudo o costume, consubstanciado na *praxis* internacional, é uma das fontes mais tradicionais do direito internacional²⁷⁵. Inexiste qualquer impedimento de ordem normativa para a efetivação da transferência de presos fundada apenas na promessa de reciprocidade, entretanto, no caso brasileiro, mantido o entendimento do governo, esta não teria qualquer valia, já que o Estado brasileiro tem necessidade de expressar-se claramente, concordando com a transferência, seja o Estado remetente ou receptor.

2.2.5 A Cooperação com o Tribunal Penal Internacional

2.2.5.1 Conceito

Os Estados signatários do Estatuto de Roma²⁷⁶ estão obrigados a cooperar com o TPI, tanto na fase inquisitorial, quanto na fase judicial, em relação aos crimes de competência do Tribunal (art. 86).

No Estatuto, o art. 87, 1, a, prevê que o Tribunal está habilitado a dirigir pedidos de cooperação aos Estados Partes por via diplomática, por qualquer outra via apropriada escolhida pelo Estado Parte, além da INTERPOL ou outra organização regional competente (art. 87, 1, b).

Quando o Tribunal desejar obter informações junto a um Estado que não seja parte no Estatuto, poderá celebrar convênio *ad hoc*, acordo ou qualquer outro instrumento que se reputar adequado ao fim pretendido (art. 87, 5, a).

Caso o Estado, que seja ou não parte, mas se disposto a cooperar com o Tribunal, não cumpra com sua obrigação, o Tribunal dará notícia do descumprimento ao Conselho de Segurança da ONU e à Assembléia dos Estados-Parte.

²⁷³ Segundo o Ministério da Justiça do Brasil, “A transferência de pessoas condenadas será aplicada exclusivamente pelos países com os quais o Brasil mantém Acordo (...)”. BRASIL. Ministério da Justiça. *Transferência de pessoas condenadas*. 2. ed. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Estrangeiros, 2010, p. 13.

²⁷⁴ SOUZA, Artur de Brito Gueiros, *op. cit.*, p. 276.

²⁷⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 281. v. II.

²⁷⁶ O Estatuto de Roma foi ratificado pelo Decreto nº 4.388/02 e a submissão do Brasil à jurisdição do TPI está prevista no art. 5º, §4º da CF/88, introduzido pela EC nº 45/04.

É possível também que o Tribunal solicite informações ou documentos a quaisquer organizações intergovernamentais, bem como celebrar outras formas de cooperação com tais organizações, sempre em conformidade com sua competência e seu mandato (art. 87, 6).

Além de documentos e informações, o Tribunal pode pedir a entrega de pessoas mediante a formulação de um pedido de detenção e entrega de uma pessoa a qualquer Estado em cujo território essa pessoa se possa encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa (art. 89, 1). Em caso de urgência, o Tribunal poderá solicitar a prisão preventiva da pessoa procurada até a apresentação do pedido de entrega (art. 92, 1).

Uma vez feita a detenção, a pessoa detida poderá fazer a impugnação de sua entrega com base no princípio do *ne bis in idem*, hipótese na qual o Estado deverá consultar o Tribunal para saber se houve decisão relevante sobre a admissibilidade. Se o caso for considerado admissível, o Estado requerido dará seguimento ao pedido. Se estiver pendente decisão sobre a admissibilidade, o Estado requerido poderá diferir a execução do pedido até que o Tribunal se pronuncie (art. 89, 2).

O Tribunal ainda poderá adotar outras formas de cooperação, tanto no âmbito de inquéritos como de procedimentos judiciais, que tenham por finalidade: a) Identificar uma pessoa e o local onde se encontra, ou localizar objetos; b) Reunir elementos de prova, incluindo os depoimentos prestados sob juramento, bem como produzir elementos de prova, incluindo perícias e relatórios de que o Tribunal necessita; c) Interrogar qualquer pessoa que seja objeto de inquérito ou de procedimento criminal; d) Notificar documentos, nomeadamente documentos judiciários; e) Facilitar o comparecimento voluntário, perante o Tribunal, de pessoas que deponham na qualidade de testemunhas ou de peritos; f) Proceder à transferência temporária de pessoas; g) Realizar inspeções, nomeadamente a exumação e o exame de cadáveres enterrados em fossas comuns; h) Realizar buscas e apreensões; i) Transmitir registros e documentos, nomeadamente registros e documentos oficiais; j) Proteger vítimas e testemunhas, bem como preservar elementos de prova; k) Identificar, localizar e congelar ou apreender o produto de crimes, bens, haveres e instrumentos ligados aos crimes, com vista à sua eventual declaração de perda, sem prejuízo dos direitos de terceiros de boa fé; e l) Prestar qualquer outra forma de auxílio não proibida pela legislação do Estado requerido, destinada a facilitar o inquérito e o julgamento por crimes da competência do Tribunal.

Da mesma forma, o Tribunal também cooperará, mediante pedido expresso, com o Estado-Membro, que estiver conduzindo inquérito ou procedimento criminal relativo a crime

de competência do Tribunal ou que constitua um crime grave à luz do direito interno do Estado requerente (art. 93, 10).

Todas as modalidades de cooperação se darão mediante atuação direta do Procurador (art. 57, 3), que não precisará de autorização do Juízo de Instrução, salvo no caso da adoção de medidas específicas no território de um Estado-Parte sem ter obtido a cooperação deste, caso o Juízo de Instrução determine que, tendo em consideração, na medida do possível, a posição do referido Estado, este último não está manifestamente em condições de satisfazer um pedido de cooperação face à incapacidade de todas as autoridades ou órgãos do seu sistema judiciário com competência para dar seguimento a um pedido de cooperação formulado (art. 57, 3, *d*).

Antes da promulgação do Estatuto de Roma, mas ainda sob o clima de perseguição dos colaboradores do III Reich, o Brasil recebeu pedidos de extradição do austríaco Franz Paul Stanol²⁷⁷, oriundos da Áustria, Polônia e da Alemanha, que pretendiam julgá-los pelos crimes de genocídio praticados naquele período.

O STF, em 07.06.67, deferiu o pedido de extradição à Alemanha. No julgamento do pedido de extradição, a par das discussões travadas pela defesa do austríaco que pretendia evitar sua extradição, merece destaque a posição do Min. Relator Victor Nunes sobre que país teria preferência na extradição. Disse o Ministro que, como não foram instituídos tribunais internacionais para julgar os fatos imputados a Franz Stanol e diante do encerramento das atividades dos Tribunais de Nuremberg e Tóquio, caberia ao STF adotar o critério da territorialidade previsto na Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, sendo tal opinião seguida pelo Min. Djaci Falcão.

Mesmo sem haver lei que determinasse a forma de cooperação com um Tribunal Penal Internacional *ad hoc* com o Brasil, dois Ministros do STF, *incidenter tantum*, entenderam que a jurisdição internacional prevaleceria sobre a jurisdição dos Estados requerentes, inclusive, a territorial.

Antes ou depois da submissão do país à jurisdição do TPI, não houve nenhum caso que pudesse questionar a forma com a qual o Brasil poderia cooperar com um Tribunal Penal Internacional *ad hoc* ou permanente.

2.2.5.2 O quadro legal vigente no Brasil

²⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Extradição n. 272*. Relator Ministro Victo Nunes. Brasília: o Supremo, 07 jun. 1967.

Enquanto a lei de implementação do Estatuto de Roma²⁷⁸ não for aprovada, somente podem ser aplicados na relação do Brasil com o Tribunal as disposições estatutárias pertinentes à cooperação, bem como a legislação interna que possa ser casuísticamente pertinente a uma ou outra forma de interação com o TPI, além do Acordo sobre Privilégios e Imunidades do Tribunal Penal Internacional, de setembro de 2002²⁷⁹.

2.2.5.3 Aspectos dogmáticos da cooperação com o Tribunal Penal Internacional

A cooperação com o Tribunal Penal Internacional pode ser classificada quanto a parte requerente, sendo: (i) ativa – quando o Estado requerente está conduzindo inquérito ou processo relacionado a crime de competência do TPI e este pede ajuda ao TPI ; ou (ii) passiva – quando o TPI solicita cooperação ao Estado.

Quando a pessoa objeto do pedido de entrega alegar a ocorrência do princípio *ne bis in idem*, o Estado requerido deverá encaminhar consulta ao Tribunal sobre a existência de decisão por parte desse em relação à admissibilidade do caso. Havendo decisão nesse sentido, cabe, ao Estado, fazer a entrega daquela pessoa; caso contrário, deverá o Estado aguardar a última deliberação do Tribunal sobre a existência da ofensa ou não ao princípio do *ne bis in idem*.

A não incidência do princípio da identidade, próprio da extradição, além de outros eventualmente aplicáveis a outras formas de cooperação decorre de ser a relação cooperacional do TPI com o Estado mero ato de rendição e entrega, ou seja, cabe apenas ao Estado requerido deter a pessoa procurada e entregá-la ao Tribunal.

Neste aspecto, a falta de um juízo mais profundo do pedido, por parte da Autoridade Judiciária brasileira, a exemplo da extradição, decorre do fato do próprio Estatuto, em seu art. 102²⁸⁰, diferenciar o ato de entrega de alguém ao Tribunal, do pedido extradicional formulado por outro Estado. Ao afastar a necessidade da revisão judicial dos requisitos do pedido de extradição, o TPI se situa no organograma jurídico não como um colateral dos Estados, mas

²⁷⁸ Existem em tramitação na Câmara dos Deputados os Projetos de Lei n. 301/07 e n. 4.038/2008, que define condutas que constituem crimes de violação do direito internacional humanitário, estabelece normas para a cooperação judiciária com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências. O projeto, atualmente, está pendentes de votação pelo Plenário do Congresso Nacional.

²⁷⁹ Ratificado pelo Decreto Legislativo n. 291/11. BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto Legislativo n. 291, de 2011. Aprova o texto do Acordo sobre Privilégios e Imunidades do Tribunal Penal Internacional, celebrado durante a Primeira Assembleia de Estados Partes no Estatuto de Roma, realizada em Nova Iorque, entre os dias 3 e 10 de setembro de 2002. *Diário do Senado Federal*, [Brasília], p. 20.570, 02.06.2011.

²⁸⁰ O art. 102 do Estatuto define entrega como a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal e extradição como a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno.

sim como uma entidade que se encontra em nível superior aos Estados, muito embora a existência de hierarquia e subordinação ao Tribunal possa não ser reconhecida pelos Estados.

Em razão desta posição supranacional, que, pelo princípio da complementaridade, dispensa a análise da existência de ofensa à ordem soberana dos Estados, pode ocorrer como assinalado pelo Min. Celso de Mello do STF, ao despachar a Pet 4625, do Brasil estar diante da possibilidade de cooperar para permitir a aplicação de penas vedadas por sua Constituição, como as penas de morte e de prisão perpétua²⁸¹.

A discussão ainda está aberta, na medida em que houve solicitação de manifestação por parte do Min. Celso de Mello à Procuradoria-Geral da República, que, até a presente data, ainda não foi respondida. Segundo o rito regimental do STF, após o parecer da PGR, o Min. Relator poderá elaborar seu voto e apresentá-lo para julgamento pelo Plenário do STF.

No último capítulo deste trabalho será abordada a possibilidade de o Brasil cooperar com outros países, quando essa cooperação implicar contribuição para a aplicação ou execução das penas constitucionalmente vedadas pelo art. 5º, XLVII, da CF/88. No entanto, essa abordagem não será realizada quanto à cooperação do Brasil com o TPI, pelo fato de o Tribunal não se encontrar no mesmo plano jurídico dos Estados. Ademais, o Tribunal possui atuação institucional complementar à jurisdição dos Estados pelo Estatuto de Roma.

2.3 Outras formas de cooperação internacional em matéria penal ainda não adotadas pelo Brasil

2.3.1 A Transferência de procedimentos criminais

A transferência de processos criminais é uma forma de cooperação jurídica consistente na transferência do processo criminal de um Estado para outro Estado, sob o fundamento de que o Estado destinatário do processo possui mais contato significativo com as partes e por ser um *fórum conveniens*²⁸². Por mais inusitado que possa parecer, a transferência representa uma boa medida para solucionar problemas relativos à extraterritorialidade da lei penal.

²⁸¹ O Min. Celso de Mello aponta extensa divergência doutrinária decorrente do conflito entre o Estatuto de Roma e as cláusulas pétreas constitucionais, identificando que autores como JAPIASSÚ (JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Direito Penal Internacional*. Del Rey: Rio de Janeiro, 2009. p. 110-125) e FURTADO (FURTADO, Márcio Medeiros. Algumas Consignaões Acerca do Tribunal Penal Internacional: origem, fundamento, características, competência, controvérsias e objetivos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 783, p. 469-503) buscam soluções compatibilizadoras que viabilizem a aplicação, no plano doméstico, do Estatuto.

²⁸² BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to international criminal law*. New York: Transnational Publishers, 2003. p. 358.

Como forma de evitar a impunidade, os Estados ampliam o alcance de suas legislações para reprimir delitos praticados fora de seus limites territoriais. No entanto, a mera possibilidade legal de deflagrar a persecução penal não garante um processo que atenda à busca da verdade real e que respeite a paridade de armas entre acusação e defesa.

Assim, é possível que o Estado que deflagrar a persecução penal decline de sua jurisdição, por se tratar de um *fórum non conveniens*, em favor de outro Estado que, além de se comprometer a dar curso à persecução penal, está em melhores condições de realizar a instrução criminal, dando vigência às garantias processuais.

Essa modalidade de cooperação foi prevista na Convenção Européia sobre Transferência de Processos Criminais (CETP), celebrada na cidade de Strasburgo, em 1972 e somente é aplicada, sob certos requisitos, aos crimes que os Estados contratantes submetem à convenção (art. 1, a da CETP).

2.3.2 A execução de sentença penal estrangeira

No Brasil, conforme já visto, existe muita resistência quanto à possibilidade de execução das sentenças penais estrangeiras, no entanto em Portugal, o Código de Processo Penal português e o Decreto-Lei nº 43/91 preveem que a sentença penal estrangeira poderá produzir efeitos desde que atendidas às seguintes condições²⁸³: a) deve haver previsão em lei, tratado ou convenção disciplinando os efeitos que serão produzidos no país; b) o fato que motivou a condenação deve ser também punível segundo a lei portuguesa; c) a sentença não tenha aplicado pena ou medida de segurança proibida pela lei portuguesa, salvo hipótese de comutação ou adequação da reprimenda pelo Estado sentenciante; d) o réu tenha sido assistido por defensor e, conforme o caso, acompanhado por intérprete para lhe assegurar a compreensão do processo; e) o crime objeto da sentença não seja considerado segundo a lei mais benéfica como crime contra a segurança do Estado, salvo convenção em contrário.

O temperamento às sentenças penais estrangeiras proposto pela lei portuguesa não é um exemplo absoluto, mas serve para comprovar que é possível juridicamente adotar a execução de sentenças penas estrangeiras, sem que haja ofensa à soberania, à ordem pública e aos bons costumes do país que a executa, além de servir de inspiração para a tão esperada lei brasileira de cooperação internacional.

²⁸³ ALVES MARTINS, Teresa; QUINTAS ROMA, Mónica. Cooperação internacional no processo penal: relatório português ao Congresso Internacional de Direito Processual. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 5, n. 3-4, p.445-486, jul./dez. 1995.

2.3.3 O Mandado de Prisão Europeu e o mandado MERCOSUL de captura

Como resposta aos problemas causados pelo crime internacional na Europa, considerando-se as dificuldades procedimentais para implementar a persecução penal para além das fronteiras nacionais e baseados no princípio do mútuo reconhecimento das leis penais dos Estados membros da União Européia, foi instituído o mandado de prisão europeu, que permite a expedição de um mandado de prisão por um Estado membro e o cumprimento por qualquer outro Estado membro, sem a necessidade de expedição de pedidos de extradição ou elaboração de pedidos de cooperação direcionados a um ou outro Estado membro.

O Conselho Europeu, em decisão relativa ao mandado de detenção europeu e aos processos de entrega entre os Estados-Membros, em 2002, definiu que o mandado de prisão europeu deve ter por finalidade a detenção para fins de instruir processo criminal, executar pedido de prisão preventiva ou de condenação criminal.

O mandado de prisão europeu pode ser aplicado em casos em que a sentença condenatória ou a ordem de prisão preventiva imposta seja por ao menos quatro (4) meses; em que os crimes imputados tenham pena máxima de um (01) ano ou em que a ordem de prisão preventiva não ultrapasse tal período.

Nos casos de terrorismo, tráfico de seres humanos, corrupção, participação em organizações criminais, falsidade de moeda, homicídio, racismo, xenofobia, estupro, tráfico de carros roubados e fraudes, é possível a expedição de mandado de prisão europeu, se as penas forem de até três (3) anos, sem a necessidade de se verificar a dupla tipicidade do delito. Quaisquer outros casos que não os excepcionados acima, há a necessidade de verificação da dupla tipicidade do delito.

O mandado de prisão europeu representa a abolição do procedimento de extradição dentro do território dos Estados membros da União Europeia. Inspirado neste modelo, o MERCOSUL aprovou, por meio da Decisão MERCOSUL/CMC/DEC nº 48/10, procedimento similar.

O Mandado MERCOSUL de Captura é uma decisão judicial emitida por uma das Partes (Parte emissora), com vistas à prisão e entrega por outra Parte (Parte executora), de uma pessoa procurada para ser processada pelo suposto cometimento de crime, para que responda a um processo em curso ou para execução de uma pena privativa de liberdade (art. 3º, 1).

A entrega será realizada em relação aqueles crimes que a Parte emissora e a Parte executora tenham tipificado em virtude de instrumentos internacionais ratificados pelas mesmas, mencionados no acordo²⁸⁴.

A captura poderá ser recusada (art. 5º) nas hipóteses em que poderiam ser recusadas um pedido de extradição a saber: (i) não houver dupla incriminação com relação aos fatos que embasam o Mandado MERCOSUL de Captura; b) quando a ação ou a pena estiverem prescritas conforme a legislação da Parte emissora ou da Parte executora; c) a pessoa procurada já tenha sido julgada, indultada, beneficiada por anistia ou obtido graça na Parte executora ou em um terceiro Estado em função do mesmo fato ou fatos puníveis que fundamentam o Mandado MERCOSUL de Captura; d) a Parte executora considere que os crimes sejam de cunho político ou relacionados a outros crimes de igual natureza.

Em maior extensão do que a previsão contida no Estatuto do Estrangeiro está a garantia de que o Estado emissor não irá aplicar penas de morte, perpétua e de trabalhos forçados (art. 10, 3, a), mas em havendo cominação de penas de morte ou perpétua no ordenamento da Parte emissora, poderá a Parte executora requerer o compromisso de comutação pela pena máxima admitida em seu ordenamento jurídico (art. 10, 3, b).

O mandado tramitará por meio de Autoridades Centrais designadas por cada país (art. 6º), bem como o atendimento da entrega somente ocorrerá após decisão da Autoridade Judicial da Parte Executora (art. 11). No Brasil, não há como afastar a competência do STF

²⁸⁴ Pode ser aplicado o mandado MERCOSUL de captura em relação aos seguintes crimes: 1. Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (Convenção de Palermo), Nova Iorque, 15.11.2000. 2. Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e de Crianças, Nova Iorque, 15.11.2000. 3. Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional contra o Tráfico Ilícito de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea, Nova Iorque, 15.11.2000. 4. Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, Roma, 17.07.1998. 5. Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, Paris, 11.12.1948. 6. Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas, Viena, 20.12.1988. 7. Convenção relativa a Infrações e certos Atos Cometidos a Bordo de Aeronaves, Tóquio, 14.09.1963. 8. Convenção para Repressão ao Apoderamento Ilícito de Aeronaves, Haia, 16.12.1970. 9. Convenção para Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil, Montreal, 23.09.1971. 10. Protocolo para a Repressão de Atos Ilícitos de Violência em Aeroportos ao Serviço da Aviação Civil Internacional, complementar a Convenção para Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil, Montreal, 24.02.1988. 11. Convenção sobre a Marcação de Explosivos Plásticos para Fins de Detecção, Montreal, 01.03.1991. 12. Convenção para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Navegação Marítima, Roma, 10.03.1988. 13. Protocolo para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança das Plataformas Fixas localizadas na Plataforma Continental, adicional a Convenção para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Navegação Marítima, Roma, 10.03.1988. 14. Convenção sobre a Proteção Física de Materiais Nucleares, Viena, 03.03.1980. 15. Convenção sobre a Prevenção e Punição de Crimes contra Pessoas que gozam de Proteção Internacional, inclusive Agentes Diplomáticos, Nova Iorque, 14.12.1973. 16. Convenção Internacional contra a Tomada de Reféns, Nova Iorque, 17.12.1979. 17. Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo, Nova Iorque, 09.12.1999. 18. Convenção Internacional para a Supressão de Atentados Terroristas à Bomba, Nova Iorque, 15.12.1997. 19. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, Mérida, 15.12.2003.

(art. 102, I, g) para decidir sobre a entrega, por ser o procedimento de entrega similar ao da extradição e por não ser possível haver redução da competência da Corte Suprema

Até maio de 2013, não se tem notícia da indispensável ratificação do referido acordo pelo Congresso Nacional, muito embora a decisão que instituiu o acordo diga no art. 4º que não haveria a necessidade de incorporação pelo ordenamento jurídico dos Estados Membro, por regulamentar aspectos da organização ou do funcionamento do MERCOSUL. Ainda que decidido pelo Conselho do MERCOSUL, tal disposição é ineficaz para o Brasil, por representar burla ao texto constitucional.

3 A ASSISTÊNCIA MÚTUA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL

3.1 Conceito

A doutrina não tratou apresentar um conceito único e global para explicar o que se compreende por cooperação internacional em matéria penal, como já visto no Capítulo 2. No entanto, para auxiliar a formulação de um conceito que defina a assistência mútua em matéria penal devem ser adotadas algumas premissas fáticas²⁸⁵, como: (i) os Estados podem estabelecer interação entre suas estruturas jurisdicionais; (ii) esta interação é “processual-funcional”, ou seja, está limitada por uma relação de equilíbrio entre os níveis de assistência e garantias; (iii) esta relação é heterogênea, contando com ao menos dois Estados e um indivíduo, que é parte interessada; (iv) a cooperação representa um estatuto global de solidariedade interestatal e garantias (formais e substanciais).

Estas premissas fáticas estabelecidas, com clara ênfase na afirmação de garantias, estão situadas frente a um Direito, de raiz antropocêntrica e garantidor dos Direitos Humanos, que não se confunde com o poder negociador dos Estados, com a cortesia internacional²⁸⁶, nem com qualquer concepção meramente instrumental da continuidade do processo²⁸⁷. Neste sentido, Mouso²⁸⁸ conceitua a assistência mútua, mas por ele denominada de cooperação judicial internacional em matéria penal, como

(...) um fazer processual jurisdicional convergente no plano internacional, ao que acordamos chamar de interação processual, cujo fulcro legitimante repousa tanto no cumprimento efetivo da tarefa processual de entre-ajuda jurisdicional penal requerida, como marco de garantias com que a mesma se implementa.

²⁸⁵ CERVINI, Raúl. *Das garantias do concernido na cooperação judicial penal internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; ZAFARONI, Eugenio Raúl. *Estudios em homenagem ao prof. João Marcello de Araujo Junior*. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2001. p. 443

²⁸⁶ A cortesia internacional, segundo Foulke é geralmente entendida como a educação e gentileza que emanam de um sentimento de amizade, bem como o respeito que existe entre as nações em assuntos relacionados ao direito. (FOULKE, Roland R. Definition and Nature of International Law. *Columbia Law Review*, Columbia, v. 19, n. 6, p. 452, dec. 1919).

²⁸⁷ Raúl Cervini manifesta muita preocupação com o reconhecimento de garantias à pessoa concernida na cooperação internacional. Apesar da abordagem do jurista estar relacionada mais aos aspectos procedimentais da cooperação, a construção desta moldura garantista se aplica também aos limites materiais à cooperação, em especial o das penas constitucionalmente vedadas que será tratado no próximo capítulo. (CERVINI, Raúl. *Das garantias do concernido na cooperação judicial penal internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; ZAFARONI, Eugenio Raúl. *Estudios em homenagem ao prof. João Marcello de Araujo Junior*. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2001. p. 444)

²⁸⁸ MOUSO, Paulo. Cooperación Judicial Inter-etatica. *Revista Colombiana de Derecho Processal*, Bogotá, a. III, v. 2, p. 36, 1990.

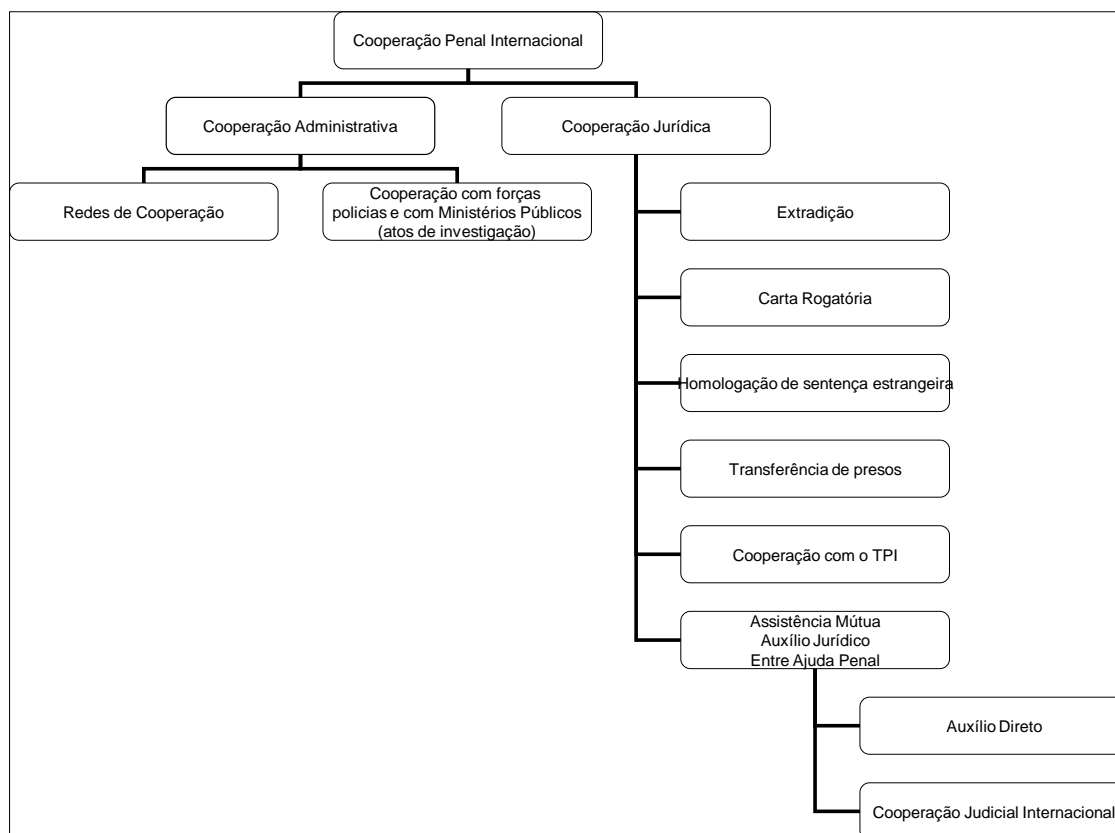
A idéia de um fazer processual jurisdicional convergente que esteja pautado em certas garantias é uma característica preponderante da assistência mútua, porém não parece ser uma característica que a distinga de outras formas de cooperação jurídica. Cervini²⁸⁹, por sua vez, conceitua a assistência mútua como

(...) conjunto de atividades processuais (cuja proteção não se esgota nas simples formas), regulares (normais), concretas e de diverso nível, cumpridas por órgãos jurisdicionais (competentes) em matéria penal, pertencentes a distintos Estados soberanos, que convergem (funcional e necessariamente) em nível internacional, na realização de um mesmo fim, que não é senão o desenvolvimento (preparação e consecução) de um processo (principal) da mesma natureza (penal), dentro de um estrito marco de garantias, conforme o diverso grau e projeção intrínseco do auxílio requerido.

As dificuldades de se conceituar a assistência mútua são proporcionais à quantidade de nomenclaturas e termos que são utilizados indistintamente para referir ao instituto. Daí porque para alcançar a desejada definição, torna-se necessário identificar e contextualizar alguns destes termos empregados pelos documentos oficiais e pela doutrina. A classificação que se propõe, no quadro abaixo, está adequada à atual realidade do ordenamento jurídico brasileiro:

²⁸⁹ O autor usa a nomenclatura de cooperação judicial internacional penal para aquilo que estamos definindo como assistência mútua. O próprio autor ressalva a impropriedade da classificação, por reconhecer a participação eventual do Ministério Público, de modo a sugerir que a mesma se chamasse cooperação jurisdicional internacional em matéria penal. (CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez. *Princípios de cooperação judicial penal internacional no Protocolo do Mercosul*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 51)

Figura 2 Organograma da Cooperação Penal Internacional no Brasil



Fonte: Adaptação do autor

A cooperação penal internacional possui duas espécies: a cooperação administrativa e a cooperação jurídica²⁹⁰. O marco divisório dessas duas espécies da cooperação é aquele identificado nos dois últimos capítulos deste trabalho, qual seja: consideram-se modalidades de cooperação jurídica aquelas formas de cooperação estabelecidas em que há a participação, intervenção ou envolvimento de ao menos uma autoridade judicial ou revestida de poderes judiciais, assim definidos pela legislação brasileira²⁹¹, de países diferentes ou de Tribunais

²⁹⁰ Viada define a cooperação judicial internacional em matéria penal, leia-se cooperação jurídica segundo a definição adotada neste trabalho, como a execução, por parte do Estado requerido, de medidas destinadas a facilitar uma investigação ou procedimento iniciado no Estado requerente. Diz-se cooperação judicial por nascer de um procedimento penal aberto ou concluído no Estado Requerente e não se referir a investigações preliminares, próprias da cooperação policial (administrativa). A cooperação jurídica seria ainda constituída por três características: i) ter uma estrutura horizontal de relação entre os Estados, organizada por meio de tratados bilaterais ou multilaterais e normas nacionais; ii) ter caráter judicial, no sentido de que se requer cooperação a partir de um procedimento aberto ou concluído no Estado requerente; iii) ter uma função repressiva e de caráter determinado, já que atua sempre em razão da existência de fatos concretos que aparentam ser crimes, não se admitindo requerimentos relacionados a fatos atípicos. VIADA, Natacha G. *Derecho penal y globalización: cooperación penal internacional*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 92; 94.

²⁹¹ Vide nota 96. Adicionalmente, o STF já reconheceu que são passíveis de conhecimento atos emanados de autoridades estrangeiras que não são integrantes do Poder Judiciário, mas que pela Lei do Estado requerente tem

Internacionais e importam o reconhecimento, aproveitamento ou execução, ainda que administrativa, por uma das partes, de uma decisão judicial proferida por outra parte. Em outras palavras, haverá cooperação administrativa quando nenhuma das autoridades das partes envolvidas detiver poderes jurisdicionais.

A cooperação administrativa se subdivide em duas modalidades conhecidas, que são as redes de cooperação internacional e a de cooperação entre as forças policiais, ambas já tratadas no Capítulo 1. Deve ser feita observação, contudo, em relação à situação dos Ministérios Públicos dentro do âmbito da cooperação administrativa.

O *Parquet* desempenha diversos papéis dentro da cooperação internacional, sendo, neste caso específico, situado ao lado das forças policiais apenas quando, se admitido pelo sistema jurídico nacional, desempenhar funções estritamente investigativas.

A cooperação jurídica, por sua vez, desdobra-se em seis modalidades conhecidas²⁹² e vigentes no ordenamento brasileiro, que foram analisadas nos capítulos prévios, a exceção da assistência mútua que será objeto deste.

A assistência mútua²⁹³, assistência jurídica²⁹⁴, assistência jurídica mútua²⁹⁵, auxílio jurídico mútuo²⁹⁶, auxílio mútuo²⁹⁷, assistência jurídica recíproca²⁹⁸, assistência judiciária²⁹⁹, assistência judiciária mútua³⁰⁰, cooperação judiciária³⁰¹, cooperação judicial³⁰², cooperação e auxílio jurídico mútuo³⁰³ ou entre ajuda penal, todos sinônimos, se diferenciam das demais formas de cooperação por exclusão. A finalidade buscada pela assistência mútua não pode ser alcançada pelas outras formas de cooperação e vice versa, à exceção da carta rogatória, com que em muito se assemelha.

competência para fazê-lo, não cabendo a imposição do modelo de organização judiciária brasileiro aos demais países. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 91002. *Diário de Justiça*, Brasília, n. 100, 04 jun. 2010.

²⁹² LESSA, L. F. V. C. *Persecução penal e cooperação internacional direta pelo Ministério Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2013. p. 145.

²⁹³ Expressão constante da epígrafe dos tratados celebrado com Canadá e Colômbia.

²⁹⁴ A expressão prevista no tratado bilateral celebrado com o Peru.

²⁹⁵ A expressão assistência mútua está estampada nos tratados bilaterais celebrados com Suriname e China.

²⁹⁶ Esta expressão é utilizada no tratado celebrado com a Espanha e no tratado modelo da ONU, aprovado pela Resolução n° 45/117.

²⁹⁷ Segundo previsto no tratado celebrado com Portugal.

²⁹⁸ LESSA, L. F. V. C. *Persecução penal e cooperação internacional direta pelo Ministério Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2013. p. 169.

²⁹⁹ Expressão prevista nos tratados celebrados com Ucrânia e Estados Unidos.

³⁰⁰ Conforme disposto no tratado celebrado com a Coréia.

³⁰¹ Como designado pelos tratados firmados com Itália, Suíça e França.

³⁰² Conforme disposto no tratado celebrado com Cuba.

³⁰³ Conforme disposto no tratado celebrado com Espanha.

Duas características principais diferenciam a assistência mútua³⁰⁴ da carta rogatória. A primeira é que a carta rogatória possui tramitação diplomática própria e lenta, enquanto a assistência mútua tramita diretamente entre autoridades centrais. A segunda é que o conteúdo da assistência mútua é mais abrangente do que o da carta rogatória, pois somente podem ser objeto da carta rogatória solicitações que necessitem passar pelo juízo de deliberação do Superior Tribunal de Justiça, enquanto que os atos que não ensejem juízo de deliberação podem ser objeto do pedido de assistência mútua.

Esta, por sua vez, se subdivide em duas outras formas: a cooperação judicial e o auxílio direto. O auxílio direto é uma forma de cooperação jurídica, prevista em tratado³⁰⁵, com características de cooperação administrativa, mas que não se confunde com a cooperação administrativa, pois no auxílio direto há, em algum momento, a participação ou envolvimento de uma autoridade judicial ou revestida de poderes judiciais, assim definidos pela legislação brasileira, quer do país requerente, quer do requerido.

Em termos concretos, quando um país atende a um pedido de fornecimento de documentos públicos feito por outro, por exemplo, estará atendendo pedido de auxílio direto³⁰⁶, se o mesmo houver sido solicitado por uma autoridade judicial, ou assim considerada, ou seu atendimento dela depender, havendo, pois, participação do Poder Judiciário em algum momento. Da mesma forma, haverá auxílio direto quando uma autoridade administrativa ou mesmo o Ministério Público, requerer a outra autoridade administrativa que busque provimento jurisdicional junto ao Poder Judiciário do Estado requerido para fins de contribuir com investigação ou procedimento em curso no país Requerente. Neste caso, a autoridade judicial não participou diretamente da cooperação, mas foi envolvida para o atendimento do pedido.

³⁰⁴ O objeto da assistência jurídica, ou assistência mútua, conforme denominação utilizada neste trabalho, segundo Perez Gil é a realização de atividades processuais em um processo que se iniciou ou que se pretender iniciar no Estado Requerente. (PÉREZ GIL, J. El convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la EU: un instrumento anclado en coordenadas superadas?. *DLL*, [S.l.], n. 6208, p. 7-8, 11 mar. 2005). A semelhança entre as definições de Perez Gil e Viada quanto à assistência mútua e cooperação jurídica, mostra a dificuldade em distinguir formas e espécies de cooperação, de maneira a reforçar a idéia de que somente se alcançará uma diferenciação se forem buscados elementos próprios do conteúdo de cada solicitação.

³⁰⁵ Segundo a professora Nádia de Araujo, o Ministério da Justiça entende ser cabível o auxílio direto em matéria penal apenas quando houver previsão em tratado que o autorize. (ARAUJO, Nádia de. A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do estado brasileiro no plano interno e internacional. In: BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal*. 2. ed. Brasília : Ministério da Justiça, 2012. p. 46).

³⁰⁶ Em matéria civil o auxílio direto judicial é mais conhecido, pois relacionado às convenções sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro da ONU, denominada Convenção de Nova Iorque e da Haia Sobre Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Menores, de 1980.

Por outro lado, quando houver a participação das autoridades judiciais, ou assim consideradas, dos Estados que são parte do pedido de cooperação e necessidade de *exequatur*³⁰⁷ para a execução do pedido se estará diante da cooperação judicial internacional.

Ao que tudo indica, parecer ser esta a posição estabelecida pelo art. 7º da Resolução nº 09 do STJ, que segrega as cartas rogatórias segundo seu conteúdo³⁰⁸, ou seja, que tenham por objeto atos decisórios ou não decisórios, e a forma de cumprimento, segundo a necessidade ou não do juízo de delibação. Não sendo o caso de juízo de delibação, a carta rogatória será encaminhada ou devolvida ao Ministério da Justiça para as providências ao cumprimento por auxílio direto. Em outras palavras, o juízo de delibação coloca-se como fator diferenciador entre a cooperação judicial e o auxílio direto.

Os termos da Resolução, por não serem dos mais explícitos, acabam por permitir a criação de outras classificações, como a de Cordani³⁰⁹, que segregou a assistência mútua em cartas rogatórias e auxílio direto (judicial ou administrativo); Lessa³¹⁰, por sua vez, segregou a cooperação internacional em cooperação internacional tradicional, quando houver a necessidade de intervenção de órgão carente de atribuição ou competência para o cumprimento da medida solicitada, e a cooperação internacional direta, quando não houver a referida intervenção.

Em verdade, o próprio Ministério da Justiça³¹¹ conceitua, sem base legal para tanto³¹², que existiriam duas modalidades de auxílio direto, o administrativo e o judicial. Segundo a

³⁰⁷ Na Carta Rogatória nº 8.577/AT, julgada pelo STF, em 01.03.99, sob a relatoria do Min. Celso Mello foi negado o *exequatur*, o que reforça a consideração sobre se admitida esta medida de cooperação, a mesma seria hipótese de cooperação judicial.

³⁰⁸ Parece ser acertada em parte a posição do STJ quando se preocupa em retirar do sistema das cartas rogatórias pedidos que são meras consultas sobre legislação, por exemplo. Da mesma forma, em desapego a exacerbado formalismo será dado cumprimento a pedido de cooperação judicial internacional penal, como tal, mesmo que o pedido seja rotulado como carta rogatória.

³⁰⁹ CORDANI, Dora Cavalcanti. Cooperação jurídica internacional em matéria penal no Brasil: as cartas rogatórias e o auxílio direto: controle dos atos pela parte atingida. In: _____. *Direito Penal Econômico: crimes econômicos e processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2008. p.99.

³¹⁰ LESSA, L. F. V. C. *Persecução penal e cooperação internacional direta pelo Ministério Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2013. p. 147.

³¹¹ BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos: Matéria Civil*. 2. ed. Brasília : Ministério da Justiça, 2009. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 29 jan. 2013.

³¹² Não existe qualquer disposição legal que conceitue e defina o auxílio direto, havendo algumas previsões normativas esparsas de sua aplicação, como no art. 7º, parágrafo único da Resolução nº 09/2005 do STJ. Existe, contudo, no projeto do novo Código de Processo Civil (PLS nº 166 do Senado Federal e atualmente tramitando na Câmara dos Deputados) disposições que regulem esta modalidade de cooperação: Art. 27. Os pedidos de cooperação jurídica internacional serão executados por meio de: I - carta rogatória; II - ação de homologação de sentença estrangeira; e III - auxílio direto. Parágrafo único. Quando a cooperação não decorrer de cumprimento de decisão de autoridade estrangeira e puder ser integralmente submetida à autoridade judiciária brasileira, o pedido seguirá o procedimento de auxílio direto. Art. 28. O pedido de cooperação jurídica internacional terá por objeto: I - comunicação de atos processuais; II - produção de provas; III - medidas de urgência, tais como decretação de indisponibilidade, sequestro, arresto, busca e apreensão de bens, documentos, direitos e valores;

definição do MJ, que se reputa incompleta face os conceitos adotados neste trabalho, o auxílio direto consiste na “(...) realização de uma diligência de natureza administrativa no Brasil, ou na busca de prolação de uma decisão judicial brasileira relativa a litígio que tem lugar em Estado estrangeiro”, podendo ocorrer tanto em matéria civil, quanto em matéria penal.

De qualquer maneira, apesar de não estar explícita na definição citada, mas constante do glossário explicativo do sítio da *internet*³¹³ do Ministério, neste trabalho se defende a posição de que a cooperação entre dois órgãos administrativos, sem o envolvimento de uma instância judicial em qualquer das partes, nos termos já postos, é forma de cooperação administrativa, e não, auxílio direto, que é modalidade de assistência mútua.

O critério binário (exige-se o *exequatur*, ou não) não deve ser aceito como a melhor solução para classificar as espécies e formas de cooperação, bem como as modalidades de assistência mútua, por desconsiderar outra peculiaridade importante do modo de execução do pedido de cooperação. Nos casos de auxílio direto, que o MJ chama de auxílio direto judicial, mesmo que exista uma solicitação administrativa e, por esse motivo, não haja necessidade de juízo de delibação pelo STJ, o controle da legalidade do pedido, da existência de ofensa à ordem pública e aos bons costumes, ao ordenamento jurídico nacional, aos princípios constitucionais, etc, será feito por um magistrado singular.

Na prática, continua a haver um controle judicial sobre o ato de cooperação que se empreende, ocorrendo apenas a mudança da competência e da forma como este controle será exercido. O próprio sistema jurídico nacional prevê hipóteses de rejeição ou extinção liminar de ações propostas perante o Poder Judiciário que muito se assemelham a alguns dos requisitos do juízo de delibação, a exemplo da constatação de que o pedido inicial é

IV - perdimento de bens, direitos e valores; V - reconhecimento e execução de outras espécies de decisões estrangeiras; VI – obtenção de outras espécies de decisões nacionais, inclusive em caráter definitivo; VII – informação de direito estrangeiro; VIII – prestação de qualquer outra forma de cooperação jurídica internacional não proibida pela lei brasileira. Auxílio direto: Art. 34. Os pedidos de auxílio direto, baseados em tratado ou em compromisso de reciprocidade, tramitarão pelas autoridades centrais dos países envolvidos. Art. 35. A autoridade central brasileira comunicar-se-á diretamente com as suas congêneres, e, se necessário, com outros órgãos estrangeiros responsáveis pela tramitação e execução de pedidos de cooperação enviados e recebidos pelo Estado brasileiro, respeitadas disposições específicas constantes de tratado. Art. 36. No caso de auxílio direto para a prática de atos que, segundo a lei brasileira, não necessitem de prestação jurisdicional, a autoridade central adotar as providências necessárias para o seu cumprimento. Art. 37. Recebido o pedido de auxílio direto passivo, a autoridade central o encaminhará à Advocacia-Geral da União, que requererá, em juízo, a medida solicitada. Art. 38. A competência das autoridades internas para o início do procedimento de auxílio direto será definida pela lei do Estado requerido, salvo previsão diversa em tratado. Art. 39. Compete ao juiz federal, do lugar em que deva ser executada a medida, apreciar os pedidos de auxílio direto passivo que demandem prestação jurisdicional. Art. 40 Se houver parte interessada, será ela citada para, no prazo de quinze dias, manifestar sobre o auxílio direto solicitado. Parágrafo único. Não se aplica o disposto no caput se o pedido de auxílio direto demandar ação em que haja procedimento específico.

³¹³ Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7B4824E353-9955-4FE8-8310-DDBACE921784%7D&Team=¶ms=itemID=%7B86F30717-2A66-4E42-B03A-838C180F0ACD%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em 15 mar. 2013.

juridicamente impossível (art. 295, parágrafo único, III do Código de Processo Civil) ou que o fato narrado é atípico ou sua punibilidade já está extinta (art. 397, III e II do Código de Processo Penal), quando for exigível a verificação do princípio da identidade.

Analisar a fundo o conteúdo do pedido é fundamental para classificar o pedido de cooperação. Segundo o tratado de cooperação celebrado com a Colômbia (art. XVII), o Brasil, tendo conhecimento da existência de instrumentos, do objeto ou dos frutos do delito no território colombiano poderá requerer fundamentadamente que as Autoridades colombianas, na forma da Lei local, ajuízem medidas cautelares.

A previsão contida no tratado é completamente diferente de um pedido de execução de uma ordem judicial proferida por um juiz brasileiro em território colombiano, nos autos de uma medida cautelar ajuizado no Brasil. A hipótese prevista no tratado é típica de auxílio direto, enquanto que a segunda hipótese, se cabível, seria de cooperação judicial.

As características da cooperação judicial internacional a aproximam por demais da carta rogatória. De fato, como já dito, todos os objetos que sempre fizeram parte das comissões rogatórias podem ser atendidos pela assistência mútua, sendo certo que à cooperação judicial internacional restou a oitiva de testemunhas, notificações e demais atos que necessitem da participação da autoridade judicial do Estado requerido para que seja respeitada a formalidade imposta pelo ordenamento jurídico visando a validade do ato.

Neste caso, será possível haver a sobreposição de formas de cooperação (carta rogatória e cooperação judicial) para que seja atendido o mesmo fim, estando as duas formas em aparente conflito normativo (anomia). O conflito aparente³¹⁴, contudo, é solucionado pelo critério da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*) e o cronológico (*lex posterior derogat legi priori*), presentes tanto no Direito brasileiro (art. 2º, §§1º e 2º do Decreto-Lei 4.657/52 - Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro³¹⁵), quanto na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados³¹⁶ (art. 30³¹⁷).

³¹⁴ Considerando que o Direito Internacional é essencialmente um Direito de coordenação e que não está estruturado em graus de hierarquia, podem ocorrer conflitos aparentes de normas que não são solucionados por disposições previstas nos textos de cada um deles. Por este motivo, deve-se sempre recorrer à Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados, conforme explicado por Viada. (VIADA, *op. cit.*, p. 101).

³¹⁵ Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

³¹⁶ Ratificada pelo Decreto nº 7.030/09.

³¹⁷ Artigo 30, 2. Quando um tratado estipular que está subordinado a um tratado anterior ou posterior ou que não deve ser considerado incompatível com esse outro tratado, as disposições deste último prevalecerão; 3. Quando todas as partes no tratado anterior são igualmente partes no tratado posterior, sem que o tratado anterior tenha cessado de vigorar ou sem que a sua aplicação tenha sido suspensa nos termos do artigo 59, o tratado anterior só se aplica na medida em que as suas disposições sejam compatíveis com as do tratado posterior; 4. Quando as

O resultado da aplicação dos critérios de solução de anomia tenderá sempre a indicar a prevalência da cooperação judicial frente à carta rogatória. Isto porque os tratados de assistência mútua são mais recentes do que os tratados que disponham sobre a emissão de cartas rogatórias, além do fato de que as disposições convencionais sobre a cooperação judicial são especiais em relação à disciplina jurídica da carta rogatória, ao menos quanto o Direito brasileiro³¹⁸.

A diferença de abrangência das disposições dos tratados também é causa de confusão na compreensão das formas de cooperação. No tratado de cooperação judiciária celebrado com a Itália, por exemplo, há, no art. 8, disposição relativa ao cumprimento de cartas rogatórias. O fato de haver disposição convencional neste sentido, não permite classificar todos os pedidos abrigados no tratado como pedidos rogatórios, nem tampouco os considerar como de cooperação judicial, nos termos da definição proposta.

Por outro lado, a falta de organização sistêmica das disposições dos tratados e principalmente a falta de uma lei interna que regule a cooperação penal internacional pode levar a outras dúvidas. Se os tratados de assistência mútua somente tratam de cooperação judicial e auxílio direto, poderia uma autoridade administrativa de um Estado requerer, ao Brasil, o fornecimento de registros oficiais, por exemplo, com fundamento no tratado de assistência jurídica existente?

Observando o conteúdo do pedido, em sendo o registro acessível ao público, não parece haver a necessidade da intervenção, participação ou envolvimento de autoridade judicial brasileira, logo, em tese, o pedido seria cabível pela via do auxílio direto. Contudo, se a Autoridade requisitante não for judicial, a hipótese deixa de ser de auxílio direto para tratar-se de caso de cooperação administrativa³¹⁹. O pedido de cooperação administrativa poderia ser atendido com fundamento no tratado de assistência mútua?

A resposta é condicional. De fato, os tratados de assistência não se prestam ou ao menos não deveriam fundamentar pedidos de cooperação meramente administrativos, mas servem como norma jurídica instituidora de um determinado ato de cooperação como a entrega de registros oficiais. O atendimento do pedido, contudo, somente será cabível se

partes no tratado posterior não incluem todas as partes no tratado anterior: a) nas relações entre os Estados partes nos dois tratados, aplica-se o disposto no parágrafo 3; b) nas relações entre um Estado parte nos dois tratados e um Estado parte apenas em um desses tratados, o tratado em que os dois Estados são partes rege os seus direitos e obrigações recíprocos.

³¹⁸ O Código de Processo Civil, nem o Código de Processo penal tratam de forma detalhada e específica sobre cada modalidade de cooperação judicial, nem mesmo da tramitação dos pedidos perante o Estado requerido.

³¹⁹ Sobre a cooperação administrativa, ver capítulo 1, item 2.3.c.

houver outras disposições convencionais que legitimem autoridades a empreender cooperação administrativa.

Ratificando a posição assumida de que as espécies de cooperação administrativa e jurídica não se confundem, a Convenção da ONU Contra o Crime Transnacional (Convenção de Palermo), por exemplo, prevê em dois artigos distintos que os Estados Parte deverão cooperar tanto do ponto de vista da assistência mútua (art. 18), denominada de cooperação judiciária recíproca pelo texto do tratado³²⁰, quanto do ponto de vista da cooperação administrativa (art. 27), denominada cooperação entre as autoridades competentes para a aplicação da lei.

Por fim, também não podem ser consideradas as obrigações de comunicação espontânea³²¹ de questões penais previstas no art. 18, 4, primeira parte³²²⁻³²³ da referida convenção e em outros tratados como alguma das modalidades de assistência mútua, pois sequer podem ser admitidas como um pedido, mas sim como uma obrigação. A simples comunicação espontânea não se caracteriza como medida de auxílio direto, pois somente poderia ser assim considerada se verificada a presença das demais condições exigidas, nos termos da definição proposta.

O art. 15 do tratado celebrado com a Itália, por exemplo, prevê que cada parte anualmente informará a outra a existência de sentenças condenatórias impostas, pelas suas próprias autoridades judiciárias, aos cidadãos de tal Parte Destinatária da comunicação, residentes em seu território³²⁴.

Existem também obrigações de comunicação relacionadas aos casos em que o Estado Comunicante tem conhecimento de fatos que podem configurar infração penal e, por este motivo, informa ao outro Estado Parte para que ele adote as providências penais que entender

³²⁰ O tratado adota uma posição mais conservadora da assistência mútua, tratando todas as solicitações como cooperação judiciária, na medida em que o tratado se pretende servir de regulamento básico para os países que não possuem acordos bilaterais de assistência mútua. O STJ, inclusive, concedeu *exequatur* a pedido de assistência realizado pela Bélgica, com que o Brasil não tem tratado bilateral, fundamentando na Convenção de Palermo. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Carta Rogatória nº 438. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 07 dez. 2009)

³²¹ A palavra espontânea é empregada com o sentido de ser obrigado comunicar, mas independentemente de provocação prévia por parte de outro Estado.

³²² Art. 18, 4 - Sem prejuízo do seu direito interno, as autoridades competentes de um Estado Parte poderão, sem pedido prévio, comunicar informações relativas a questões penais a uma autoridade competente de outro Estado Parte, se considerarem que estas informações poderão ajudar a empreender ou concluir com êxito investigações e processos penais ou conduzir este último Estado Parte a formular um pedido ao abrigo da presente Convenção.

³²³ Como se vê, a segunda parte do dispositivo referido trata da hipótese de auxílio direto, vez que o Estado Comunicante teria proveito com a instauração do processo penal ou investigação no Estado Comunicado para fins de formulação de pedido de cooperação.

³²⁴ No tratado celebrado com a China (art. 19), tal informação, somente se fará, mediante solicitação de uma das partes, o que, a depender de quem faz o pedido e de quem o responder, pode fazer com que o pedido se enquadre como cooperação judicial ou auxílio direto.

necessárias, como no tratado celebrado com a França (art. 19, 1). Nestes casos, não havendo qualquer interesse no aproveitamento dos atos praticados no processo penal que terá curso na outra parte, a obrigação de comunicação não se configuraria como auxílio direto, mas sim como cooperação administrativa, muito embora, no caso francês, a comunicação se realize via autoridades centrais³²⁵.

Desta forma, as obrigações de comunicação se colocam dentro de um contexto amplo de cooperação no sentido de evitar a impunidade, enquadrando-se a simples comunicação espontânea de fatos como cooperação administrativa, que contempla, na sua essência, troca de informações, promoção de políticas, discussões internacionais, uniformização de legislação e também atos de investigação.

3.2 Fontes normativas da assistência mútua

As fontes normativas da assistência mútua são aquelas fontes típicas do Direito Penal Internacional. A principal fonte normativa são as leis internas que promovem a vinculação do país às obrigações contidas nos textos dos tratados internacionais (art. 49, I da CF/88). Neste aspecto, realça-se a força do princípio da legalidade no DPI, a ponto de afastar, enquanto fonte, o costume, os Princípios Gerais de Direito e a jurisprudência³²⁶ como fundamentos para justificar a negativa de cooperação por parte de um Estado³²⁷.

No entanto, a prática internacional já mitigou a rigidez do princípio da legalidade ao admitir que o princípio da justiça universal e o *ius cogens* flexibilizam os tratados e permita como fonte³²⁸: o costume, os Princípios Gerais de Direito e a jurisprudência.

Entendendo a prevalência mitigada do princípio da legalidade, podem ser apontado os tratados universais, os regionais e os bilaterais como as principais fontes normativas da

³²⁵ No tratado celebrado com a Espanha (art. 22) existe a mesma possibilidade de transmissão de denúncias cujo objeto seja instaurar um procedimento perante as autoridades judiciais da outra Parte, quando considerarem que essa Parte se encontra em melhores condições para levar adiante a investigação e ajuizamento dos fatos. Na redação do acordo o termo denúncia não é corretamente empregado, nem tampouco o *nomen iuris* do artigo “Transferência de Procedimentos Penais”, na medida em que a obrigação de comunicação em nada se assemelha com a forma de cooperação apresentada no item 3.1 do Capítulo 2, por dois motivos preponderantes. O primeiro decorre da falta de previsão legal para o Brasil aceitar ou promover a transferência de processos penais; e o segundo é que o artigo não faz referência ao declínio de jurisdição, característica indissociável da forma de cooperação jurídica em questão. Ainda que esta tenha sido a intenção das partes, já que o art. 21 do mesmo tratado é referente à troca espontânea de informações, da forma redigida e no atual estágio do ordenamento jurídico brasileiro, não há outra interpretação cabível para os dois artigos.

³²⁶ VIADA, *op. cit.*, p. 95-96.

³²⁷ ZIMMERMAN, R. *La coopération judiciaire internationale en matière pénale*. 2. ed. Bruxelles: Bruylant, 2004. p. 87.

³²⁸ PUGLIESE, Yuri Sahione. Lei brasileira da anistia: os conflitos entre o acordo social e a cooperação internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 5-8, jul./dez. 2012.

assistência mútua. Em relação aos tratados universais, não existe um que trate da assistência mútua ou mesmo de outras formas de cooperação jurídica. Contudo a estratégia da ONU foi de prever cláusulas regulando as formas de cooperação jurídica e até de cooperação administrativa em tratados temáticos, como se observou na Convenção de Palermo, e de editar resoluções contendo tratados modelos. A Resolução nº 45/117 é que prevê a redação do Tratado Modelo sobre Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal.

Dos tratados regionais, a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal é o mais importante para o Brasil, destacando a existência de tratados celebrados com os países que formam o MERCOSUL. Quanto aos tratados bilaterais, atualmente, 15 estão com vigência no ordenamento jurídico nacional, porém o celebrado com a Alemanha está pendente de ratificação. Os tratados sobre assistência mútua que o Brasil faz parte estão identificados nos quadros abaixo:

Quadro 9 Tratados Bilaterais

País	Data da celebração	Promulgação
Itália	17.10.89	Decreto nº 862/93

País	Data da celebração	Promulgação
Portugal	07.05.91	Decreto nº 1.320/1994
França	28.05.96	Decreto nº 3.324/99
Colômbia	07.11.97	Decreto Legislativo nº 41/99
Estados Unidos	14.10.97	Decreto nº 3.810/2001
Peru	21.07.99	Decreto Legislativo nº 181/2001
Suíça	12.05.04	Decreto Legislativo nº 300/2006
República da Coreia	13.12.02	Decreto nº 5.721/2006
Ucrânia	16.01.02	Decreto nº 5.984/2006
China	24.05.04	Decreto nº 6.282/2007
Cuba	24.09.02	Decreto nº 6.462/2008
Espanha	22.05.06	Decreto nº 6.681/2008
México	06.08.07	Decreto Legislativo nº 606/2009
Canadá	27.02.95	Decreto nº 6.747/2009
Suriname	16.02.05	Decreto 6.832/2009

Fonte: Adaptação ITÁLIA, 1993; PORTUGAL, 1994; FRANÇA, 1999; COLÔMBIA, 1999; ESTADOS UNIDOS, 2001; PERU, 2001; SUÍÇA, 2006; REPÚBLICA DA CORÉIA, 2006; UCRÂNIA, 2006; CHINA, 2007; CUBA, 2008; ESPANHA, 2008; MÉXICO, 2009; CANADÁ, 2009; SURINAME, 2009.

Quadro 10 Tratado em tramitação no Congresso

País	Data da celebração	Projeto
Alemanha	03.12.2009	Projeto de Decreto nº 607/2012

Fonte: Adaptação de ALEMANHA, 2012

Quadro 11 Tratados Multilaterais

Partes	Nome do Instrumento	Local e Data da celebração	Promulgação
MERCOSUL	Promulga o Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais	San Luis, 25.06.96	Decreto nº 3.468/2000
OEA	Promulga a Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Matéria Penal	Nassau, 11.06.93	Decreto nº 6.340/2008

Fonte: Adaptação do MERCOSUL, 2000; OEA, 2008

Historicamente, os primeiros movimentos para avançar na cooperação internacional até a forma como se conhece atualmente foram vistos na Europa, na década de 70, com a criação do grupo TREVI³²⁹, voltado para a cooperação policial. Nesta mesma época, Giscard d'Estaing³³⁰, então presidente da França, apresentou um projeto para criação de um espaço judicial penal europeu.

³²⁹ O nome do grupo é em razão da famosa fonte de água que fica na cidade italiana de Roma e também constitui acrônimo de terrorismo, radicalismo, extremismo e violência internacional. (DAVIN, João. *A criminalidade organizada transnacional: a cooperação judiciária e policial na UE*. Lisboa: Almedina, 2004. p.73)

³³⁰ Viada relata que a primeira versão do projeto foi apresentada nos Conselhos Europeus de 1976, 1977 e 1978. VIADA, *op. cit.*, p. 119.

No ano de 1987, com a adoção do Ato Único Europeu, a União Europeia estabeleceu como objetivo comunitário a criação de um verdadeiro mercado interior com a redução de fronteiras intracomunitárias, além de melhorar as práticas de cooperação penal³³¹. No ano de 1985, Alemanha, Bélgica, França, Holanda e Luxemburgo assinaram o Tratado de Schengen, que entrou em vigor no ano seguinte, diminuindo o controle nas fronteiras, contendo disposições sobre cooperação policial e de cooperação jurídica³³².

No início dos anos 90, com a celebração do Tratado de Maastrich (1992)³³³, que instituiu a União Europeia, deu-se um grande passo para a criação de um espaço judicial penal europeu, em especial pela instituição do Terceiro Pilar. Contudo, o estabelecimento deste regime penal europeu veio com o Tratado de Amsterdã, de 1997, que instituiu um espaço comum que complementa o princípio da territorialidade nacional³³⁴.

Um espaço de liberdade, segurança e justiça, após a instituição do espaço judicial europeu, é consolidado por três outros instrumentos, quais sejam o Plano de Ação de Viena (1998), as orientações definidas nas conclusões do Conselho Europeu de Tampere (1999) o Planejamento de Haia (2004) e seu Plano de Ação (2005). Estes três documentos representam um passo além da assistência mútua e são formados por três objetivos, quais sejam: o abandono da cooperação jurídica por meio do reconhecimento mútuo³³⁵ das decisões judiciais penais proferidas pelas autoridades judiciais penais dos demais Estados membro, a criação de

³³¹ DAVIN, João. *A criminalidade organizada transnacional: a cooperação judiciária e policial na UE*. Lisboa: Almedina, 2004. p.74.

³³² VIADA, *op. cit.*, p. 121.

³³³ Dentre os principais objetivos do tratado estão a maior cooperação entre as forças policiais, maior cooperação entre as autoridades judiciais e uma maior aproximação das normas dos Estados Membros em matéria penal.

³³⁴ DAVIN, *op. cit.*, p. 75-116.

³³⁵ O reconhecimento mútuo já vem sendo adotado há mais tempo em relação às decisões proferidas em processos de jurisdição civil, de onde advém. Com o atual quadro jurídico da EU, o reconhecimento mútuo, em matéria penal, passa a desempenhar importante papel no fortalecimento do espaço judicial penal europeu. O reconhecimento mútuo se expressa no continente europeu como forma de cooperação Weyenberg. De Biolley y Santamaría identificam três instrumentos de cooperação penal que coexistem: a cooperação penal clássica, a cooperação *reforzada* - assistência mútua - e o reconhecimento mútuo. A cooperação clássica está inserida dentro do âmbito do Conselho Europeu, a assistência mútua dentro do espaço de Schengen e o reconhecimento mútuo dentro do âmbito da União Europeia. O reconhecimento mútuo enquanto modalidade de cooperação possui cinco características: (i) supera o conceito de cooperação governamental, substituindo-o por procedimentos judiciais; (ii) estabelecer o contato direto entre autoridades, evitando o traslado dos pedidos através de Autoridades Centrais; (iii) reduzir ainda mais os trâmites burocráticos, excluindo a possibilidade de denegação por motivos genéricos como a proteção da ordem e o interesse público nacional; (iv) limitar a exigência da dupla incriminação, pela existência de uma lista prévia de delitos, combinada com um patamar mínimo de pena para possibilitar o reconhecimento; (v) fixa prazos para cumprimento das solicitações, acelerando a tramitação dos pedidos. (WEYENBERG, A.; DE BIOLLEY, S; SANTAMARÍA, V. Module 2: cadre général de la coopération judiciaire en matière pénale au sein de l'union européenne. [Bruxelles]: Institut d'Etudes Européennes; ECLAN, 15 dez. 2012. p. 26-28).

atores europeus em matéria penal (acusador europeu) e a harmonização das legislações penais e processuais penais dos Estados membros³³⁶.

Mais recentemente, com a celebração do Tratado de Lisboa (2007), que veio instituir uma Constituição Europeia, houve a comunitarização do Terceiro Pilar, trazendo o desaparecimento dos instrumentos próprios destes e a conseqüente unificação dos atos jurídicos, a aplicação de um procedimento legislativo ordinário (codecisão), além da extensão das competências dos Tribunais de Justiça ao âmbito do espaço jurídico, sem a necessidade de prévia manifestação dos Estados membro³³⁷.

O Brasil, desde o ano de 1989, vem celebrando tratados de assistência mútua em matéria penal, mas sequer possui uma lei interna de cooperação jurídica que regulamente o instituto. Com o aumento de tratados bilaterais e o fortalecimento institucional do MERCOSUL, espera-se que o bloco possa adotar medidas jurídicas mais modernas como as atualmente existentes na União Europeia.

3.3 A Autoridade Central

A Autoridade Central³³⁸ é o órgão responsável pela boa condução da cooperação jurídica que cada Estado realiza com os demais países³³⁹, ou seja, a Autoridade Central é a autoridade designada para gerenciar o envio e o recebimento de pedidos de auxílio jurídico, adequando-os e remetendo-os às respectivas autoridades nacionais e estrangeiras competentes. No Brasil, a autoridade central examina os pedidos ativos e passivos, sugerindo adequações, exercendo uma sorte de juízo de admissibilidade administrativo, tendente a acelerar e melhorar a qualidade dos resultados da cooperação³⁴⁰.

Na cooperação judicial internacional penal, na grande maioria dos casos, a Autoridade Central prevista nos tratados é o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional (DRCI), criado pelo Decreto nº 4.991/04 e vinculado ao Ministério da Justiça.

³³⁶ VIADA, *op. cit.*, p. 133.

³³⁷ Sobre o tema, ver CAMPOS, João Mota de; CAMPOS, João Luiz Mota de. *Manual de Direito Europeia*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

³³⁸ Segundo Machado, a Autoridade Central é o órgão que concentra a tramitação dos pedidos de assistência e cooperação, tanto ativos quanto passivos, tendo como finalidade precípua verificar a conformidade dos mesmos com a legislação brasileira e o direito internacional. (MACHADO, Máira Rocha. *Cooperação penal internacional no Brasil: as cartas rogatórias passivas*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 53, p. 99, mar./abr. 2005).

³³⁹ Brasil. Secretaria Nacional de Justiça. *Cartilha cooperação jurídica internacional em matéria penal*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Justiça (SNJ), Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), 2012. p. 7.

³⁴⁰ Segundo definição dada pelo MPF. BRASIL. Ministério Público Federal. Disponível: <<http://ascji.pgr.mpf.gov.br/atuacao-da-ccji/autoridade-central>>. Acesso em: 10 maio 2013.

Atualmente, o DRCI é regido pelo Decreto nº 6.061/07³⁴¹, que delimitou as seguintes competências ao Departamento: (i) articular, integrar e propor ações do Governo nos aspectos relacionados com o combate à lavagem de dinheiro, ao crime organizado transnacional, à recuperação de ativos e à cooperação jurídica internacional; (ii) promover a articulação dos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, inclusive dos Ministérios Públicos Federal e Estaduais, no que se refere ao combate à lavagem de dinheiro e ao crime organizado transnacional; (iii) negociar acordos e coordenar a execução da cooperação jurídica internacional; (iv) exercer a função de autoridade central para tramitação de pedidos de cooperação jurídica internacional; (v) coordenar a atuação do Estado brasileiro em foros internacionais sobre prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao crime organizado transnacional, recuperação de ativos e cooperação jurídica internacional; (vi) instruir, opinar e coordenar a execução da cooperação jurídica internacional ativa e passiva, inclusive cartas rogatórias; e (vii) promover a difusão de informações sobre recuperação de ativos e cooperação jurídica internacional, prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao crime organizado transnacional no País.

A estrutura do Departamento é formada ainda por três coordenações gerais que são: a Coordenação-Geral de Cooperação Jurídica Internacional (CGCI), a Coordenação-Geral de Articulação Institucional (CGAI) e a Coordenação-Geral de Recuperação de Ativos (CGRA), ficando à cargo da CGCI o desempenho da função específica de autoridade central, instruindo e coordenando os pedidos de cooperação internacional e as cartas rogatórias em matéria penal e civil.

3.4 A competência interna para conhecer e processar pedidos de assistência mútua

Os pedidos de cooperação judicial internacional em matéria penal, quando o Estado brasileiro for requerido, deverão ser processados obrigatoriamente na pela Justiça Federal. Mesmo que a Constituição Federal de 88, preveja apenas a competência da Justiça Federal para a execução de carta rogatória, após o *exequatur*, e de sentença estrangeira, após a homologação (art. 109, X), não parece que o Constituinte tenha procurado excluir da competência federal outras formas de cooperação.

O estabelecimento de cooperação internacional é de interesse da República Federativa do Brasil, constituindo um de seus objetivos (art. 4º, IX da CF/88). Por este motivo a

³⁴¹ Art. 11 do Decreto nº 6.061/07

Constituição de 88 reserva a atribuição exclusiva do Presidente da República para manter relações com Estados estrangeiros e celebrar tratados, convenções e atos internacionais (art. 84, VII e VIII), bem como delegou ao Congresso Nacional a resolução definitiva sobre definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (art. 49, I).

No plano infraconstitucional, o DRCI, órgão vinculado ao Ministério da Justiça é a autoridade central para a grande maioria dos atos de cooperação, a Advocacia-Geral da União é a autoridade central da Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças³⁴², assim como o Ministério Público Federal (MPF) é autoridade central designada nos tratados de assistência mútua celebrados com Portugal e Canadá.

O tratamento constitucional e legal dado aos atos internacionais indica a existência de notório interesse da União em relação à execução dos atos de cooperação, que vai além da carta rogatória e da sentença estrangeira.

A criação e incorporação de novos institutos de cooperação internacional, a exemplo da cooperação judicial em matéria penal e da transferência de presos, posteriormente à promulgação da vigente Constituição, faz com que o texto constitucional fique desatualizado, sem, porém retirar-lhe o sentido dado pelo Constituinte.

Portanto, em se tratando de cooperação internacional passiva a competência para a execução de seus atos, ressalvadas as competências do STJ e do STF, conforme o caso, é da Justiça Federal, pois não há lógica em se reconhecer a competência federal para algumas espécies de cooperação internacional e não para todas, por mera desatualização do texto constitucional.

Neste sentido, deve ser a competência federal para executar atos de cooperação internacional classificada como *ratione materiae*, pouco importando se, segundo o direito brasileiro, o crime em questão é de competência estadual.

Por outro lado, os pedidos ativos de cooperação poderão ser formulados por qualquer juízo criminal competente para conhecer e julgar a prática de crimes passíveis de ensejar atos de cooperação, não havendo qualquer necessidade ou exigência de declinar da competência em favor da Justiça Federal ou mesmo delegar a prática de atos.

3.5 Medidas de Assistência mútua

³⁴² Incorporado-a ao ordenamento jurídico por meio do Decreto nº3.413/2000.

A ideia de empreender atos de cooperação com a finalidade permitir a investigação e a persecução de crimes transnacionais, ou cujos elementos de prova esteja em outros países, parece por demais fluida. Por este motivo, muito embora os Estados se comprometam por meio de tratados a prestar cooperação de forma mais ampla possível, é necessário, por questões ínsitas ao devido processo legal, delimitar o tipo e a forma pelos quais se dará tal assistência.

Os atos de cooperação têm sido classificados em três graus, segregando afetação do patrimônio ou da liberdade do concernido, esta em menor ou maior grau. No primeiro grau estão os atos de assistência leve e simples, assim considerados os atos de mero trâmite (notificações) e as medidas meramente instrutórias (perícias, obtenção de provas na parte requerida, registros e documentos oficiais, traslado de pessoas detidas para depoimento na parte requerente, dentre outras).

No segundo grau, estão as medidas que afetam os bens e o patrimônio da parte concernida, como o registro de gravames, embargos, sequestros, perda de bens, entrega de objetos, dentre outras.

No terceiro grau está a medida de cooperação de maior afetação da liberdade da pessoa concernida que é a extradição, não existindo outra forma ou medida de cooperação que possa ser classificada no grau máximo.

A segregação da cooperação em graus não decorre de qualquer lei ou tratado, mas tão somente da doutrina e da jurisprudência³⁴³. Por este motivo é que se pode estranhar a aparição da extradição dentro de uma classificação mais apropriada para as medidas de assistência mútua. Não se pode esquecer que a classificação está contextualizada dentro do sistema europeu, o que justificaria a segregação nestes três graus na forma apresentada, bem como a utilização destes graus para todas as formas de cooperação jurídica, não só da assistência mútua.

A relevância de se segregar os atos de assistência mútua em graus dá-se pelo mesmo motivo de classificar as formas de cooperação jurídica tal como feito pelos europeus. Os graus impõem uma escala crescente de controle estatal e de garantias, de maneira que os atos de primeiro grau, por ofenderem em grau mínimo o *status libertatis* da parte concernida poderiam ser realizados sem maiores formalidades.

O problema é que essa classificação não pode ser aproveitada pelo sistema jurídico brasileiro para os fins de se estabelecerem este controle de formalidades, pelo simples fato de

³⁴³ Cervini assinala que não só a Corte de Cassação italiana vem adotando a classificação da cooperação nesses três graus, mas outras Cortes europeias. (CERVINI, *op. cit.*, p. 68).

não ser possível classificar como cooperação de primeiro grau medidas que vão desde citação e notificação de atos processuais até a execução de quebra de sigilo bancário, por exemplo.

O critério vigente no país parece ser o instituído pela Resolução nº 9/05 do STJ, qual seja o de ser o pedido executório ou não, ficando o maior controle formal dos pedidos de assistência (*exequatur*) destinados apenas aos pedidos que tenham caráter executório³⁴⁴. Desta forma, mesmo os pedidos que, em tese, seriam de primeiro grau, mas que tenham caráter executório deverão necessariamente passar pelo crivo do STJ, além dos pedidos que possam ser enquadrados dentro do conceito de cooperação judicial³⁴⁵.

Assim, para se adotar o critério dos graus de cooperação o mesmo deveria ser ajustado para que os dois primeiros graus não se distingam em relação ao bem afetado (liberdade ou patrimônio), mas sim, se o pedido tem caráter executório ou não, considerando que, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, os pedidos relacionados aos bens sempre o terão. Adicionalmente, pode ser utilizado, como critério auxiliar para se identificar o grau da medida, a exigência ou não da constatação do princípio da identidade em relação àqueles tratados que o afastam para algumas medidas e o exigem para outras.

A medida mais simples de cooperação é a aquela para fins de *notificação* ou *entrega de documentos* e consiste em transmitir uma notificação, intimação ou citação para que uma pessoa atenda a um chamado da autoridade competente do país Requerente.

Os tratados celebrados com Colômbia, art. XI,1, Portugal, art. 7,1, Cuba, art. I, 4, h, Espanha, art. 3, a, Suriname, art. 1, 3, c, Peru, art. 3, 1, *b e f*, Suíça, art.1º, 3. g, Itália, art. 1, 2, França, art. 6, Estados Unidos, art. I, 2, d, Coréia, art. 1, 3, d, China, art. 1, 2, *a e k*, Ucrânia, art. I, 2, d, Canadá, art. 1, 5, *g* e Colômbia, art. II, *a, d e h.*, prevêm expressamente esta medida de cooperação.

Havendo necessidade de um país obter informações e documentos oficiais de outro, este poderá solicitar cooperação na forma de *entrega e devolução de documentos oficiais e objetos*³⁴⁶. Mediante tal procedimento poderão ser solicitadas cópias de documentos oficiais, registros e informações acessíveis ao público³⁴⁷, cópias de documentos, objetos e informações às quais o público não tenha acesso, nas mesmas condições nas quais esses documentos se colocariam à disposição de suas próprias autoridades.

³⁴⁴ No julgamento da Carta Rogatória nº 438/Bélgica, o STJ afirmou a possibilidade de *exequatur* em relação ao cumprimento de ordem de quebra de sigilo emanada por autoridade judiciária estrangeira, bem como em relação a pedido de sequestro de bens.

³⁴⁵ Neste sentido decidiu o STJ ao julgar a Carta Rogatória nº 2.484/RU, Rel. Min.Barros Monteiro, julgada em 16.05.07

³⁴⁶ O tratado celebrado com Cuba (art. IV e V) dispõe apenas sobre a entrega de bens, não se manifestando sobre a entrega de documentos oficiais e registros.

³⁴⁷ Peru, art. 14 e Itália, art. 9, só nesta parte.

Os tratados celebrados com Colômbia, art. XII, Ucrânia, art. IX, Suriname, art. 14, Suíça, art. 10³⁴⁸, França, art. 3,4 e 12³⁴⁹, Estados Unidos, art. IX, Espanha, art. 13, Coreia, arts. 7 e 14, China, art. 9, Canadá, art. 5³⁵⁰ e a Decisão MERCOSUL/CMC/DEC nº 48/10, que trata do mandado de captura MERCOSUL (art. 18), contemplam esta forma de cooperação na sua extensão descrita.

Sempre que houver a necessidade de uma pessoa detida comparecer a outro Estado para prestar depoimento e se esta consentir, poderá ser solicitada cooperação consistente no “translado ou comparecimento de pessoas detidas” perante as autoridades da parte requerente.

Este pedido poderá ser negado, especialmente quando a presença da pessoa detida for necessária para um processo penal em curso na parte Requerente – evitando burla à extradição³⁵¹ -, quando a pessoa detida for necessária a um processo penal na Parte Requerida³⁵² ou quando o traslado implicar o prolongamento desnecessário da prisão preventiva. Uma vez trasladada a pessoa o tempo em que permanecer no território da parte requerente será contabilizado para os fins de cumprimento da medida penal³⁵³

Os tratados celebrados com Colômbia, art. XV, Ucrânia, art. XI, Suriname, art. 12, Suíça, art. 20, Peru, art. 12, Itália, art. 13, França, art. 10, Estados Unidos, art. XI, Espanha, art. 16, Coreia, art. 12, Canadá, art. 7, China, art. 13, Cuba, art. IX, contemplam esta forma de cooperação na sua extensão descrita.

³⁴⁸ O tratado celebrado com a Suíça prevê ainda que a existência de direitos de terceiros sobre os bens cuja entrega é solicitada não impedirá a sua efetivação, o que se configura em verdadeiro excesso, pois um terceiro de boa-fé jamais poderá sofrer qualquer tipo de constrição a seus bens, ainda que de interesses de outro Estado. Disposição em contrário é encontrada no tratado celebrado com a França (art. 5, 3), que preserva o direito do terceiro.

³⁴⁹ Especificando expressamente a possibilidade de solicitar registros criminais.

³⁵⁰ O tratado com o Canadá não faz distinção entre documentos de acesso ao público ou não, mas diz que a solicitação deverá ser atendida conforme o que dispõe a Lei do Estado Requerido, de maneira que, em sendo possível e cumpridas as formalidades, não há restrições ao envio de documentos a que somente Autoridades locais poderia ter acesso.

³⁵¹ Nos tratados celebrados com Ucrânia (art. XI, 3, c) e China (art. 13, 3, c), fica expressamente vedada a possibilidade de formulação de pedido de extradição para reingresso do preso que foi trasladado para a parte requerente.

³⁵² Previsão contida no art. 9, 2, a, celebrado com Portugal.

³⁵³ O tratado celebrado com a Colômbia (art. XV) prevê o preso poderá ser colocado em liberdade mesmo no território da parte requerente se alcançado o implemento total da pena, sendo que no tratado celebrado com Cuba (art. IX, 3), se a pessoa trasladada posta em liberdade não for nacional de nenhum dos Estados parte, estes poderão acordar o retorno desta para o país de nacionalidade ou residência habitual. No celebrado com o Suriname (art. 12, 2, d), mesmo cumprida a pena quando da estada no território da Parte requerente, ambos países poderão acordar que a pessoa trasladada permanecerá sob custódia até o seu retorno. A exceção prevista no tratado com o Suriname é flagrantemente inconstitucional, por violar o princípio da culpabilidade (art. 5º, XLV da CF/88), não havendo fundamento para permitir que o Brasil consinta com a manutenção sob custódia de uma pessoa que já é considerada livre pela Lei brasileira.

Caso a pessoa que o Estado Requerente queira ouvir em seu território não esteja presa³⁵⁴, poderá solicitar *cooperação para depoimento voluntário na parte requerente*. Os tratados celebrados com Ucrânia, art. X, Suriname, art. 11, Suíça, art. 15, Peru, art. 10, Itália, art. 11, França, art. 9, Estados Unidos, art. X, Espanha, art. 15, Coréia, art. 11, Canadá, art. 6, China, art. 12, Cuba, art. VII, Portugal, art. 8, contemplam esta forma de cooperação na sua extensão descrita.

Situação inversa ao pedido de comparecimento no Estado requerente de testemunhas, peritos ou quaisquer outras pessoas que se repute necessárias ao processo pode ocorrer. Ao invés de solicitar o comparecimento, o Estado requerente solicitará a “oitiva de pessoas no Estado requerido”.

A prática de ouvir pessoas no território da Parte requerida³⁵⁵ é antiga e há muito realizada por meio de carta precatória, contudo sob a égide dos acordos de cooperação passou a admitir-se a vinda de representantes do Estado requerente para acompanhar e participar dos depoimentos, formulando perguntas³⁵⁶, bem como que as pessoas que serão ouvidas apresentem provas no mesmo ato.

A possibilidade das autoridades estrangeiras formularem perguntas direta ou indiretamente ou intervirem de qualquer forma não é admitida pela Corte Suprema do Brasil, nem mesmo pelo STJ, que vem sistematicamente negando *exequatur* a pedidos desta natureza.

Ao julgar a Carta Rogatória nº 8.577/AT³⁵⁷, o STF, sob a presidência do Min. Celso de Mello, reafirmando precedentes³⁵⁸, decidiu que há ofensa à soberania nacional a participação de autoridades estrangeiras em depoimentos conduzidos por autoridades judiciárias brasileiras, podendo essas apenas acompanhar as diligências, sem interferência direta ou

³⁵⁴ Nesses casos os tratados prevêem a concessão de salvo conduto temporário para a pessoa que prestará depoimento. O salvo conduto ou a imunidade é concedida aquele que comparece à Parte requerente para servir a um procedimento criminal, em relação a fatos ou condenações anteriores a seu ingresso no país requerente e representa manifestação do princípio da especialidade. ALVES MARTINS, Teresa. *Cooperação internacional no processo penal: relatório português ao Congresso Internacional de Direito Processual*. Brasília: Ministério da Justiça, 2000. p. 456.

³⁵⁵ Questão que pode trazer dificuldades práticas para o sucesso da cooperação é a alegação de imunidade por parte da pessoa que será ouvida. Caso a alegação da imunidade tenha fundamento no direito da parte Requerente, o depoimento será tomado e a alegação será reduzida por escrito, decidindo-se pela validade do depoimento em momento posterior a sua tomada. Em havendo alegação de imunidade com base no direito da Parte requerida, o depoimento somente será realizado se o óbice apontado não for procedente.

³⁵⁶ Sobre a possibilidade dos representantes da Parte Requerente participarem da oitiva formulando perguntas, existem previsões divergentes nos diversos tratados. Por exemplo, no celebrado com a Colômbia (art. XIII) a formulação de perguntas somente ocorrerá se houver previsão legal no ordenamento da Parte requerida, enquanto que no tratado celebrado com a Ucrânia (art. VIII, 3), está expressa a permissão para a referida participação.

³⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Carta Rogatória n. 8.577. *Diário Oficial*, Brasília, 03 out. 2012.

³⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Carta Rogatória n. 8571. *Diário de Justiça*, Brasília, 11 dez. 1998.

indireta nos eventos. O direito de acompanhar, por sua vez, está fundamentado no princípio constitucional da ampla publicidade, previsto no art. 93, IX, primeira parte, da CF/88.

Os tratados celebrados com Colômbia, art. XIII, Ucrânia, art. VIII, Suriname, art. 10, Suíça, arts. 8 e 9, França, arts. 3 e 4, Estados Unidos, art. VII, Espanha, art. 14, Coreia, art. 10, China, art. 10, Cuba, art. VIII, contemplam esta forma de cooperação na sua extensão descrita³⁵⁹.

Havendo necessidade localização de pessoas ou bens na Parte Requerida, poderá o Estado Requerente solicitar “cooperação na forma de localização ou identificação de pessoas ou bens” (Ucrânia, art. XIII, Estados Unidos, art. XII, Portugal, art. 11,1), sendo que esta modalidade não implica nenhuma medida de constrição.

Considerando que os delitos transnacionais quase sempre têm natureza econômica, por certo há interesse dos Estados em recuperarem valores que foram desviados de suas economias, ou mesmo aplicar penas perdimento em relação aos instrumentos do crime ou aos bens ilicitamente adquiridos com o produto do crime.

Para este fim, os Estados se comprometeram a cooperar para se conseguir a *busca e apreensão de bens* e prestar *auxílio ao perdimento de bens*.

O Estado Requerido irá dar cumprimento ao mandado de busca e apreensão e entrega emitido pelo Estado Requerente, podendo o atendimento ser condicionado de forma a respeitar direito de terceiros. A medida de busca e apreensão é prevista nos tratados celebrados com a Ucrânia (art. XV), Suriname (art. 16), Estados Unidos (art. XIV), Espanha (art. 19), Colômbia (art. XVII), Coreia (art. 16).

Quanto ao auxílio para perdimento de bens, o mesmo consiste na comunicação pela Autoridade Central de um Estado à Autoridade Central do outro sobre a existência de produtos ou instrumentos de crime localizados no território da outra Parte, a receptora da comunicação, e passíveis de confisco ou apreensão, de acordo com a legislação da Parte Requerida.

Neste caso, se a parte Requerida detiver jurisdição sobre a matéria, sua Autoridade Central dará conhecimento às autoridades competentes para que avaliem a melhor medida para o caso, informando a parte Requerente das medidas adotadas, como medidas preparatórias para a execução do confisco, por meio de cooperação judicial. O auxílio para confisco é previsto nos tratados firmados com a Ucrânia (art. XVII), Suriname (art. 18), Suíça (art. 30),

³⁵⁹ Os tratados firmados com Peru, Canadá e Itália não possuem previsão específica sobre esta forma de cooperação, devendo serem aplicados os procedimentos da carta rogatória.

Peru (art. 15 e 16), Estados Unidos (art XVI), Coréia (art. 17), China (art. 16 e 18), Canadá (art. 09).

Embora a cooperação para a busca e apreensão, confisco e o auxílio para perdimento de bens tenham finalidades similares, elas representam, respectivamente, as duas primeiras medidas de cooperação judicial e a terceira, auxílio direto, segundo o conceito adotado.

Além das finalidades de busca e apreensão e perdimento de bens, podem surgir situações que necessitem de um provimento cautelar a fim de manter uma situação existente, de proteger interesses jurídicos ameaçados, ou de preservar elementos de prova ou para evitar perecimento de direitos. Para tanto, o Estado Requerente poderá solicitar, por cooperação, o cumprimento de medida cautelar.

A peculiaridade desta medida de cooperação é que nem sempre estará o Estado Requerido cooperando, de imediato, para fazer cumprir uma ordem judicial cautelar emanada da autoridade competente do Estado Requerente, o que a colocaria como auxílio direto ou cooperação judicial, conforme cada tratado e cada caso específico.

De fato, o tratado celebrado com o Suriname (art. 15) prevê que ao receber as informações pertinentes à finalidade de manter uma situação existente, de proteção de interesses jurídicos ameaçados ou de preservação de elementos de prova ou evitação de perecimento de direitos do Estado Requerente, as autoridades competentes do Estado requerido implementarão as medidas cautelares, mesmo antes de haver pedido neste sentido junto às autoridades competentes do país Requerente³⁶⁰.

Em outras palavras, basta o Estado Requerente anunciar que irá propor medidas cautelares e outras pertinentes, em certo prazo, junto as suas autoridades, que o Estado Requerido poderá implementar as medidas de cooperação relacionadas a uma pretensão que sequer foi deduzida. Uma vez implementadas as medidas pelo Estado Requerido, as mesmas poderão ser revogadas se o Estado Requerente não comprovar ter formalizado o pedido no prazo indicado³⁶¹.

³⁶⁰ Situação similar é a prevista no tratado celebrado com Portugal (art. 11, 3), que determina à Parte requerida diligências no sentido de prevenir qualquer transação, transmissão ou disposição dos bens que sejam ou possam ser afetados por decisão judicial de constrição de bens já existente e cuja intenção na sua execução foi anunciada ao Estado requerido

³⁶¹ O tratado celebrado com Suriname estabelece que a cooperação para a implementação de medidas cautelares sem a formalização de pretensão cautelar junto às autoridades competentes do Estado Requerente se dará quando presente o *periculum in mora* e quando as informações prestadas permitirem alcançar a necessária verossimilhança às alegações (art. 15, 2). Contudo, não estando presentes tais requisitos, segundo a legislação brasileira, não poderá o Brasil cooperar, por ser a medida contrária ao ordenamento jurídico nacional. Desta forma, o que poderia parecer como situação excepcional, torna-se uma perigosa regra geral, que não deve ser admitida.

Embora prevista em tratado, o cumprimento de medidas cautelares apenas diante do anúncio da propositura das medidas pertinentes perante as autoridades competentes do Estado Requerente ofende a ordem jurídica nacional e a soberania brasileira³⁶². A fim de não importar violação do princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV da CF/88), somente poderá ser interpretada a disposição convencional como medida de auxílio direto e não de cooperação judicial, devendo o Estado requerente comprovar que está promovendo investigação penal ou procedimento penal, sendo vedado ao Estado brasileiro cooperar apenas com base em promessa de providências.

O tratado celebrado com o Peru (art. 13) indica o auxílio direto³⁶³ como a via para tornar indisponíveis, seqüestrar, arrestar ou bloquear bens a fim de assegurar que estejam disponíveis para posterior execução de uma ordem de confisco em relação aos bens situados no Estado Requerido, a ser executada por meio de cooperação judicial³⁶⁴.

A diversidade de formas de se buscar a indisponibilidade dos bens do concernido no estrangeiro, contudo, não pode afastar certos aspectos técnicos em respeito à ordem jurídica brasileira, em especial no que concerne à necessidade ou não de *exequatur* pelo STJ.

A primeira observação que deve ser feita é no sentido de que as medidas que envolvem constrição patrimonial são consideradas medidas de cooperação de 2º grau e, por este motivo, devem ser revestidas de maiores formalidades em sua análise.

A segunda observação que não pode passar despercebida é que no julgamento das Cartas Rogatórias 998/IT e 3162/CH³⁶⁵, o STJ entendeu que há necessidade de submissão ao juízo de delibação da Corte das decisões que tratam da constrição de bens do concernido, por conterem pedidos executórios.

Há ainda previsão de medida de cooperação consistente na realização de tomada de declarações por videoconferência, conforme previsão no art. 17 do tratado celebrado com a

³⁶² O STJ, ao julgar as Carta Rogatórias nº 998, IT, Min. Edson Vidigal, julgada em 06.12.06 e 3162/CH, Min. Cesar Asfor, 20.04.10, reafirmou precedentes e decidiu que para o sequestro de valores depositados em conta-corrente (ato executório) deve haver decisão estrangeira homologada pela Corte. Considerando que o STJ entende que o procedimento de delibação das cartas rogatórias e da homologação das sentenças estrangeiras tem o mesmo conteúdo jurisdicional, a decisão a ser submetida à Corte não precisa ser definitiva.

³⁶³ Contudo o art. 13, 2, e, traz previsão obscura relativa à indicação de prazo no qual a medida será submetida ao juiz, mesmo quando se exige que a instrução do pedido com a ordem cautelar proferida por um juiz da Parte Requerente. A melhor leitura da parte do dispositivo referido deve ser no sentido de fazer prova de que já houve decisão judicial determinando o bloqueio dos bens (art. 13, 2, a), o que legitimaria a cooperação, mas que o procedimento específico para perda dos bens será ainda promovido. Este caso é diferente do disposto no tratado celebrado com o Suriname, pois há a conjugação de medida de auxílio direto (bloqueio) preparatório para a medida de cooperação judicial (confisco).

³⁶⁴ O tratado celebrado com Portugal (art. 11, 2) elege a cooperação judicial (cumprimento da decisão judicial de constrição de bens pelo Estado requerido) como a medida de cooperação destinada a apreensão dos produtos do crime, ou de qualquer outra medida, com efeito, similar.

³⁶⁵ Vide notas 649 e 650.

Espanha, a ser realizada conforme as condições especificadas em cada caso, e no art. 21 do tratado celebrado com a Suíça, quando inoportuno ou inviável o comparecimento da pessoa ao país Requerente.

Muito embora exista previsão convencional neste sentido, a realização de tomada de depoimentos por videoconferência ofende a soberania nacional e o óbice a sua realização decorre da posição do STF³⁶⁶ em negar a possibilidade de inquirição, no território brasileiro, de pessoa domiciliada no Brasil por magistrados estrangeiros. Isto porque o art. 109, X da CF/88 estabelece competência absoluta do magistrado federal brasileiro para o cumprimento da diligência, não podendo ser o mesmo excepcionado por disposição convencional.

Desta forma, tampouco se revela aceitável a possibilidade de empreender medida de cooperação para que uma pessoa seja intimada a fim de comparecer em repartição consular do Estado requerente acreditada no território brasileiro, a fim de que possa prestar depoimento, entregar objetos ou cooperar de qualquer forma.

Na medida em que as formas de cooperação não se encerram nas relacionadas nos tratados, os Estado Parte poderão prestar cooperação para cumprimento de outras medidas que disponham sobre bens³⁶⁷ (Colômbia, art. XVIII), condução de inspeção judicial (China, art. 1, 2, f) ou mesmo em relação a outros atos de cooperação que não ofendam a soberania ou a ordem jurídica nacional, com fundamento na promessa de reciprocidade³⁶⁸.

3.6 Lei aplicável, formalidades, custeio, consultas, terceiros estados, limitações de uso das informações, confidencialidade e denúncia do tratado

A lei aplicável aos pedidos de assistência mútua será sempre a da Parte Requerente, quanto à formulação do pedido e da Parte Requerida, quanto o seu cumprimento. O tratado de assistência mútua também deve ser considerado como lei aplicável tanto quanto à formulação do pedido, quanto a seu cumprimento.

³⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Carta Rogatória nº 8.577. *Diário de Justiça*, Brasília, 03 out. 2012.

³⁶⁷ Neste sentido, o STJ já decidiu que os tratados de assistência mútua não encerram cláusula fechada de medidas típicas, podendo servir de fundamento para a adoção de outras medidas não previstas, mas que encontram tipicidade no ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo do pedido de sequestro de bens feito pela Suíça ao Brasil que, mesmo sem previsão expressa, foi deferido, por encontrar amparo legal no art. 7º, da Resolução 09/05 do STJ e nos arts. 125 e 126 do CPP. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Carta Rogatória nº 4037. *Diário de Justiça*, Brasília, 29 nov. 2012).

³⁶⁸ Ao julgar a recurso de agravo regimental na Carta Rogatória nº 6692/PT, o STJ entendeu que mesmo o tratado de assistência mútua celebrado com Portugal limite os atos de cooperação ao tempo anterior ao da prolação da sentença (art. 1º), o princípio da reciprocidade previsto no art. 18 do mesmo tratado fundamenta a possibilidade de se empreender cooperação para intimar pessoa residente no Brasil da sentença condenatória que foi proferida em seu desfavor pela Justiça de Portugal. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 6.692. *Diário de Justiça*, Brasília, 21 nov. 2012).

Dúvidas, contudo, podem surgir, por exemplo, quando o pedido de assistência é feito em conformidade com o tratado, mas contrariando as disposições de Direito Processual da Parte Requerida.

O art. 7º, 2 do tratado celebrado com a Espanha estabelece que a Parte requerida cumprirá o auxílio de acordo com as formas e os procedimentos especiais indicados no pedido, a menos que sejam vedados por seu ordenamento jurídico interno. A disposição em questão submete os termos do tratado ao regramento processual vigente no país?

A resposta parece ser negativa. As disposições de Direito Processual existentes nos tratados devem ser aplicadas, sempre que possíveis, por serem especiais em relação às regras comuns previstas no Código de Processo Penal e no Código de Processo Civil.

Por este motivo, em tese, havendo previsão expressa, é admitido que autoridades estrangeiras indicadas na cooperação possam participar dos atos de cooperação no território da Parte Requerida, se a forma de participação requerida não ofender a soberania nacional, a ordem pública, os bons costumes ou qualquer outra disposição constitucional que trate das garantias do indivíduo.

Neste sentido, a aplicação do tratado e do direito da Parte Requerida deve ser feita conforme o caso, de modo a compatibilizar o cumprimento dos atos de cooperação com as garantias constitucionais, com a competência e funcionamento das instituições e Poderes³⁶⁹ e com ordem processual vigente, caso as disposições processuais do tratado sejam omissas ou obscuras o suficiente a ponto de não dar segurança jurídica aos envolvidos.

Os pedidos de assistência mútua deverão ser formulados contendo³⁷⁰: a) o nome da autoridade competente que procederá às investigações ou procedimentos a que se refere o pedido e da autoridade que o enviou; b) o propósito pelo qual se formula o pedido, a natureza da assistência solicitada e o assunto sobre o qual deve versar a declaração; c) quando possível, a identidade, nacionalidade e localização da pessoa ou pessoas que estejam sujeitas à investigação ou procedimento; e d) uma descrição dos supostos atos ou omissões que constituem o delito e uma declaração sobre a legislação aplicável e a jurisdição relevantes, salvo os casos de solicitações para notificação para ciência do conteúdo de documentos.

Deverão, ainda, ser expressamente mencionados nos pedidos de assistência: a) no caso de pedidos para notificação de documentos, o nome e endereço da pessoa a ser notificada; b)

³⁶⁹ Havendo previsão em tratado que uma notificação possa ser entregue diretamente pela Autoridade Central, quando pelo ordenamento jurídico somente o possa ser mediante determinação de cumprimento (despacho) dado por autoridade judiciária e cumprida por oficial de justiça, esta regra não será excepcionada pelo tratado, por se tratar de norma ínsita à competência e funcionamento do Poder Judiciário.

³⁷⁰ Eventualmente um ou outro tratado pode exigir mais um ou menos um requisito para o atendimento das formalidades dos pedidos. As exigências listadas foram obtidas do tratado celebrado com Cuba.

no caso de pedidos para tomar depoimento de uma pessoa, a matéria a ser examinada, incluindo, quando possível, uma lista de perguntas e detalhes sobre o direito que tenha para se recusar a prestar o depoimento; c) quando se tratar de apresentação de pessoas detidas, os nomes dos agentes sob cuja custódia as referidas pessoas ficarão durante o traslado, o lugar a que deverão ser trasladadas e a data de seu regresso, bem como a identificação da instituição a que pertencem; d) no caso de empréstimo de elementos de prova, a pessoa que terá a custódia dos referidos elementos, o lugar a que deverão ser trasladados e a data em que deverão ser devolvidos; e) no caso de solicitação de perícia, o tipo de perícia, as razões de sua realização, a identidade e qualificação dos peritos ou especialistas; f) detalhes de qualquer medida especial que a Parte Requerente deseja que se execute e as razões para tal; e g) qualquer requisito de confidencialidade.

As exigências acima listadas poderão ser acrescidas de pedido de informações adicionais pela Parte Requerida, se julgar necessário.

Os pedidos deverão ser formulados nos idiomas oficiais das partes³⁷¹ e os documentos transmitidos, mesmo os produzidos na Parte Requerida que dispensam a legalização consular, valendo o trâmite pelas Autoridades Centrais como reconhecimento de suas legalidades, a exemplo do que já ocorre com a tramitação das cartas rogatórias.

A Parte Requerida incorrerá com os custos³⁷² decorrentes do cumprimento do pedido de assistência mútua, enquanto a Parte Requerente arcará com os custos associados: a) os gastos associados ao traslado de qualquer pessoa com destino e com origem na Parte Requerente, em razão de sua solicitação e qualquer custo ou despesa arcado por esta pessoa enquanto encontrar-se em território da referida Parte; b) as despesas e honorários de peritos, seja na Parte Requerida ou na Parte Requerente.

Havendo necessidade de realizar despesas que não estejam previstas no tratado, as Partes se consultarão a fim de alcançar um entendimento sobre o custeio ou sobre a forma em que poderá ser realizada a assistência nas condições previstas.

Não apenas quanto a questões financeiras, mas qualquer dúvida sobre a interpretação ou forma de cumprimento dos termos dos tratados ou dos pedidos de assistência mútua poderão ser objeto de consulta à outra parte. Havendo controvérsias, as Autoridades Centrais se empenharão em solucioná-las, não sendo alcançada uma solução, no tratado celebrado com

³⁷¹ O tratado celebrado com a China permite que as Autoridades Centrais se comuniquem em idioma inglês, mas não dispensa os idiomas oficiais dos países quando da submissão de pedidos de assistência.

³⁷² As disposições sobre o custeio das despesas com o cumprimento da assistência foram obtidas do tratado celebrado com Cuba, podendo variar conforme o país.

a Espanha (art. 25), por exemplo, a questão passará a ser tratada pelo corpo diplomático das partes.

A assistência mútua pode ser tanto bilateral, quanto multilateral, a depender das peculiaridades de cada caso. No entanto, caso um terceiro Estado³⁷³ emita uma ordem no contexto de uma investigação ou processo judicial que tenha o efeito de exigir que um nacional ou residente de um dos Estados assuma ou abstenha-se de qualquer tipo de conduta no território do outro Estado Contratante, de maneira incompatível com as legislações ou políticas estabelecidas desse outro Estado, os Estados Contratantes concordam em consultar-se mutuamente no sentido de identificar meios de evitar ou minimizar essa incompatibilidade.

Implementada a medida de cooperação o Estado Requerente não está habilitado a fazer o uso que bem entender da prova produzida com a contribuição da Parte Requerida, mesmo em relação aos casos em que não se exigem dupla tipicidade e dupla punibilidade.

É faculdade do Estado Requerido estabelecer limites ao uso das informações³⁷⁴ e até reservas de confidencialidade quanto à fonte das informações. Não obstante, não poderá o Estado Requerente revelar ou usar informações ou provas fornecidas para quaisquer outras finalidades que não as definidas na solicitação sem o consentimento prévio da autoridade central do Estado requerido³⁷⁵, na medida em que vige no sistema da assistência mútua a cláusula da reserva da especialidade³⁷⁶.

A própria Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, de 2003, no seu art. 46, 19, prevê que a Parte Requerente “não transmitirá nem utilizará, sem prévio consentimento do Estado Parte requerido, a informação ou as provas proporcionadas por este para investigações, processos ou ações judiciais distintas daquelas indicadas na solicitação”, ao menos que a revelação das provas possa levar à absolvição do indivíduo.

A disposição na Convenção da ONU reforça a vigência da cláusula de especialidade em relação à utilização de documentos, provas e informações obtidas pela via da cooperação,

³⁷³ Não são todos os tratados bilaterais de assistência mútua que disciplinam a ação incidente de um terceiro Estado, a exemplo do tratado celebrado com o Canadá (art. 20), mas deve ser entendido que havendo tal situação e inexistindo disposição convencional, igualmente as partes deverão se consultar para avaliar a melhor maneira de atender ou não a determinação do Terceiro Estado.

³⁷⁴ O art. 9 do tratado celebrado com a Espanha mitiga a reserva de especialidade para permitir o uso dos elementos informativos em processos contra corréus relacionados aos mesmos fatos ou mesmo para outros processos que, mesmo não referidos na solicitação, dariam ensejo a pedido de assistência mútua, sem consentimento prévio da Parte Requerida.

³⁷⁵ No tratado celebrado com a Colômbia (art. VIII, 4), mesmo a utilização das informações obtidas no processo penal referido no pedido depende de prévia autorização da Parte Requerida.

³⁷⁶ Disposições neste sentido são encontradas nos tratados de assistência mútua celebrados com estados Unidos (art. VIII) e Cuba (art. XIV).

como medida de segurança jurídica entre as partes e de garantia do indivíduo afetado pelo ato de assistência.

No Brasil, a quebra da reserva de especialidade pela utilização de documentos bancários obtidos junto à Suíça para fins de instauração de procedimentos de natureza fiscal, foi objeto de recurso julgado pelo 1º Conselho de Contribuintes³⁷⁷, que anulou o auto de infração expedido contra o contribuinte brasileiro.

Havendo hipótese, entretanto, de não haver previsão expressa da cláusula de reserva de especialidade no tratado bilateral ou em tratado temático aplicável à espécie, não estará o Estado Requerente livre para fazer uso irrestrito das provas sem o consentimento da Parte Requerida. É que a cláusula de reserva de especialidade decorre do próprio princípio da especialidade que limita o atendimento do pedido de cooperação à relação fatos criminosos narrados, diligência solicitada e finalidade da medida, requisitos formais que deverão ser demonstrados quando da submissão do pedido.

As disposições convencionais sobre a cláusula de reserva de especialidade (restrições ao uso de informações) vêm acompanhadas de cláusulas que obrigam os Estados a manter em caráter de sigilo absoluto os pedidos de assistência, salvo em hipóteses em que o próprio cumprimento impõe a quebra do sigilo irrestrito.

Apesar de serem as cláusulas de sigilo comuns a diversos, senão a todos, os tratados de assistência de que o Brasil é signatário, não se pode confundir confidencialidade com clandestinidade. É inadmissível no ordenamento jurídico brasileiro que sejam implementadas medidas processuais que não possam ser levadas ao conhecimento da parte afetada, em franco desrespeito às garantias do contraditório (art. LV, da CF/88) e do devido processo legal (art. LIV, da CF/88).

Portanto, sem adentrar o campo do Direito Processual, pode-se dizer que as disposições relativas à confidencialidade dos pedidos devem ser lidas à luz da Constituição Federal para serem entendidas, quando possível, no estrito limite do que dispõe o art. 8º da Resolução nº 9 do STJ, qual seja o diferimento e não a exclusão do contraditório prévio ou mesmo da ciência à parte concernida.

³⁷⁷ A decisão ficou assim ementada: Imposto sobre a Renda de Pessoa Física – IRPF Exercício: 2001, 2003 NORMAS PROCESSUAIS. PROVA ILÍCITA - Comprovado a utilização de documentos e ou informações enviados ao Brasil pelas autoridades suíças, em virtude de cooperação jurídica, para instaurar processo fiscal, tais documentos decorrentes constituem em provas ilícitas, conforme consta em decisão judicial. ACRÉSCIMO PATRIMONIAL A DESCOBERTO. EMPRÉSTIMO NÃO COMPROVADO. A alegação da existência de empréstimos realizados com terceiros deve vir acompanhada de provas inequívocas da efetiva transferência dos numerários emprestados. (...). Recurso voluntário parcialmente provido”. (RECURSO Voluntário nº 144573. *Diário de Justiça do Distrito Federal*, Brasília, 01 abr. 2013).

Os tratados de assistência mútua poderão ser denunciados por quaisquer das partes mediante notificação direcionada a outra. Cada tratado³⁷⁸ disporá do prazo mínimo a partir do qual a notificação de denúncia fará efeito.

3.7 O princípio da identidade na assistência mútua

Considerado princípio inafastável dos pedidos de extradição, mas de aplicabilidade discutível em outras modalidades de cooperação, o princípio da identidade (dupla tipicidade e dupla punibilidade) na cooperação judicial internacional foi mitigado para permitir maior efetividade dos pedidos de cooperação.

Não obstante, sempre que presente sua previsão no tratado, ou sua completa omissão, a verificação do princípio da identidade deve ser considerada como requisito para o atendimento do pedido de assistência mútua, ainda que não conste expressamente das cláusulas específicas de motivos de recusa do pedido. Tal requisito deve ser verificado pela parte requerida, que não pode se recusar a fazê-lo sob a alegação de se tratar de questão de mérito da ação penal estrangeira ou demandar dilação probatória, na medida em que tal cognição é exigível em matéria de carta rogatória e extradição, não se afigurando nenhuma medida excepcional ou extraordinária³⁷⁹.

Em relação à dupla incriminação não existe uma regra geral, cabendo a cada tratado dispor sobre o assunto. Contudo, quatro posições sobre a dupla tipicidade são observadas na grande maioria dos acordos internacionais, quais sejam: (i) a que exige dupla tipicidade; (ii) a que não exige dupla tipicidade; (iii) a que exige somente para a prática de certos atos de cooperação; e (iv) a que nada dispõe.

Nos tratados celebrados com Coréia (art. 4, 1, d), Portugal (art. 2,1) e Cuba (art. III), é motivo de recusa da assistência quando a conduta objeto da investigação, ação ou processo penal na Parte Requerente não constituir um delito nos termos da lei da Parte Requerida. Já a Convenção de Palermo (art. 13), prevê que os Estados poderão recusar cooperação para fins de confisco, caso a infração a que se refere o pedido não seja abrangida pela Convenção.

³⁷⁸ O tratado celebrado com o Canadá (art. 21,2) prevê o prazo de um ano, enquanto que o celebrado com Cuba (art. XX, 3) prevê o prazo de 180 dias.

³⁷⁹ O STJ, ao julgar o AgRg na Carta Rogatória nº 4.707/PT, adotou entendimento contrário ao sustentado, de que mesmo o tratado afirmando no art. 2,1 que há a incidência do princípio da identidade, a falta de identidade não seria motivo de recusa, por não estar previsto no art. 3, que trata dos motivos de recusa. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental na Carta Rogatória nº 4.707*. Brasília: STF, 01 fev.2012).

Os países partidários da posição que prescindem da dupla tipicidade prevêm em seus acordos com o Brasil que a assistência será prestada mesmo quando o fato sujeito a investigação, inquérito ou ação penal não seja punível na legislação de ambas as Partes, como ocorre nos casos da Ucrânia (art. I, 3), Suriname (art. I, 4), Estados Unidos (art. 1, 3), China (art. 1,1)³⁸⁰ ou não constitua fato típico³⁸¹, como no caso da Espanha (art. 2º).

Para a terceira posição, somente deve ser analisada a existência de dupla tipicidade quando da prática de atos de cooperação consideradas de 2º grau, ou seja, a regra geral é a desnecessidade da dupla incriminação, porém para a prática de atos como execução de mandados de busca de pessoas e registros, confiscos, indisponibilidade de bens, de sequestro com fim de prova e interceptação telefônica por ordem judicial devidamente motivada, assim como para a execução de medidas que envolvam algum tipo de coerção, no caso do tratado celebrado com o Peru (art. 2, 2 e 3), revistas pessoais, apreensão, seqüestro de bens e interceptação de telecomunicações, no caso do tratado celebrado com a Itália (art. 2, 1 e 2), medidas acautelatórias, tais como execução de medidas assecuratórias, busca e apreensão e perdimento, no caso do tratado celebrado com o México (art. 1, 2) e medidas coercitivas, no caso do tratado celebrado com a Suíça (art. 16).

Há ainda os casos dos tratados que não dispõem sobre a exigência ou não da dupla tipicidade para a realização dos atos de cooperação, como ocorre com Canadá e Colômbia.

Nestes casos, deve ser considerada exigível o reconhecimento da dupla incriminação, eis que no Brasil não podem ser praticados atos de persecução criminal quando o fato não constituir crime, segundo sua legislação interna. A possibilidade de cooperação sem que se exija a dupla tipicidade prevista em alguns tratados representa verdadeira exceção ao princípio da legalidade e, por este motivo, deve ser expressa.

Em relação à dupla punibilidade, contudo, o tratamento parece ser mais uniforme na medida em que os países que dispensam a dupla tipicidade, grande maioria, acabam por dispensar a dupla punibilidade³⁸². As exceções são encontradas nos tratados celebrados com a

³⁸⁰ No caso da China, embora haja a possibilidade de recusa da assistência com base na falta da dupla incriminação, os Estados podem cooperar discricionariamente. A segunda parte da disposição do tratado não parece ser passível de uso por parte do Poder Judiciário na medida em que vigora no ordenamento jurídico brasileiro o princípio do *favor rei*, que impõem o reconhecimento da condição mais favorável ao réu ou ao investigado, conforme o caso. Sobre o princípio do *favor rei* vide CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 39.

³⁸¹ Apesar da diferença de redação, tanto os tratados que dispensam a dupla punibilidade, quanto os que dispensam a dupla tipicidade, carregam o mesmo significado, pois dentro do conceito de não puníveis estão os fatos atípicos.

³⁸² A mesma consideração da nota acima se aplica em relação à dupla punibilidade, pois se a cooperação ocorrerá mesmo que o fato não constitua crime, ou seja, fato não punível, não faria sentido recusar a cooperação

França (art. 2, a), que admite a recusa quando a infração não seja mais punível tanto pela legislação do Estado requerente, como pela do Estado requerido, Espanha (art. 5, 1, c) que, muito embora dispense a dupla incriminação, prevê como motivo de recusa a extinção da punibilidade por indulto e prescrição e México (art. 8, 1, i) no caso de prescrição da ação penal.

Há ainda os casos de Cuba e Coréia que, apesar de exigirem a dupla incriminação, são omissos em relação à dupla punibilidade. Neste caso, parece que a extinção da punibilidade deve ser exigida por configurar a condição mais favorável ao concernido (*favor rei*). Também, pela consideração que no ordenamento brasileiro não existe persecução penal sem punibilidade, a possibilidade de cooperação sem que se exija a dupla punibilidade, prevista em alguns tratados, representa verdadeira exceção ao princípio da legalidade e, por este motivo, deve ser expressa.

Na verdade, quando se afirma que a grande maioria dos tratados dispensa a verificação da dupla punibilidade, deve ser ressalvada a vedação ao *bis in idem*. Isto quer dizer que muitos países cooperam com o Brasil mesmo que o fato delituoso esteja prescrito segundo as leis brasileiras, que tenha havido retratação do agente, quando a lei brasileira admitir, ou seja, cooperam ainda que se verifiquem as causas de extinção da punibilidade previstas no art. 107 do CP, à exceção daquelas causas que possam proporcionar *bis in idem*.

Neste sentido, via de regra, a cooperação pode ser recusada quando a parte concernida houver sido absolvida por sentença definitiva de mérito ou, quando condenada, houver cumprido a pena. São observadas, entretanto, pequenas divergências nas redações dos tratados quando houver condenação da parte concernida. Na relação com a China (art. 3, 1, c) e Suriname (art. 4, c), basta a existência de sentença de mérito, ainda que recorrível, com Cuba (art. II, 1, f), Colômbia (art. V, 1, c), Suíça (art. 4º)³⁸³ e Peru (art. 6, 1, c), que tenha cumprido pena no país requerido, sendo que no caso do Peru é admitida ainda qualquer outra forma de declaração de extinção da pena e com a Itália (art. 3, 1, d), que não tenha o agente escapado à execução da pena.

em relação a um fato que também seja crime no país requerido, mas cuja punibilidade esteja extinta pela prescrição, por exemplo, com a exceção do disposto no tratado celebrado com a Espanha.

³⁸³ Mesmo diante da possibilidade de dupla punição pelo mesmo fato, a Suíça excepciona a cooperação se: a) os fatos visados pelo julgamento foram cometidos, no todo ou em parte, no território do Estado Requerente, a menos que, nesse último caso, tenham sido cometidos igualmente em parte no território do Estado Requerido; b) se os fatos visados pelo julgamento constituam delito contra a segurança ou contra outros interesses essenciais do Estado Requerente; c) se os fatos visados pelo julgamento foram cometidos por funcionário do Estado Requerente com violação dos seus deveres funcionais ou ainda quando o processo penal instaurado tiver por finalidade inocular a parte concernida, caracterizando simulacro de processo.

3.8 Os motivos para a recusa em prestar assistência mútua

Os diversos acordos internacionais relativos à cooperação judicial, que disponham ou não sobre auxílio direto também, são redigidos de forma a constringer os Estados parte a não recusarem os pedidos formulados.

É comum encontrar redações de cláusulas que afirmem: a necessidade de consulta ao Estado Requerente sobre a possibilidade de condicionar a prestação de assistência antes da negativa ou modificação de uma solicitação de cooperação³⁸⁴; a vedação da alegação de sigilo bancário ou fiscal para obstar a cooperação³⁸⁵, a impossibilidade de alegar que o pedido é relativo a delitos que envolvam questões tributárias³⁸⁶ ou mesmo que imponham fundamentação para a negativa do pedido de cooperação³⁸⁷.

A imposição de uma atuação mais efetiva em relação ao sucesso dos pedidos de cooperação está alinhada com a premissa de que a cooperação judicial não deve ser obstada por formalismos jurídicos internos e pela falta de perfeita identidade entre as legislações dos Estados parte.

Entretanto, considerando que a cooperação judicial não é um fim em si mesmo e representa apenas mais uma modalidade de cooperação jurídica, a ela são impostos limites já consagrados pela prática internacional no âmbito da cooperação jurídica internacional penal, dentre outros mais específicos. Dos tratados vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, diversos são os motivos de recusa previstos, que serão adiante explicitados.

3.8.1 Recusa por desconformidade da solicitação ao tratado

³⁸⁴ Disposição prevista no item 26 do art. 46 da Convenção da ONU Contra a Corrupção, internalizada pelo Decreto nº 5.687/06.

³⁸⁵ Disposição prevista no item 8 do art. 18 da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, internalizada pelo Decreto nº 5.015/04, bem como no tratado de assistência celebrado com o México (art. 8, 2), dentre outros.

³⁸⁶ Neste aspecto, em especial, não há unanimidade. Embora haja previsão em diversos tratados, em muitos deles a relação do delito com questões tributárias impõe a celebração de protocolos aos tratados, que acabam não sendo realizados por desinteresse de alguns Estados. No caso do tratado celebrado com a Suíça, se o pedido referir-se a infrações fiscais, o Estado Requerido poderá atender a um pedido se a investigação ou o procedimento visar fraude em matéria fiscal. Se o pedido referir-se somente em parte a infrações fiscais, o Estado Requerido tem a possibilidade de limitar, nesta parte, a utilização das informações e meios de prova fornecidos. Quando o pedido encontrar amparo na Convenção da ONU Contra a Corrupção, internalizada pelo Decreto nº 5.687/06, os Estados não poderão negar cooperação sob a alegação de que o delito também envolve questões tributárias (art. 46, 22).

³⁸⁷ Disposição prevista no item 23 do art. 46 da Convenção da ONU Contra a Corrupção, internalizada pelo Decreto nº 5.687/06.

O próprio tratado de cooperação representa um limite à prática de atos de cooperação quando relaciona os atos que podem ser praticados, as condições para o estabelecimento da cooperação e os motivos de recusa.

A formulação de pedido em desconformidade com o contratado entre as partes pode ser objeto de recusa pelo país requerido. Este motivo de recusa é comum a quase todos os tratados, inclusive nos tratados temáticos da ONU, a exemplo da convenção sobre o crime organizado transnacional (art. 18, 21, a) e no tratado celebrado com os Estados Unidos (art. III, 1, c).

3.8.2 Recusa por ofensa à soberania, segurança ou interesses fundamentais

A recusa de cooperar fundada na ofensa à soberania já vem sendo historicamente utilizada pelo Brasil para negar a prática de atos de cooperação que importem na execução de decisões penais proferidas por autoridades estrangeiras, como visto no Capítulo 2 deste trabalho.

Da mesma maneira, o Brasil se nega a cooperar quando o pedido alienígena ofender a ordem pública, que está semanticamente ligada à ideia de segurança.

A recusa por violação a interesses fundamentais não é tradicionalmente prevista nos instrumentos de cooperação encerrados pelo Brasil e representa verdadeiro avanço na postura internacional, na medida em que possibilita a recusa de cooperação quando a implementação do ato acarretar a possibilidade de ofensa aos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (arts. 1 ao 4º da CF/88).

Esse motivo de recusa está previsto dentre outros documentos internacionais na Convenção da ONU sobre Corrupção (art. 46, 21, b) e no tratado celebrado com Cuba (art. II, 1, a)

3.8.3 Recusa por incompatibilidade jurídica do pedido cooperação com o ordenamento nacional

Nas convenções temáticas da ONU como a convenção contra o crime organizado transnacional (art. 18, 21, d) e a contra a corrupção (art. 46, 21, d), existe previsão da possibilidade de recusa quando o direito interno proibir que suas autoridades policiais, judiciárias, dentre outras, atuem na forma requerida no pedido de cooperação.

Na medida em que as convenções temáticas dispõem sobre regras gerais, eventualmente, pode haver alguma incompatibilidade entre os diversos sistemas legais e o texto do tratado. Não obstante, este motivo de recusa vem previsto em alguns tratados bilaterais como o celebrado com a Colômbia (art. V, 1, e).

3.8.4 Recusa por motivos de discriminação

Diante da possibilidade de que o processo penal no país requerente possa ser utilizado para fins impróprios de perseguição, os quais não possam ser qualificados como estritamente políticos, o Brasil, enquanto parte requerida, poderá recusar a cooperação. Dentre os motivos de perseguição mais aceitos pelos países que tem este tipo de cláusula em seus tratados de assistência com o Brasil estão: razões de raça, sexo, condição social, nacionalidade, religião, ideologia ou qualquer outra forma de discriminação.

Há ainda uma preocupação com a proporcionalidade do ato de cooperação que, mesmo não sendo manifestamente discriminatório, sua execução poderá ser recusada se conduzir a uma situação de discriminação da pessoa por qualquer dessas razões.

A recusa por preconceito não está limitada aos atos de cooperação relacionados ao processo penal em curso, mas também à qualquer outra situação que se considere discriminatória e pode ser encontrada, por exemplo, nos tratados de cooperação judicial em matéria penal celebrados com Espanha (art. 5, 1, e), China (art. 3, 1, e), França (art. 2, d), Itália (art. 3, 1, c)³⁸⁸, Peru (art. 6, 1, d), Portugal (art. 3, 1, c), Coreia (art. 4, 1, c), Suíça (art. 3, 1, e), Suriname (art. 4, e), Portugal (art. 3, 1, c) e México (8, 1, g).

3.8.5 Recusa por ofensa aos Direitos Humanos

A cooperação pode ser recusada sempre que o cumprimento do pedido ofender os direitos e liberdades da pessoa humana. Não existe uma delimitação de quais direitos e liberdades seriam estas, mas podem ser considerados todos os direitos e liberdades decorrentes dos documentos internacionais, em especial a Declaração Universal de Direitos do Homem, de 1948, incorporados ou não aos ordenamentos jurídicos nacionais.

³⁸⁸ No caso italiano, devem ser consideradas ainda questões relativas à discriminação pelo idioma e condições pessoais, além das comumente admitidas.

Isto porque a cláusula de recusa não estabelece qualquer restrição a estar determinado direito ou garantia do ser humano incorporado no ordenamento jurídico do Estado parte. Desta forma, havendo direito ou garantia reconhecidos internacionalmente pelo costume, este direito ou esta garantia poderá ser invocada para obstar a cooperação.

Ademais, em sendo o direito ou a garantia do ser humano valor constitucional do Estado parte, este poderá recusar a assistência com fundamento em outro motivo de recusa, quando existente, que é a violação a interesse fundamental do Estado requerido.

A possibilidade de recusa por violação dos direitos humanos está prevista no tratado celebrado com Portugal (art. 3, 1, d) e Suíça (art. 3, 1, f)³⁸⁹, por exemplo.

3.8.6 Recusa em relação à investigação de infrações fiscais

A relação do pedido de cooperação com delitos fiscais sempre foi muito polêmica, mesmo quando a cooperação judicial ainda não era realidade para o país. Diversos paraísos fiscais sempre ofereceram como atrativo para seus investidores o anonimato e garantia de que não cooperariam com quaisquer outros países no sentido de revelar informações sobre titulares de depósitos ou mesmo movimentações bancárias.

Dos países que historicamente adotam este tipo de postura, a Suíça é um dos exemplos mais simbólicos. Por este motivo, o país é o único a dispor da possibilidade de recusa se a cooperação tiver como finalidade apurar somente infrações fiscais. A cooperação, no entanto, poderá existir se o pedido tiver por finalidade apurar fraudes fiscais, com a ressalva da utilização dos documentos para fins de apuração de infrações fiscais (reserva de especialidade).

A disposição que trata desta hipótese de recusa está prevista no art. 3, 1, c, do tratado assinado entre Brasil e Suíça e no Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais do MERCOSUL (art. 5, 1, c).

3.8.7 Recusa por ofensa à proporcionalidade

A proporcionalidade, conforme se verá mais adiante, coloca-se na cooperação judicial como verdadeira garantia do indivíduo contra a implementação de medidas que são mais

³⁸⁹ Especialmente no tratado celebrado com a Suíça, há referência expressa à submissão do pedido de cooperação às cláusulas protetivas do Pacto Internacional relativo aos Direitos Cívicos e Políticos, de 16 de dezembro de 1966.

gravosas do que o benefício que se pretende obter, ou mesmo mais danosas do que a punição final que o indivíduo poderia ser castigado.

A recusa por ofensa à proporcionalidade está prevista no tratado celebrado com Portugal (art. 3,2) e deve ser devidamente fundamentada em fundadas razões que tornariam o atendimento do pedido desproporcional.

3.8.8 Recusa pela possibilidade de prejudicar investigação ou processo em curso na parte requerida

É possível que, em certos casos, os países que estabelecem cooperação já estejam promovendo investigações independentes em relação aos mesmos fatos. Isto se dá, mormente pela possibilidade de órgãos de investigação de um país empreenderem cooperação administrativa com os demais, previamente ao pedido de assistência mútua.

Considerando que as investigações de cada país têm tramitações e ritmos distintos entre si, eventualmente, o atendimento a um pedido de cooperação poderá prejudicar o andamento da investigação ou de procedimento judicial já em curso no país requerido.

A fim de evitar prejuízo aos trabalhos das autoridades persecutórias no país requerido, é possível que o Brasil negue pedido de cooperação quando constatado tal risco. Esta hipótese de negativa é prevista no tratado de cooperação como Peru (art. 6,1, b), contudo é isolada em relação aos demais tratados.

Nos tratados celebrados com a Coréia (art. 2), Canadá (art. 3,2), Suíça (art. 3,2) e México (art. 8, 3), dentre outros, ao invés da negativa do pedido, o país requerido poderá adiar seu atendimento, até um momento oportuno.

3.8.9 Recusa em razão de delito militar

Em pedidos de extradição, o Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80) não prevê impedimento ao atendimento do pedido extradicional quando se tratar de delitos puramente militares. Contudo, em diversos tratados de extradição celebrados, a exemplo dos celebrados com a Bolívia³⁹⁰ (art. III, e), Estados Unidos³⁹¹ (art.V, 5) e com os países membros do

³⁹⁰ Ratificado pelo Decreto nº 9.920/42.

³⁹¹ Ratificado pelo Decreto nº 55.750/65.

Mercosul³⁹² (art. 6), não será concedida a extradição por delitos puramente militares, ou seja, tipificados na legislação militar como crimes, sem contudo constituir crime comum.

Seguindo esta tradição de não cooperar nestes casos, alguns tratados de cooperação judicial, como os celebrados com os Estados Unidos (art. III, 1 a), Colômbia (art. V, 1, a), Ucrânia (art. III, 1, a) e México (art. 8, 1, e), prevêm a possibilidade de recusa nestes casos.

Especificamente no tratado celebrado com o Peru (art. 6, 1, f), existe a possibilidade de recusa de cooperação quando se tratar também de delito conexo aos delitos militares.

3.8.10 Recusa pela motivação política do delito

Assim como a prática internacional banuiu a extradição por delitos puramente internacionais, o fez em relação aos delitos de índole política. O Estatuto de Estrangeiro, no art. 77, VII, prevê que a extradição será negada quando o fato constituir crime político³⁹³.

Se os Estados não extraditarão por crimes com motivação políticos, tampouco irão colaborar para o desenvolvimento de processos na parte requerente com o mesmo fim. Por este motivo, há previsão em diversos tratados de cooperação judicial no sentido de ser possível a denegação de assistência como nos celebrados com o México³⁹⁴ (art. 8, 1, f), a Colômbia (art. V, 1, b) e o Peru (art. 6, 1, f), sendo que em relação a estes últimos, a vedação atinge os delitos conexos aos políticos e os praticados com fins políticos, especificamente no caso da Colômbia.

3.8.11 Recusa quando houver a possibilidade de aplicação da pena de morte

Apenas os tratados celebrados com Cuba (art. II, 1, c) e México (art. 8, 1, h) prevêm a recusa da cooperação quando o país requerente puder aplicar a pena de morte. Decorrente de vários tratados e precedentes internacionais, a proibição de cooperar quando da aplicação da pena de morte e de quaisquer outras penas vedadas pelo art. 5º, XLVII da CF/88 será estudada aprofundadamente no próximo capítulo deste trabalho.

³⁹² Ratificado pelo Decreto nº 4.975/04.

³⁹³ O Estatuto do Estrangeiro dispõe ainda que se o fato objeto do crime político for infração à Lei Penal comum ou quando o crime comum conexo ao político constituir o fato principal.

³⁹⁴ Para os fins do tratado celebrado com o México, não podem ser considerados políticos os atos tipificados em tratados internacionais que as partes estejam vinculadas.

3.9 As garantias na assistência mútua

As garantias que buscam ser reconhecidas como balizadoras da cooperação judicial internacional penal podem ser tanto de ordem processual, quanto material. As garantias de cunho processual dizem respeito à legitimação ativa e ampla defesa do concernido.

A discussão relativa à existência de tais garantias processuais da pessoa afetada ou potencialmente afetada pelos atos de cooperação passa necessariamente pela superação de uma antiga concepção de natureza jurisprivatista de que os atos de cooperação são de exclusividade dos Estados³⁹⁵, negando que os cidadãos também possam ser considerados sujeitos³⁹⁶ dos atos de cooperação.

Superando esta posição jurisprivatista, Grinover³⁹⁷ ressalva que nos atos de cooperação a possibilidade de uma pessoa ser prejudicada³⁹⁸ não está limitada aos atos de terceiro grau (extradição), alcançando as medidas de segundo grau que podem causar gravames a bens e até as medidas de simples assistência processual, de primeiro grau.

O reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos³⁹⁹ na assistência mútua ou mesmo em outras formas e espécies de cooperação pena internacional é objeto de

³⁹⁵ CERVINI, Raúl. Op. cit. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; ZAFARONI, Eugenio Raúl. *Estudos em homenagem ao prof. João Marcello de Araujo Junior*. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2001. p. 447

³⁹⁶ Peruchin observa que devem ser observadas as garantias e os direitos fundamentais dos cidadãos concernidos, pois sempre que lhe é suprimida a possibilidade de tomar conhecimento da solicitação de cooperação, que lhe tem por objeto, resta inviabilizada a função preventiva do ordenamento jurídico. PERICHIN, Marcelo Caetano Guazzelli. Legitimação ativa do cidadão envolvido em atos de cooperação judicial penal internacional. WUNDERLICH, Alexandre (coord). *Política Criminal contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual penal: homenagem do Departamento de Direito Penal e Processual Penal pelos 60 anos da Faculdade de Direito da PUC/RS*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 330.

³⁹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Relatório-Geral do tema nº 3*. In: CONGRESSO Internacional de Direito Processual de Taormina, nº 7.2.1, 1995.

³⁹⁸ Também chamado de concernido, a pessoa que é de fato ou potencialmente afetada por atos de cooperação se porta na relação de entre-ajuda como um terceiro cujas pretensões não se colocam como assuntos ou razões de Estado e sim na condição de quem tem seus direitos atingidos ou ameaçados diretamente pelos atos de cooperação.

³⁹⁹ Segundo Oliveira, o reconhecimento dos direitos do indivíduo está associado à vigência do princípio da dignidade da pessoa humana:

Seja no relacionamento entre as pessoas, seja entre as pessoas e o Estado se exterioriza os limites da interferência no âmbito da dignidade da pessoa humana. O respeito a esta dignidade não é mera concessão do Estado, mas decorre da própria soberania popular, ligando à noção de Estado Democrático de Direito. A dignidade da pessoa humana, neste diapasão, é fruto do reconhecimento constitucional dos limites da intervenção do Estado na vida dos cidadãos, e, por este motivo, os direitos fundamentais, no que se refere ao *juspuniendi* do Estado, decorrem desta mesma dignidade, constitucionalmente consagrada, e a função do juiz, nesta mesma linha, é um fator preponderante para se avaliar o real alcance daqueles direitos. Emerge, assim, o relevante papel do Poder Judiciário, no sentido da concretização e eficácia dos direitos. A adoção da dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, torna clara a necessidade do absoluto respeito ao *status dignitatis* do cidadão que estiver no pólo passivo de uma ação

recomendações da Associação Internacional de Direito Penal – AIDP, que no seu XVI Congresso Internacional de Direito Penal (Budapeste, 5-11 de setembro de 1999), apresentou diversas resoluções, dentre as quais são destacadas duas em especial⁴⁰⁰:

Resoluções do XVI Congresso Internacional de Direito Penal (Budapeste, 5-11 de setembro de 1999)

E. Nuevas reglas relativas a la posición jurídica de los individuos en el marco de los procedimientos penales internacionales

1. Es una responsabilidad colectiva de los Estados ligados por convenciones comunes de derechos humanos y que cooperan en asuntos penales, asegurar que los derechos individuales (los de los acusados y/o las víctimas) quedan garantizados adecuadamente conforme las convenciones internacionales de derechos humanos (...)

2. En procedimientos de extradición y de auxilio mutuo que conllevan la aplicación de medidas coercitivas en el Estado requerido, los individuos envueltos en tales procedimientos deberían disfrutar de los siguientes derechos mínimos:

- Derecho a ser informado de las acusaciones contra él y de las medidas solicitadas, excepto si suministrar esa información pudiera frustrar las medidas solicitadas.

- Derecho a ser oído sobre los argumentos alegados en contra de las medidas de cooperación internacional.

- Derecho a la asistencia jurídica, y a que ésta sea gratuita si no tienen medios suficientes para pagar a un abogado propio, así como el derecho a la asistencia gratuita de un intérprete si no puede entender o hablar en idioma empleado ante el tribunal.

- Derecho a un proceso expedito.

- En caso de detención confines de la extradición, el individuo sometido a este procedimiento debería tener los mismos derechos que cualquier otra persona privada de su libertad en un caso penal interno.”

Especificamente em relação aos atos de cooperação de segundo grau (inspeções, registros, interceptações de correspondências, sequestros, levantamento de sigilo bancário), Cervini⁴⁰¹ fundamenta o reconhecimento das garantias processuais do concernido a partir do reconhecimento de duas situações de vulnerabilidade: (i) os atos de cooperação são adotados, via de regra, sem o conhecimento prévio, nem posterior do concernido, mesmo em relação em àqueles que o conhecimento prévio da medida não colocaria sua eficácia em risco; (ii) mesmo quando há o conhecimento dos atos de cooperação pelo concernido, este fica impedido de acompanhar, impugnar ou solicitar esclarecimentos em relação aos atos promovidos pelo Estado exortado.

penal, isto é, acusado da prática de ilícito penal, diante desta importante limitação do Estado frente ao cidadão. (OLIVEIRA, Roberto da Silva. *A dignidade da pessoa humana, a razoável duração do processo e a cooperação jurídica internacional penal*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, outono de 2009. p. 550)

⁴⁰⁰ ASSOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL. Resoluciones de los Congressos de la Asociación Internacional de Derecho Penal (1920-2009). *Nouvelles Études Pénales*, Toulouse, n. 23, 2012, p. 203-204.

⁴⁰¹ Idem; ZAFARONI, Eugenio Raúl, *op cit.*, p. 447.

No entender de Cervini⁴⁰², afastar as garantias processuais do concernido é, em outras palavras, subtrair direitos constitucionais do concernido e anular a função preventiva de “comparencia precautoria” de lesão de direito subjetivo deste em favor de um jogo puramente epistolar, de pura correspondência entre os Estados.

As garantias de ordem material próprias da forma de cooperação estudada, segundo Tavares⁴⁰³, são aquelas inerentes ao dogma penal como a dignidade da pessoa humana, a delimitação pelo bem jurídico, a necessidade da pena, a intervenção mínima, a proporcionalidade e o respeito às categorias lógico-objetivas.

O respeito às categorias lógico-objetivas⁴⁰⁴ tem na cooperação judicial internacional penal como consequência a impossibilidade dos Estados desatenderem este elemento, por se tratar de um fundamento positivo ao conteúdo dos atos de cooperação, de maneira que “os atos de cooperação devem ter presente a possibilidade física da consecução de seus efeitos sobre os destinatários, de modo que não desvinculem do homem como pessoa, não estabelecendo contradições nas suas valorações e possam constituir produto do exercício da cidadania”⁴⁰⁵, em outras palavras, o respeito às categorias lógico-objetivas estão relacionadas à limitação da cooperação àquilo que se define como sendo a conduta investigada.

A proporcionalidade apresenta-se como limitação à realização apenas das ações adequadas e necessárias para cumprir o objetivo requerido e utilizar os meios menos gravosos ou coercitivos⁴⁰⁶, nem que, para tanto, deva informar a realização de adequações ou alterações ao pedido. A proporcionalidade poderá ser aferida mediante a constatação de uma relação objetiva entre as medidas solicitadas e o procedimento existente no Estado Requerente⁴⁰⁷.

Quatro são os limites à cooperação que a proporcionalidade pode ensejar: (i) a cooperação poderá ser recusada quando as medidas requeridas não guardam reação com a infração apurada, de forma que se pode supor estar a solicitação mascarando um pedido de produção de provas indeterminado; (ii) a obrigação de que o Estado requerido deva interpretar o pedido de forma a atendê-lo de forma mais ampla, evitando pedidos complementares; (iii) o não envio e a não produção de provas que possam ser consideradas manifestamente inúteis para o procedimento existente no estrangeiro; (iv) a inversão do ônus para o concernido de

⁴⁰² Idem; *op. cit.*, p. 449.

⁴⁰³ *op. cit.*, p. 179-206.

⁴⁰⁴ A teoria das categorias lógico-objetivas, no Direito Penal, tem por finalidade reconhecer que existe uma ordem objetiva no mundo, que não é criada ou modificada nem pelo método, nem pelo comportamento, nem por juízos de valor. Esta ordem se estrutura nos elementos das próprias coisas e nas relações que estas guardam entre si, notadamente quanto ao conceito de conduta. Idem, p. 203.

⁴⁰⁵ *op. cit.*, p. 204-205.

⁴⁰⁶ ZIMMERMAN, *op. cit.*, p. 513.

⁴⁰⁷ VIADA, *op. cit.*, p. 113.

provar em que medida as diligências requeridas não têm interesse para o procedimento no Estado requerente.

O princípio da intervenção mínima funciona como um filtro para impedir a realização de atos de cooperação que não tenham sua utilidade racionalmente demonstrada. Isto porque os atos de cooperação não podem ser tratados como mero ato de cortesia internacional, a ponto de contribuir para a violação de outros acordos internacionais relativos aos direitos humanos⁴⁰⁸.

A necessidade da pena, enquanto garantia penal, impõe uma regra de proporcionalidade entre crime e mecanismo de persecução, de maneira a não se admitir a adoção de atos de cooperação quando as infrações investigadas são puníveis com sanções de pequena gravidade, quando os delitos forem de menor potencial ofensivo ou mesmo no caso de contravenções penais⁴⁰⁹.

A delimitação da cooperação pelo bem jurídico tem como consequência a vedação de que atos de terceiro grau de cooperação se desenvolvam em relação a delitos que não decorrem de violações a bens jurídicos⁴¹⁰.

Com mais força e objetividade, o princípio da dignidade da pessoa humana na cooperação judicial internacional penal não pode ser vista como um princípio retórico, mas sim como condições de um processo integrativo e fundamentador de direitos, servindo como parâmetro na elaboração de tratados de assistência jurídica mútua, assim como na apreciação por parte dos respectivos países, através do Poder Judiciário das consequências aos direitos humanos que o atendimento dos pedidos de cooperação podem ensejar⁴¹¹.

Adicionalmente, podem ser invocados os princípios da boa-fé e da proibição do abuso de direito desde a formulação do pedido até mesmo após o seu cumprimento. A obrigação de boa-fé e, por conseguinte do bom uso do direito, no caso, consistem em manter uma atitude leal e respeitosa de aplicar fielmente os tratados de que é parte, de manter sua palavra e de qualquer manobra equivocada, o que pode ser entendido como manter sua conduta em conformidade com os princípios fundamentais do Estado de Direito⁴¹².

Não obstante a invocação de diversos princípios para adequar e limitar a ação estatal na assistência mútua, Zimmermann⁴¹³ denuncia que os Estados ainda aplicam a doutrina do

⁴⁰⁸ CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez . op. cit., p. 200.

⁴⁰⁹ Idem, p. 196-197.

⁴¹⁰ Idem, p. 191.

⁴¹¹ Idem, 2000, p.182.

⁴¹² ZIMMERMAN, op. cit., p. 91.

⁴¹³ Idem, p. 92.

oui, toujours et autant que possible, mais pas à n'importe quel prix em relação à incondicionalidade no cumprimento dos pedidos de cooperação.

A permanente desobediência por parte dos Estados dos princípios e garantias que norteiam a assistência mútua levou a AIDP, no XV Congresso Internacional de Direito Penal (Rio de Janeiro, 4-10 de setembro 1994) a editar novas recomendações⁴¹⁴, destacando-se a necessidade: (i) de se efetivar um controle judicial da assistência mútua em todas as suas modalidades e, inclusive, em relação às formas de cooperação administrativa; (ii) de aumentar o reconhecimento por parte dos instrumentos internacionais e da legislação nacional da importância dos Direitos Humanos na cooperação internacional, de forma que o respeito aos Direitos Humanos se pusesse como verdadeiro obstáculo à cooperação⁴¹⁵; (iii) de reconhecer a preferência das obrigações de proteção dos Direitos Humanos frente às obrigações de cooperar; (iv) de criar, nos novos tratados, obrigações de não cooperar quando houver a possibilidade de violação dos Direitos humanos, em especial, o direito de não se ver submetido à tortura, à discriminação, a execuções e a detenções arbitrárias, a expropriações arbitrárias ou a processos penais que não cumpram com os princípios geralmente aceitos de um juízo justo.

A preocupação manifestada pela comunidade acadêmica internacional quanto ao desrespeito por parte dos Estados das garantias dos sujeitos na assistência mútua não vem secundada de uma postura garantista por parte do Poder Judiciário.

Por este motivo, ao menos em relação aos bens jurídicos mais valiosos do indivíduo como a vida e a integridade física, que podem ser afetados pela aplicação de penas não admitidas, o fundamento para o não agir e o não cooperar estatal, conforme se verá no próximo capítulo, decorre de verdadeira obrigação, e não apenas, de invocação de princípios.

⁴¹⁴Recomendações contidas na Seção IV das resoluções do referido congresso. ASSOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL, *op. cit.*, p. 182-184.

⁴¹⁵ Neste sentido, assinala Mota que o art. 6º da Lei de Cooperação Judiciária em matéria Penal de Portugal (Lei nº 144/99) impõe que o pedido de assistência será negado quando não forem satisfeitas ou respeitadas as exigências da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos dos Homens e das Liberdades Fundamentais ou de outros instrumentos internacionais relevantes na matéria. MOTA, José Luís Lopes da. A nova lei de cooperação judiciária internacional em matéria penal. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, Lisboa, n. 84, v. 21, p.140, 2000.

4 AS PENAS VEDADAS DO ART. 5º, XLVII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 COMO LIMITADORES DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

4.1 As penas vedadas do art. 5º, XLVII da Constituição Federal de 1988

A palavra pena vem do latim *poena*, que deriva do grego *poine* e do sânscrito *punia*, que significam dó ou lástima, no sentido de ter pena de alguém, aflição, dor, fadiga e sofrimento para a purificação do homem por má conduta cometida⁴¹⁶. No sentido do Direito Penal, pena é a sanção de liberdade ou pecuniária aplicada pelo Poder Judiciário ao praticar contravenção ou crime⁴¹⁷.

O conteúdo que complementa o significado da palavra pena é dinâmico. Por esse motivo, Marques (2008)⁴¹⁸ afirma que, de tempos em tempos, os homens estão fadados a explicitar suas concepções, sentimentos e comportamentos arcaicos incompatíveis com a racionalidade do pensamento da época em que vivem, adequando o sistema punitivo.

A vedação de certas penas pela vigente Constituição Federal pressupõe que, em épocas passadas, tais penas fossem amplamente admitidas e utilizadas, mas que a evolução da consciência social e jurídica brasileira tratou de bani-las. Este sentimento de abolição daqueles castigos que ofendem a sociedade não pode ficar restrito aos limites territoriais do Estado, na medida em que este, enquanto pessoa de Direito Internacional, é chamado a praticar diversos atos de representação de cooperação.

Se uma sociedade não aceita que certos castigos possam ser aplicados contra os seus respectivos membros, poderia ela colaborar com outra sociedade que pretende aplicar tais castigos aos seus membros? Em termos concretos, poderia o Brasil cooperar internacionalmente, em especial, por meio da cooperação judicial internacional em matéria penal com outros Estados que vão aplicar aquelas penas vedadas pela Constituição Federal de 1988?

Responder a esta pergunta é entender as origens históricas e o conteúdo destes castigos e passar à discussão de se existe alguma obrigação estatal que possa ser invocada para justificar a não cooperação pelo Estado brasileiro, em especial diante dinâmica simplificada e de poucas formalidades que foi criada pela cooperação judicial internacional em matéria penal.

⁴¹⁶ GARCIA, Aílton Stropa. A falência da execução penal e a instituição da pena de morte no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 3, p.50, 1993.

⁴¹⁷ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 555. v. 3.

⁴¹⁸ MARQUES, Oswaldo Duek. *Fundamentos da pena*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008. p.1

4.1.1 A pena de morte

A pena de morte é a modalidade de pena eliminatória⁴¹⁹, que consiste em retirar a vida do criminoso, pela sua alta periculosidade e pela gravidade do delito cometido⁴²⁰.

Relata Shecaira (2010)⁴²¹ que o primeiro contato das terras brasileiras com a pena de morte remete ao descobrimento do Brasil. A esquadra de Pedro Álvares Cabral chega à terra *brasilis* trazendo consigo 20 presos condenados à morte. Em carta ao rei Dom Manuel, Pero Vaz de Caminha informa que os condenados foram úteis no desbravamento da nova terra e no contato inicial com os selvagens nativos, sendo que dois deles foram deixados não só em cumprimento da pena, mas também com a finalidade de saber mais sobre os povos nativos e acabaram sendo resgatados com vida.

A previsão legal da pena de morte nas então vigentes Ordenações do Reino (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas) era repetida em mais de 70 condutas criminosas que poderiam variar de lesa-majestade, roubo, homicídio e, até, sodomia. A pena era comumente executada por enforcamento e poderia ser precedida de suplícios e sucedida de esquartejamento, queima do cadáver e perda de bens⁴²².

Com a proclamação da independência do Brasil, em 1822, e promulgação da Constituição de 1824, houve expressamente a abolição das penas cruéis tais como a tortura, o açoite e a marca de ferro quente⁴²³, sendo que pela Lei de 11 de setembro de 1826 foi declarada suspensa a execução das penas capitais até que as decisões judiciais fossem revistas pelo Poder Moderador do Imperador Dom Pedro I, que poderia amenizar ou perdoar a reprimenda⁴²⁴.

Em 1830, com a edição do Código Penal de Império, a pena de morte passou a ser cominada com execução na forca apenas para os crimes de insurreição de escravos (art. 113),

⁴¹⁹ Segundo Maria Helena Diniz, a pena eliminatória é aquela que tem por finalidade retirar o apenado do seio da comunidade. (DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 557).

⁴²⁰ *Idem*, p. 556.

⁴²¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. A abolição da pena de morte no Brasil. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 18, n. 214, p. 6, set. 2010.

⁴²² *Idem*. Ver também HUNGRIA, Nelson. A pena de morte no Brasil. In: *Pena de morte*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1967. p. 175. v. 3.

⁴²³ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis. (BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824*. Rio de Janeiro: Império, 1824).

⁴²⁴ Art. 1.º A sentença proferida em qualquer parte do Império que impozer pena de morte, não será executada, sem que primeiramente suba á presença do Imperador para poder perdoar, ou moderar a pena, conforme o art. 101 § 8.º da Constituição do Império. (BRASIL. Império do Brasil. *Lei de 11 de setembro de 1826*. Manda que as sentenças de pena de morte não se executem, sem que primeiramente sejam presentes ao poder Moderador. [Rio de Janeiro]: Coleção de Leis do Império do Brasil, 1826. p. 11. v. 1. pt. I).

de homicídio com circunstâncias agravantes (art. 192), de latrocínio (art. 271)⁴²⁵. Muito embora o Código Penal do Império não tenha trazido a abolição da pena capital, pelo menos buscou humanizar a aplicação do suplício extremo, ao vedar a execução da pena de morte em mulheres grávidas (art. 43), ao unificar as diversas penas aplicadas a um determinado indivíduo à pena de morte, se a ela houvera sido condenado, evitando assim o recebimento de castigos físicos mais a pena capital (art. 61), impedir a unificação e comutação das diversas penas aplicadas a um determinado indivíduo à pena de morte, se a ela não houvera sido condenado (art. 62) e comutar a pena de morte no caso de tentativa delitiva (art. 34)

A pena de morte acabou sendo abolida em 1855, em razão da constatação de erro judiciário no caso conhecido como o julgamento da “Fera de Macabú” (1852). Relatos históricos noticiam que o fazendeiro Manuel Motta Coqueiro, da cidade de Macaé, foi condenado equivocadamente à pena de morte pelo júri popular, por ter supostamente praticado chacina contra o colono Francisco Benedito e sua família. A abolição, contudo, não veio por lei, mas pelo Poder Moderador exercido pelo Imperador Dom Pedro II, que passou a comutar a pena capital por pena de galés. Relata Shecaira (2010)⁴²⁶ que, a partir de 1860, a comutação foi estendida também aos escravos, sendo, por este motivo, execução do escravo Francisco, na cidade de Pilar, Alagoas, em 1856 a última execução de pena de morte que se tem notícia no Brasil.

A abolição legislativa da pena de morte, sob a influência dos princípios da humanidade e da utilidade social da pena, foi anunciada pelo Decreto nº 774, de 20 de setembro de 1890, depois de proclamada a República, mas efetivada com a edição do Código Penal de 1890, que não trouxe qualquer previsão de sua aplicação. Posteriormente, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, expressamente vedou a existência das penas capitais⁴²⁷.

Com a ascensão de Getúlio Vargas, foi promulgada a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, que restaurou a pena de morte segundo as disposições da legislação militar, em tempo de guerra com país estrangeiro (art.113, 29). No ano de 1937, com a promulgação de outra Constituição dos Estados Unidos do Brasil, a pena de morte foi ampliada para incluir os casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, além

⁴²⁵ Art. 38. A pena de morte será dada na força.

⁴²⁶ SHECAIRA, *op cit*, p. 7.

⁴²⁷ Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 21 - Fica, igualmente, abolida a pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra. (BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891. Rio de Janeiro: República Federativa, 1891).

dos crimes de: (a) tentar submeter o território da Nação ou parte dele à soberania de Estado estrangeiro; (b) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, contra a unidade da Nação, o desmembramento do território sujeito à sua soberania; (c) tentar, por meio de movimento armado, o desmembramento do território nacional, desde que para reprimi-lo se torne necessário proceder a operações de guerra; (d) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição; (e) tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social; (f) cometer homicídio por motivo fútil e com extremos de perversidade.

Retroagindo sua posição legal a favor da abolição da pena de morte, o Brasil publicou o Decreto-Lei 86, de 20 de janeiro de 1938, restituindo a pena de morte para os crimes cometidos em tempo de paz. Contudo, não se tem notícia da condenação de qualquer pessoa à pena de morte com fundamento neste Decreto-Lei.

Com o advento da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946⁴²⁸, no governo de Eurico Gaspar Dutra, novamente restou abolida a pena de morte nos tempos de paz, restando sua aplicação para os crimes praticados em tempos de guerra, nos termos da legislação penal militar.

Entretanto, com o recrudescimento do regime militar golpista, iniciado no país a partir de abril de 1964, o Brasil viu a pena de morte retornar ao seu ordenamento jurídico pelo Decreto-Lei nº 898/69, que cominava a pena extrema para quinze condutas tipificadas que ofendiam a segurança nacional. Shecaira⁴²⁹ noticia que no período da ditadura militar somente uma pessoa foi condenada à morte com fundamento na Lei de Segurança Nacional, qual seja um militante do Partido Comunista Brasileiro Revolucionário (PCBR), pelo homicídio de um sargento da Aeronáutica em 1970. Este militante teve a execução de sua sentença permanentemente adiada até que exilou-se no exterior até o término do regime militar em 1985.

Promovida a reabertura democrática do país, promulgada a vigente Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988, a pena de morte em tempos de paz

⁴²⁸ Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 31 - Não haverá pena de morte, de banimento, de confisco nem de caráter perpétuo. São ressalvadas, quanto à pena de morte, as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. A lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica. (BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 18 de setembro de 1946. Rio de Janeiro: República Federativa, 1946).

⁴²⁹ SHECAIRA, *op. cit.*, p. 7.

voltou a ser proibida⁴³⁰, agora sob a condição de cláusula pétrea⁴³¹ (art. 5º XLVII, a c/c art. 60, §4º, IV), mantendo-se as previsões de sua aplicação conforme disposição do Código Penal Militar. Este, que por sua vez data do período dos anos de chumbo (21.10.1969), comina o suplício extremo para delitos de traição (art. 355), favorecimento ao inimigo (art. 356), covardia qualificada (364), motim (art. 368), incitamento na presença do inimigo (art. 371), dano especial (art. 383), abandono de posto (art. 390), deserção em presença do inimigo (art. 392), homicídio (art. 400) e roubo (art. 405).

Não obstante a abolição da pena de morte pela vigente Carta Magna, houve movimento legislativo, no ano de 1991⁴³², tendente a restabelecer, por plebiscito, a pena de morte⁴³³, sendo definitivamente enterrado por absoluta impossibilidade legal, seja pela inadequação da via plebiscitário, seja pela imutabilidade da cláusula pétrea da CF/88 (art. 60, § 4º da CF/88), que veda a pena de morte.

Além da vedação constitucional à pena de morte em tempos de paz no Brasil, a abolição da pena de morte está amparada em diplomas internacionais de direitos humanos aos quais o Brasil se vinculou dentre eles: as Convenções de Genebra e Protocolos Adicionais, o Pacto de São José da Costa Rica e a Declaração Universal de Direitos do Homem.

A Convenção III de Genebra, de 1949 (Decreto nº 42.121/57), relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra, obriga a concessão do prazo mínimo de seis meses a contar da notificação obrigatória que a Potência detentora⁴³⁴ deve fazer à Potência protetora⁴³⁵ (art.

⁴³⁰ Antônio Carlos Malheiros observa que na transição do regime ditatorial para o regime democrático, o legislador ao tratar de direitos e garantias fundamentais substituiu a expressão ‘direitos concernentes à vida’, por ‘direito à vida’, determinando sua inviolabilidade. MALHEIROS, Antônio Carlos. Pena de morte: uma pena. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 35, p. 100, 1991.

⁴³¹ Cláusula pétrea, segundo Rosah Russomano, representa

[...] um conteúdo ‘fixo’, intocável a qualquer emenda e que deve permanecer imodificável, porque encarna o símbolo vivo do que as nossas vivências, muitas vezes partilhadas de lutas e empapadas de sangue, criaram e cristalizaram através dos anos. E que merece ser religiosamente resguardado, por expressar, antes e acima de tudo, a essência de nossa estruturação estatal e governamental, erigida pelo sopro de nosso idealismo, de nossa brasilidade e pela energia de nossa determinação. (RUSSOMANO, Rosah. Lições de direito constitucional. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1968. p. 241).

⁴³² Cyntra Júnior rememora que a tentativa de emendar a constituição para fazer o plebiscito mereceu, em 1991, moção de repúdio do Parlamento Europeu que, conclamou os parlamentares brasileiros a rejeitar a proposta, dentre outros argumentos diante da tendência mundial da abolição da pena capital face sua crueldade, desumanidade e efeito embrutecedor sobre todos os intervenientes no processo e à própria sociedade. (CYNTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. A pena de morte e a consciência jurídica internacional: proposta de plebiscito no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 1, v. 1, p. 85, 1993).

⁴³³ Bonavides ressalta que a pena de morte, em tese, poderia ser reintroduzida no ordenamento jurídico por meio de lei ordinária, emenda constitucional ou plebiscito, porém as três possibilidades estão “fechadas ao ingresso de medida tão violadora dos direitos, das tradições, da sensibilidade e da cultura moral de nosso povo”. (BONAVIDES, Paulo. A inconstitucionalidade da pena de morte. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, n. 3, v. 6, p. 11, 1992).

⁴³⁴ Designa o Estado que fez prisioneiros de guerra.

101), para a execução da pena de morte contra o prisioneiro de guerra que tenha contra si imposta tal medida⁴³⁶.

A Convenção IV de Genebra, de 1949 (Decreto nº 42.121/57), relativa às pessoas civis em tempo de guerra, proíbe a aplicação da pena de morte em face de pessoas protegidas⁴³⁷ por parte da Potência ocupante⁴³⁸, salvo em casos “de espionagem, de atos graves de sabotagem das instalações militares da Potência ocupante ou de infrações intencionais que tenham causado a morte de uma ou mais pessoas e desde que a legislação do território ocupado, em vigor antes do início da ocupação, preveja a pena de morte em tais casos”, mas em nenhuma hipótese se a pessoa protegida for menor de 18 anos no momento da infração (art. 68).

O Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra, de 1977 (Decreto nº 849/93, de 25 de junho de 1993), relativo à proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais estabelece que, na medida do possível, as Partes no conflito procurarão evitar que a pena de morte seja pronunciada contra mulheres grávidas ou mães de crianças de tenra idade que dependam delas, por infração cometida relacionada com o conflito armado, mas mesmo que pronunciada a pena de morte contra essas mulheres a mesma não será executada (art. 76). Tampouco será executada condenação à morte por infração ligada ao conflito armado, contra pessoas que não tenham 18 anos no momento da infração (art. 77)

O Protocolo II adicional às Convenções de Genebra, de 1977 (Decreto nº 849/93, de 25 de junho de 1993), relativo às vítimas dos conflitos armados não internacionais, prevê ainda garantias processuais às pessoas que forem réus em ações penais relativas a crimes praticados durante os conflitos como: a presunção de inocência, a responsabilidade individual, a ampla defesa, a não produção de prova contra si, dentre outras. Reafirma, ainda, a obrigação de não declarar a pena de morte contra pessoas de idade inferior a 18 anos no momento da infração, nem executar contra mulheres grávidas ou mães de crianças de tenra idade, além de estimular ampla anistia quando da cessação das hostilidades (art. 6).

O Brasil ratificou, no ano de 1992 (Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992), a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (pacto de São José da Costa Rica, de 1969), que garante o direito à vida (art. 4º), inclusive impondo limitação na cominação da pena de morte apenas aos “delitos mais graves” aos países que não aboliram a pena de morte;

⁴³⁵ Designa um Estado neutro ou outro Estado não Parte no conflito que, designado por uma Parte no conflito, e aceite pela Parte adversa, esteja disposto a exercer as funções confiadas à Potência protetora, nos termos das Convenções e dos Protocolos.

⁴³⁶ Previsões similares foram formuladas na Convenção IV de Genebra relativamente às pessoas protegidas.

⁴³⁷ São as pessoas protegidas pelas Convenções de Genebra, que podem ser desde pessoas não envolvidas no conflito como civis e náufragos a doentes, feridos e prisioneiros de guerra.

⁴³⁸ Designa o Estado que promove a ocupação de territórios.

impedindo a extensão da pena de morte para crimes que anteriormente não tinham a pena capital cominada; proibindo o retrocesso por parte de países que já a aboliram; vedando a aplicação da reprimenda a delitos políticos, nem a delitos comuns conexos a delitos políticos; proibindo a imposição a pessoa que no momento da prática do delito seja menor de 28 anos ou maior de setenta, nem à mulher em estado de gravidez; e garantindo o direito do apenado solicitar comutação, anistia ou indulto não podendo ser a pena executada na pendência da análise de tais pedidos.

Posteriormente, em 1998, o Brasil ratificou o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, de 1990 (Decreto nº 2.754, de 27 de agosto de 1998) e tornou imutável a possibilidade da instituição da pena de morte em tempos de paz e, ainda, restringiu a aplicação da mesma, em tempo de guerra, “[...] de acordo com o Direito Internacional, por delitos sumamente graves de caráter militar”. Onze anos depois, em 2009, o Brasil ratificou o Protocolo facultativo ao Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas (Decreto Legislativo nº 311/09) sobre a abolição da pena de morte, de 1989, com idêntico texto ao do protocolo adicional promovido pelo sistema interamericano e com as mesmas reservas.

Estes acordos de direitos humanos tendentes a abolir a pena de morte, de que o Brasil é signatário, impõem como efeito secundário a impossibilidade do país retroceder na aplicação da pena de morte, mesmo que formalize sua denúncia. A vedação ao retrocesso da pena de morte⁴³⁹ foi objeto do parecer sobre Restrições à Pena de Morte emitido pela CIDH, que concluiu ser vedado tanto o retrocesso, quanto a extensão da pena de morte em países cuja sanção já houvera sido total ou parcialmente abolida⁴⁴⁰.

No ano de 2004, em postura polêmica, o Brasil ratificou integralmente o Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, não apondo reserva à possibilidade de aplicação da pena de morte.

Afora a recente história do Brasil, a pena de morte vigia em diversos ordenamentos sociais que remontam os primórdios das civilizações. No Egito, a pena de morte foi, durante algum tempo, a única pena existente; na Índia só havia duas penas a pena de morte e de expulsão da casta; na Babilônia, o Código de Hamurabi previa a morte para crimes como

⁴³⁹ Segundo Schabas(1997), as normas de direito humanitário sobre vedação à pena de morte definem o mínimo denominador comum no direito internacional, ou seja, um *standard* internacional mínimo do qual nenhuma sociedade civilizada pode se rebaixar, mesmo em tempos de guerra. (SCHABAS, William A. *The abolition of the death penalty in international law*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University, 1997. p. 195).

⁴⁴⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983. Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención americana sobre derechos humanos). [S.l]: Corte Interamericana, 1983. p. 3-45.

furto, receptação, auxílio à fuga de escravos, dentre outros; enquanto que na Grécia a pena de morte alcançava o culpado, seu cônjuge e filhos⁴⁴¹.

Até mesmo na Bíblia cristã existem passagens que sugerem a aplicação da pena de morte para certos casos, como em Gênesis 9:6 (“Quem derramar o sangue do homem, pelo homem o seu sangue será derramado”) e Êxodo 21:12 e 14 “Quem ferir a outro, de modo que este morra, também será morto. Se alguém vier maliciosamente contra o próximo, matando-o a traição, tirá-lo-á até mesmo do meu altar, para que morra.”.

A pena de morte continuou a ser cominada, aplicada e executada mesmo com o avanço civilizatório. Na Inglaterra⁴⁴², durante o reinado de Henrique VIII (1491-1547) foram executados 72.000 autores de crimes contra a propriedade. Sob o mesmo reinado, foram executadas pessoas por crimes de heresia e por negar que Henrique VIII era o chefe da Igreja Anglicana. Já no século XVIII, eram 240 o número de crimes punidos com a pena de morte, o que levou a uma reação humanitária capitaneada por John Howard, Jeremias Bentham e Sir Samuel Romilly. No século XIX, a pena de morte por enforcamento somente era aplicada para casos de traição e homicídio qualificado, até que, em 1957, a pena de morte passou a vigorar apenas para homicídios qualificados e casos de reincidência em homicídios simples.

Nos EUA, dados estatísticos apontam que, nos últimos 28 anos, 3.616 execuções foram realizadas, sendo 3.136 por homicídio, 418 por estupro e 62 por crimes como espionagem sequestro, assaltos a banco e outros⁴⁴³. Atualmente, 15 Estados aboliram a pena capital contra 31 que ainda possuem previsão em seus ordenamentos jurídicos⁴⁴⁴.

Na China, a pena de morte enquanto medida de prevenção geral, é empregada com bastante frequência. Pereira⁴⁴⁵ informa que nos dias 20 e 21 de janeiro de 1998, nas cidades chinesas de Qinhuangdao e Lanfang, foram executados 14 indivíduos por crimes contra a ordem social para assegurar a tranquilidade durante as festividades do Novo Lunar. No ano de 2002, quando das comemorações do dia mundial contra a droga, novas execuções foram realizadas. Atualmente a China continua a aplicar a pena de morte, no entanto passou a não aplicar em menores de 18 anos quando da prática do delito e em mulheres grávidas no tempo

⁴⁴¹ FALÁCIO, Everton de Almeida. Aspectos historiográficos e jurisprudenciais da pena de morte. *Revista Jurídica da Unisul*, Tubarão, v. 3, n.5/6, p.127, ago./jun. 2001/2002.

⁴⁴² MORAES, Benjamin. A evolução do pensamento anglo-americano sobre a pena de morte. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 6, p. 88-92, jul./set. 1964.

⁴⁴³ Idem.

⁴⁴⁴ LUSA. Abolida a pena de morte no Illinois. *Diário de Notícias*, Lisboa, 09 mar.2011. Disponível em: <http://www.dn.pt/inicio/globo/interior.aspx?content_id=1802113&seccao=EUA%20e%20Am%20E9ricas>. Acesso em: 15 mar. 2013.

⁴⁴⁵ PEREIRA, Júlio. A pena de morte na República Popular da China. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, Lisboa, v. 25, n. 99, p. 59, [s.d].

do julgamento⁴⁴⁶ e a permitir a comutação para pena perpétua ou temporária de 15 a 20 anos, em certos casos⁴⁴⁷.

Ainda que países como EUA e China continuem a condenar e a executar a pena capital, o continente europeu se posicionou no sentido de acabar com a pena de morte com a promulgação Protocolo nº 6 à Convenção Européia de Direitos Humanos sobre a abolição da pena de morte, de 1983, com vigência a partir de 1985⁴⁴⁸.

Até julho de 2008, 141 países haviam abolido a pena de morte, sendo 93 completamente abolicionistas, dez abolicionistas em relação a delitos comuns e 38 abolicionistas de fato, ou seja, possuem a previsão da pena capital nos ordenamentos, mas esta não era executada⁴⁴⁹.

Em 18 de dezembro de 2008, a Assembleia Geral das ONU aprovou a resolução nº 63/108, denominada “Moratória do uso da pena de morte”, pela qual se estabeleceu a suspensão na execução das penas de morte⁴⁵⁰, sendo que em julho de 2009, a Assembleia Parlamentar da Organização para a segurança e Cooperação da Europa aprovou resolução “sobre uma moratória da pena de morte como caminho para sua abolição”⁴⁵¹.

A postura do Brasil, enquanto país que aderiu à abolição da pena de morte em tempos de paz, parece estar bem definida no plano internacional, haja vista a existência de diversos documentos internacionais que o país ratificou, sempre com coerência.

Na atualidade, a aplicação da pena de morte na forma de execuções extrajudiciais por agentes estatais no país, contudo, ainda traz preocupação por parte da população civil e de organizações internacionais⁴⁵² e coloca-se como o grande desafio para a verdadeira abolição da pena de morte em tempos de paz⁴⁵³.

⁴⁴⁶ Idem, p.81.

⁴⁴⁷ O art. 50 do Código Penal Chinês prevê que quem for condenado à morte com suspensão da execução poderá no prazo de dois anos, se não houver cometido crime doloso, requerer a comutação por pena perpétua ou, se tiver prestado serviços muito meritórios poderá pedir a comutação por prisão temporária não inferior a 15 anos e não superior a 20 anos.

⁴⁴⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Fundamentos jurídicos para a assinatura pelo Brasil do Protocolo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos referentes a abolição da pena de morte. *Revista da Faculdade de Direito*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 117, 1994. Sobre a posição da União Européia quanto à abolição ampla da pena de morte, ver Protocolo n.º 13 da Convenção Européia dos Direitos do Homem e as Diretrizes da UE sobre a pena de morte. Disponível em: <<http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/10015.pt08.pdf>>. Acesso em 15 mar. 2013.

⁴⁴⁹ SHECAIRA, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁵⁰ Resolução nº 63/168.

⁴⁵¹ SHECAIRA, *op.cit.*, p. 6.

⁴⁵² Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/onu-pede-fim-das-execucoes-cometidas-pela-pm-no-brasil,739cdc840f0da310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 20 maio 2013.

⁴⁵³ Para Beccaria a pena de morte não se apoia em nenhum direito. É guerra que se declara a um cidadão pelo país, que considera necessária ou útil a eliminação desse cidadão. (BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Rio de Janeiro:Ed. Rio, 1979. p. 68).

4.1.2 A pena de caráter perpétuo

A pena de prisão perpétua, segundo o *Blacks Dictionary*⁴⁵⁴, é aquela na qual o condenado ficará aprisionado pelo resto de sua vida, muito embora algumas jurisdições admitam soltura em razão de bom comportamento ou reabilitação. A pena de caráter perpétuo, da qual a prisão perpétua é espécie, nada mais é do que aquela pena que somente se extingue com a morte do apenado ou com algum benefício legal que pode ser concedido ao apenado, conforme previsto em cada jurisdição.

O movimento de abolição das penas perpétuas no mundo, teve início em 1884, em Portugal, com a Lei de 14 de julho, apresentada pelo Ministro Lopo Vaz de Sampaio e Melo. Segundo a Lei, estavam abolidas certas penas, mas em especial as de expulsão definitiva do Reino, a perda dos direitos políticos e a prisão perpétua, que possuem caráter perpétuo⁴⁵⁵.

No Brasil, a Constituição do Império, de 1824, era silente em relação à possibilidade de aplicação de uma pena em caráter perpétuo. O Código Penal de 1830, por sua vez, previa a possibilidade de aplicação da pena de galés em caráter perpétuo para crimes tentados no grau em que se aplicaria a pena de morte, pena de prisão perpétua com ou sem trabalho, além da pena de banimento (art. 34), cujos efeitos (proibição de habitar o território do Império e a perda dos direitos políticos) se davam para sempre (art. 50).

Com a superveniência da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, foram abolidas, enquanto penas, as galés e o banimento (art. 72, §20), restando vedadas a forma perpétua da pena de galés e o banimento. O Código Penal de 1890, com exceção do banimento, que foi abolido no ano seguinte pela Constituição, não cominou qualquer forma de pena que ostentasse o caráter de perpétua.

As Constituições dos Estados Unidos do Brasil, de 1934 e 1937, foram as primeiras Cartas Magnas a vedarem expressamente a existência de penas de caráter perpétuo. A CF/34, no art. 113, 29, afirmava expressamente estarem abolidas as penas de caráter perpétuo, enquanto que a CF/ 37, no art. 122, 13, vedava expressamente a existência de penas corpóreas perpétuas. Editado o vigente Código Penal de 1940, mesmo na redação original, não foi prevista qualquer tipo de pena que pudesse ser considerada de caráter perpétuo.

Repetindo a redação da Constituição de 1934, a Constituição Federal de 1946 expressamente baniu quaisquer penas de caráter perpétuo (art. 141, §31). A Constituição

⁴⁵⁴ GARNER, Bryan. *Black's Law Dictionary*. 9. ed. Perth: West, 2009. p. 1485.

⁴⁵⁵ BARREIROS, José António. As instituições criminais em Portugal no século XIX: subsídios para a sua história. *Análise Social: Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. XVI, n.63, p. 594-595, 1980.

Federal de 1967, que a sucedeu, limitou as penas perpétuas apenas à hipótese de prisão perpétua (art. 150, §11), vedação esta que não sobreviveu ao Ato Institucional nº 14, de 1969, que ampliou a aplicação da pena de morte e excepcionou a pena perpétua para casos de “(...) guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar”.

No ano de 1969, foi editado o Decreto-Lei nº 898/69, que tipificava as condutas atentatórias à segurança nacional, bem como regulava o seu procedimento. Neste decreto havia a cominação da pena de prisão perpétua como condenação em grau mínimo por delitos como aliciamento de indivíduos estrangeiros para invasão no território nacional (art. 10, parágrafo único) e entrar em negociação com governo estrangeiro para provocar guerra ou atos de hostilidade com o Brasil e tais atos ocorrerem (art. 8º, parágrafo único)⁴⁵⁶, sendo a pena de morte a condenação em grau máximo. Anos depois, em 1983, foi promulgada a nova e vigente Lei de Segurança Nacional, Lei nº 7.1710/85, que aboliu a pena perpétua da cominação de suas penas.

A Constituição Federal de 1988, que sucedeu a CF/67, vedou a existência de penas de caráter perpétuo, não limitando ou especificando qualquer tipo de pena (art. 5º, XLVII, b). A vedação constitucional, contudo, não impediu que fosse levada à Suprema Corte discussão relativa à duração da medida de segurança, que, muito embora não seja pena, está relacionada diretamente à prática do injusto penal por parte de portadores de doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Os que advogam pela obrigatoriedade de limitação do prazo da medida de segurança, o fazem a partir do paralelo estabelecido entre o tratamento legal dado ao criminoso capaz e ao incapaz que pratica fato típico e antijurídico. Considerando que nem mesmo o criminoso mais perigoso poderá ser condenado a mais tempo do que o máximo de pena prevista para o delito, o incapaz não poderia ficar submetido à medida de segurança por mais tempo do que o máximo de pena previsto para o delito, pois a Constituição veda a existência de penas de

⁴⁵⁶ Embora a pena perpétua fosse cominada em grau mínimo de ofensividade da conduta, havia a possibilidade de comutação da pena de prisão perpétua por prisão por 30 anos. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso criminal n. 1232, de 07 de março de 1975). Crime contra a segurança nacional (art. 33, par.2) recurso tempestivo. substituição de pena. recurso ordinário cabível que o supremo tribunal reconhece ser tempestivo, para, afastadas as preliminares alegadas, dar a ele parcial provimento, substituindo a pena de prisão perpetua pela de reclusão por 30 anos (di 898/69, art. 51). *Diário de Justiça*, Brasília, 18 abr. 1975; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso criminal n.1129, de 11 de março de 1975. Crime contra a segurança nacional (art. 28, parágrafo único). prova. substituição de pena. existência de prova bastante para a condenação. substituição da pena de prisão perpetua pela de reclusão por 30 anos (dl 898/69, art. 51). recurso provido em parte. *Diário de Justiça*, Brasília, 18 abr. 1975.)

caráter perpétuo e, por aproximação, a medida de segurança seria reconhecida como uma medida penal.

O STF, instado a se manifestar, tem decidido que a vedação constitucional às penas perpétuas se aplica às medidas de segurança. Ao julgar o *habeas corpus* nº 84.219⁴⁵⁷, a Corte decidiu que “(...) a garantia constitucional que afasta a possibilidade de ter-se prisão perpétua a tanto equivale a indeterminação da custódia, ainda que implementada sob o ângulo da medida de segurança”.

No plano internacional, a prisão perpétua, ao contrário da pena de morte, não encontra tanta resistência quanto à sua cominação. A Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança⁴⁵⁸ dispõe que os Estados zelarão para que não seja imposta pena perpétua para uma criança⁴⁵⁹, sem a possibilidade de livramento.

Mesmo vedando a cominação, aplicação e execução de penas perpétuas em seu território e impondo restrições à cooperação com outros Estados para fins de aplicação ou execução da pena de morte, como se verá mais adiante neste capítulo, o Brasil ratificou o Estatuto de Roma sem apor reserva, por não ser permitido pelo art. 120, em relação à possibilidade de aplicação da pena de prisão perpétua, o que significa dizer que, em princípio, o país poderia fazer a entrega de uma pessoa ao TPI que pudesse ser condenada à pena de prisão perpétua.

Por mais que a polêmica sobre a possibilidade de cooperação do Brasil com o TPI ainda se estenda até eventual julgamento de um caso concreto pedido de entrega feito ao Brasil, é oportuna a crítica do Tribunal Constitucional português, contida no acórdão 01/2001, citado por Moura⁴⁶⁰, no sentido de que

“(...) a pena perpétua é uma pena fixa, que não pode variar segundo a medida da culpa e, por este motivo, é sempre imperfeitamente retributiva, pelo que haveria que demonstrar a necessidade (face ao princípio do art. 18º, nº 2 CRP) dessa limitação do princípio da culpa. Por fim, deve ser tida como constitucionalmente desnecessária de ponto de vista de prevenção geral, por retirar todo o sentido racional que a execução de qualquer pena deve ter”.

⁴⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84.219. Medida de Segurança Projeção no Tempo Limite. A interpretação sistemática e teleológica dos artigos 75, 97 e 183, os dois primeiros do Código Penal e o último da Lei de Execuções Penais, deve fazer-se considerada a garantia constitucional abolidora das prisões perpétuas. A medida de segurança fica jungida ao período máximo de trinta anos. Previsão, constituição federal, vedação, sanção penal, caráter perpétuo, equivalência, indeterminação, limite temporal, custódia, medida de segura. *Diário de Justiça*, Brasília, 23 set. 2005.

⁴⁵⁸ Promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.

⁴⁵⁹ A Convenção define criança como sendo a pessoa que seja menor de 18 anos, salvo disposição nacional em contrário no sentido de antecipar o início da maioridade.

⁴⁶⁰ MOURA, Joana Chaves Álvares de. *Reflexões sobre o instituto da prisão perpétua*. 2012. 50f. Dissertação (Mestrado Forense) - Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, 2012. f. 26.

4.1.3 As penas de trabalhos forçados

Trabalhos forçados são definidos segundo a Organização Internacional do Trabalho, OIT⁴⁶¹, como: (i) qualquer trabalho ou serviço exigido em virtude de leis do serviço militar obrigatório com referência a trabalhos de natureza puramente militar; (ii) qualquer trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas comuns de cidadãos de um país soberano; (iii) qualquer trabalho ou serviço exigido de uma pessoa em decorrência de condenação judiciária, contanto que o mesmo trabalho ou serviço seja executado sob fiscalização e o controle de uma autoridade pública e que a pessoa não seja contratada por particulares, por empresas ou associações, ou posta à sua disposição

As penas de trabalhos forçados têm como característica principal o interesse econômico do Estado em promover este tipo de punição⁴⁶², na medida em que obtêm mão-de-obra nas condições mais baratas possíveis⁴⁶³.

Trata-se claramente da instituição de regime escravocrata como forma de punição, pela prática de ilícitos penais. O enciclopedista Diderot⁴⁶⁴ defendia a adoção deste regime, por ser mais humano ao condenado que iria trabalhar ao invés de ir para o exílio ou sofrer a execução da pena capital; já o pensador Thomas Morus, no seu livro *Utopia*, sustentava também ser pouco produtivo executar malfeitores, quando estes poderiam dar lucros com seu trabalho⁴⁶⁵.

No século XV, com a eclosão das guerras entre potências cristãs e maometanas mediterrâneas, havia a necessidade de recrutar remadores entre os prisioneiros. Por este motivo, Carlos V e Felipe II da Espanha introduziram o trabalho de remador dos barcos de guerra (galés) como forma de punição para a maioria dos criminosos, assim como para condenados por mendicância e vadiagem⁴⁶⁶.

A prática das galés foi difundida pela Europa, chegando à parte austríaca do Sacro Império Romano, já no século XVI. O Imperador Ferdinando preferia a pena de galés a outras

⁴⁶¹ Definição prevista no art. 2º, 2, da Convenção nº 29 sobre trabalho forçado ou obrigatório, de 1930, internada no ordenamento jurídico do Brasil pelo Decreto nº 4.172/57.

⁴⁶² RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 85.

⁴⁶³ Tanto havia uma equação econômica associada à pena, que, um decreto da cidade de Veneza de 1588, estabelecia que as penas de galés deveriam ser fixadas em 12 anos, pois os condenados estariam inaptos para realizar os trabalhos requeridos por um período maior e ainda deveriam ser vestidos e alimentados sem um retorno adequado sob forma de força de trabalho. p. 86

⁴⁶⁴ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto, *op cit*, p. 87.

⁴⁶⁵ MORUS, Thomas. *A Utopia*. São Paulo: Abril Cultural, 1972. p. 81.

⁴⁶⁶ RUSCHE; KIRCHHEIMER, *op cit*, p. 84.

para os ladrões e assassinos, por entender que desta forma pagariam por mais tempo por seus pecados e, ao mesmo tempo, eram empregados lucrativamente.

O declínio das galés como pena ocorreu no século XVIII⁴⁶⁷, dentre outras razões em decorrência da evolução tecnológica na navegação, que levou à desnecessidade de se ter remadores. Por outro lado, na Inglaterra, foram desenvolvidas as *bridewell* ou *house of correction*, instituições criadas para fornecer trabalho aos desempregados ou forçar o trabalho a quem não queria fazê-lo. Vadios, pequenos transgressores, ladrões de baixa periculosidade, prostitutas, condenados, ou não, eram o público preferencial⁴⁶⁸ destes estabelecimentos.

No Brasil, durante o Império, foi promulgada a Constituição Federal de 1824, que não trazia nenhuma previsão sob o cabimento, ou vedação da pena de prisão com trabalho ou galés. No entanto, no Código Penal de 1830, nos arts. 44 e 46, havia a previsão da pena de prisão com trabalho e a pena de galés. A primeira para a grande maioria dos delitos tipificados; e a de galés, para crimes de pirataria (art. 82), insurreição (art. 113) e homicídio qualificado (art. 192).

O Código Penal de 1830 distinguia a pena de prisão com trabalho e a pena de galés. A pena de prisão com trabalho (art. 46) obrigava

“(…) aos réos a ocuparem-se diariamente no trabalho, que lhes fôr destinado dentro do recinto das prisões, na conformidade das sentenças, e dos regulamentos policiaes das mesmas prisões, enquanto que a pena de galés (art. 44) sujeitava os réos a andarem com calceta no pé, e corrente de ferro, juntos ou separados, e a empregarem-se nos trabalhos públicos da província, onde tiver sido commettido o delicto, á disposição do Governo”.

A pena de galés, contudo, nunca era imposta às mulheres que, tinham comutados os serviços de galés por um que fosse compatível com seu sexo e para os menores de 21 anos, que teriam a pena comutada por prisão com trabalho (art. 45) e, por razões humanitárias, era comutada por prisão com trabalho quando o apenado que estivesse cumprindo pena, alcançasse a idade de 60 anos.

De acordo com a gravidade da conduta, as penas eram dosadas nos graus mínimo, médio e máximo. Desta forma, para crimes como roubo (art. 269), a pena de galés era prevista de 1 a 8 anos; para o crime de homicídio qualificado (art. 192) estava cominada a pena de galés perpétua; no grau médio, e no crime de homicídio simples, a pena de galés perpétua era

⁴⁶⁷ Na Holanda, também no século XVII surgiram as *rasp-huis*, que eram casas de trabalho onde o trabalho de vadios, malfeitores e outros condenados eram empregado na manufatura de pó de um de terminado tipo de madeira utilizado para tingir tecidos. MELOSSI, Dario; PAVARINI, Maximo. *Cárcere e fábrica – as origens do sistema penitenciário* (séculos XVI – XIX). Rio de Janeiro: Revan, 2006. p. 42.

⁴⁶⁸ *Idem*, p. 37.

prevista para o grau máximo. O mesmo se aplicando em relação à pena de prisão com trabalho, mas sendo que esta era considerada menos grave do que a pena de galés.

Com a proclamação da República, em 1889, foram criados um novo Código Penal, em 1890, e uma nova constituição, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891. O Código Penal de 1890 previa como pena a prisão com trabalho obrigatório (art. 43, d), sendo que a Constituição de 1891 vedou a existência da pena de galés (art. 72 § 20).

Com a promulgação das Constituições dos Estados Unidos do Brasil, de 1934 e 1937, as penas de trabalhos forçados não foram expressamente abolidas e, por este motivo, continuaram a existir, muito embora sua aplicação fosse de encontro aos princípios constitucionais de valorização do trabalho que representaram marca histórica na legislação do país. Em 1940, com a edição do Código Penal, ainda vigente, o trabalho obrigatório para presos e presas passou a ser remunerado (art. 29, §1º), sendo recomendado o tipo de trabalho que ostentasse caráter educativo e que fosse compatível com as aptidões do apenado.

Promulgada a Constituição de 1946, nada foi alterado em relação à pena de trabalhos forçados, na medida em que a Carta Magna continuou silente quanto a este tipo de pena, recepcionando a previsão contida no Código Penal de 1940.

Mesmo com o golpe militar no Brasil e a edição de uma nova Constituição, em 1967, foi mantido o silêncio do legislador no tocante ao cabimento da pena de trabalhos forçados, permanecendo vigentes as disposições do Código Penal de 1940, muito embora a Convenção nº 29 da OIT já estivesse vigente no Brasil há 10 anos.

No ano de 1977, a Lei nº 6.416 passou a permitir que o trabalho pudesse ocorrer dentro ou fora do estabelecimento prisional, mas destinou a remuneração à indenização dos danos causados pelo crime; à assistência à família; ao custeio de pequenas despesas pessoais; ao depósito da quantia remanescente em caderneta de poupança para a constituição de pecúlio, a ser entregue ao apenado quando posto em liberdade.

A obrigação do trabalho, associada ao cumprimento da pena privativa de liberdade, deixou de existir no ordenamento jurídico brasileiro com a reforma do Código Penal de 1984, sendo que a partir de 1988, com a promulgação da vigente Constituição Federal a pena de trabalhos forçados passou a ser proibida, quando o texto constitucional afirma que não haverá penas de trabalhos forçados (art. 5º, XLVII, c).

O trabalho forçado passou ser objeto de discussão internacional em razão da situação das colônias europeias no continente africano. A preocupação da comunidade internacional se fez presente na Carta da Liga das Nações, 1919, que, no seu art. 22, previu que os Estados deveriam coibir certos abusos como a escravidão.

Em 1926, foi assinada a Convenção sobre Escravidão da ONU, que entrou em vigor no ano seguinte, que tinha como princípio a assunção de que era necessário prevenir que o trabalho forçado pudesse se desenvolver em condições análogas à escravidão⁴⁶⁹.

Havia um consenso de que os trabalhos forçados somente poderiam ser desenvolvidos para propósitos públicos, não sendo mais admitido o emprego de trabalho forçado na atividade econômica privada⁴⁷⁰. Mesmo assim, entenderam os Estados-Parte que o trabalho forçado deveria ser utilizado apenas para trabalhos públicos, mesmo assim quando não fosse possível obter trabalho voluntário, e que tal trabalho forçado deveria ser adequadamente remunerado⁴⁷¹.

A Organização Internacional do Trabalho, em 1930, promulgou a Convenção nº 29, sobre o trabalho forçado ou obrigatório, segundo a qual fica proibida qualquer forma de trabalho forçado no âmbito dos países signatários da convenção. A Convenção nº 29 veio a ser complementada posteriormente pela Convenção nº 105, sobre a abolição do trabalho forçado.

A Convenção nº 105⁴⁷² estabelece que os Estados-membro se comprometerão a erradicar o trabalho forçado e a não recorrer a ele: (i) como medida de coerção, ou de educação política ou como sanção dirigida a pessoas que tenham ou expressem certas opiniões políticas, ou manifestem sua oposição ideológica à ordem política, social ou econômica estabelecida; (ii) como método de mobilização e de utilização da mão-de-obra para fins de desenvolvimento econômico; (iii) como medida de disciplina de trabalho; (iv) como punição por participação em greves; (v) como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa.

A comunidade internacional tem empreendido esforços para tentar erradicar o trabalho forçado como um todo, inclusive como punição pela prática de ilícitos criminais. Mesmo que possam existir razões de ordem criminológica para a manutenção do trabalho forçado do preso, a exemplo das posições de Diderot e Morus, a história demonstra que o preso sempre foi visto como alguém em situação de desvantagem social, pronto para servir a interesses econômicos públicos ou privados.

Nos EUA, por exemplo, o trabalho dos presos era empregado por manufaturas privadas instaladas dentro dos estabelecimentos correcionais, sendo que o produto deste

⁴⁶⁹ A premissa faz parte dos *consideranda* da Convenção.

⁴⁷⁰ CHAMBERLAIN, Joseph P. *Forced Labor. Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Thousand Oaks, v. 166, p. 80, mar. 1933.

⁴⁷¹ CHAMBERLAIN, *op cit*, p. 83.

⁴⁷² Ratificada pelo Decreto nº 5.822/66.

trabalho é comercializado livremente, competindo no mercado com outros fabricantes dos diversos gêneros produzidos.

Aproximadamente na década de 30, a sociedade norte-americana passou a discutir a desvantagem que produtores de manufaturas privadas, que empregavam trabalhadores livres, tinham em relação às manufaturas operadas pelos presos. Na medida em que os presos pouco recebiam pelo seu trabalho, além do fato dos produtos receberem incentivos fiscais, os produtos produzidos por eles tinham um custo abaixo do custo de produção fora dos estabelecimentos prisionais. Por este motivo, o Congresso dos EUA, aprovou o 45 *Statutes at Large* 1084 que permitia aos Estados da federação dar tratamentos isonômicos aos bens produzidos pelo trabalho de presos⁴⁷³.

O conjunto de leis do Congresso estadunidense fez com que a população carcerária das prisões estaduais empregada no trabalho caísse da proporção de 90%, em 1885, para 6,2%, em 1997⁴⁷⁴, muito embora o modelo desenvolvido pelo governo federal daquele país consistente na criação de uma corporação sem fins lucrativos (Federal Prison Industries, Inc) tem obtido sucesso no emprego de aproximadamente 27,7% dos presos, no ano de 1997⁴⁷⁵.

Muito embora a relação trabalho e prisão historicamente tenha se situado dentro de um contexto de exploração da mão-de-obra, na realidade atual do Brasil, o trabalho do preso é considerado direito⁴⁷⁶ e está dentro das obrigações estatais com fins à pretendida ressocialização. Por este motivo, a Lei Complementar nº 79/94 criou o Fundo Penitenciário Nacional (Funpen) e determinou que seus recursos devam ser aplicados, dentre outras finalidades, à implantação de medidas pedagógicas relacionadas ao trabalho profissionalizante do preso e do internado e à elaboração e execução de projetos voltados à reinserção social de presos, internados e egressos (art. 3º, V e VII).

⁴⁷³ CHAMBERLAIN, *op cit*, p. 83. Com a Grande Depressão de 1929, outros atos legislativos foram aprovados pelo Congresso dos EUA, com a finalidade de reduzir a inserção no mercado interno de produtos manufaturados produzidos por presos. GARVEY, Stephen P. Freeing Prisoners' Labor. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 50, n. 2, p. 366-367, jan. 1998.

⁴⁷⁴ Mesmo com a edição do *Prision Industry Enhancement Act* (PIE), que permite a contratação de mão-de-obra dos presos por empresas privadas, em 1970, as restrições impostas pelos Estados da federação ainda tornam inviável o retorno dos produtos produzidos pelos presos ao mercado de consumo interno. GARVEY, Stephen P. Freeing Prisoners' Labor. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 50, n. 2, p.370, jan. 1998.

⁴⁷⁵ *Idem*.

⁴⁷⁶ O art. 126 da Lei de Execuções Penais garante a remissão de 1 dia de pena para cada 3 dias de trabalho realizados, além de lhe ser garantida justa remuneração, além da contribuição à Previdência Social pelo empregador (art. 39 do CP).

Dados do Infopen (jun/2011)⁴⁷⁷ apontam que somente 6,7% da população carcerária do país está empregada em algum tipo de atividade laboral dentro ou fora do estabelecimento prisional. Neste sentido, devem ser implementados mais projetos que aumentem a disponibilidade de vagas para que os presos possam dedicar, voluntariamente, seu tempo ocioso na prisão a uma atividade ou ofício que, além de renda, possa lhe proporcionar qualificação básica para acesso a oportunidades de emprego quando saírem da prisão.

4.1.4 A pena de banimento

A pena de banimento⁴⁷⁸ aparece na história como uma das mais comuns, assim como a pena de morte. A própria bíblia cristã narra no Livro de Gênesis que os dois primeiros seres humanos a habitar o Éden, de lá foram banidos pelo Senhor.

Ao longo da história, o ato de retirar compulsoriamente uma ou várias pessoas de um lugar para outro, quer por razões políticas, criminais, de guerra ou como sanção civil, materializou-se por diversas formas e também recebeu diferentes nomes.

Antes dos tempos modernos, o termo “deportação” significava transferência permanente de um grupo de indivíduos de um lugar específico para outro dentro do império⁴⁷⁹. Sob o Império Romano, *deportatio* significava banimento de uma pessoa para um lugar remoto dentro do Império, normalmente ilhas.

Sultões mamelucos do Egito, baniam seus oficiais para lugares longínquos de seus reinos, enquanto os turcos otomanos adotavam a prática do *sürgün*, que consistia na determinação da realocação compulsória de indivíduos ou grupos de indivíduos, sendo que nem sempre a determinação era aplicada como punição pela prática de crime⁴⁸⁰.

Em tempos mais modernos, países que possuíam colônias além do mar ou províncias remotas deportavam criminosos para elas. Países como Austrália, Nova Zelândia, Sibéria, Guiana Francesa e o próprio Brasil foram destinatários destes criminosos deportados, que

⁴⁷⁷ Disponível em: <[⁴⁷⁸ Segundo o dicionário Black’s Law Dictionary, os termos banimento e exilamento são sinônimos e querem dizer a expulsão de um país, especialmente do país de origem da pessoa ou de residência por longa data \(GARNER, Bryan, *op cit.*, p. 655\). Para Alexandre de Moraes banimento é retirada forçada de um nacional de seu país, em virtude da prática de determinado fato no território nacional. MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 332. José Afonso da Silva define banimento como qualquer forma de expulsão do condenado da comunidade a que ele pertence. DA SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p.150.](http://portal.mj.gov.br/cnpcp/main.asp?View={DA8C1EA2-5CE1-45BD-AA07-5765C04797D9}&Team=¶ms=itemID={14A64773-0CFB-45A4-BA6F-EC41D9AFE2BB};&UIPartUID={2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26}>”. Acesso em: 22 abr.2013.</p>
</div>
<div data-bbox=)

⁴⁷⁹ KEDAR, Benjamin Z. Expulsion as an Issue of World. *Journal of World History*, Hawaii, v. 7, n. 2, p. 167, fall 1996.

⁴⁸⁰ INALCIK, Halil. Ottoman Methods of Conquest. *Studia Islamica*, Paris, n. 2, p 122-125, 1954.

tinham também a função de colonizar estes territórios, como no caso da Austrália, da Nova Zelândia e do Brasil⁴⁸¹.

Durante o período do Império, com a proclamação da independência do Brasil e a promulgação do Código Penal de 1830, o Brasil passou contar com três penas que importavam o deslocamento compulsório do condenado de um lugar para outro, o banimento, o degredo e o desterro.

O banimento era a pena mais grave de todas as três, pois além de importar a saída compulsória do território do Império para sempre, o condenado ainda perdia os direitos de cidadão brasileiro⁴⁸², ficando inibido permanentemente de habitar o território do Império. A força da lei penal do Império para expulsar de uma vez por todas o condenado do território era tamanha que, se o mesmo voltasse ao território imperial seria condenado à prisão perpétua (art. 50).

O degredo, por sua vez, obrigava os condenados a residir no lugar e no tempo destinado pela sentença, sem poder sair dele, sendo que tal local nunca poderia ser dentro da comarca onde morava o condenado (art. 51) e ainda suspendia os direitos políticos do condenado pelo mesmo prazo (art. 53)

A pena de desterro, por sua vez, consistia na obrigação de o condenado deixar certos lugares, como o local do delito, o de sua principal residência, a principal residência do ofendido e não entrar em nenhum destes espaços durante o tempo assinalado na sentença (art. 52), sendo que os condenados também tinham suspensos seus direitos políticos (art. 53).

Com a proclamação da República, em 1889, foram criados um novo Código Penal, em 1890, e uma nova constituição – a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891. O Código Penal de 1890, em seu art. 43, *b*, manteve o banimento como pena, com a imposição da perda dos direitos de cidadão brasileiro e da proibição de habitar o território nacional enquanto durarem os efeitos da pena (art. 46).

Em relação ao Código Penal do Império, o banimento foi abrandado e passou a ser pena temporária, ao invés de permanente, bem como seu descumprimento ensejava a imposição de pena de reclusão por até 30 anos, se quando do reingresso do banido este ainda não tivesse readquirido os direitos de cidadão. O banimento era aplicado à hipótese criminosa de “(...) tentar, directamente e por factos, mudar por meios violentos a Constituição Política da Republica, ou a fôrma de governo estabelecida (art. 107)”.

⁴⁸¹ KEDAR, Benjamin Z. *Expulsion as an Issue of World History*. *Journal of World History*, Hawaii, v. 7, n. 2, p. 167, fall 1996.

⁴⁸² O art. 7, III da Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, estabelecia que “perde os Direitos de Cidadão Brasileiro”, “o que for banido por Sentença”.

No ano seguinte, 1891, com a promulgação da constituição da Primeira República, houve, expressamente, na cláusula de direitos individuais, mais especificamente no art. 72, §20, a abolição da pena de banimento do território brasileiro.

A história do Brasil conta que no ano de 1889, após a proclamação da República, o governo interino que se estabeleceu determinou, pelo decreto nº 78A, datado de 21 de dezembro, o banimento de D. Pedro de Alcântara e toda a família real do Brasil, bem como proibiu que possuíssem qualquer bem imóvel no país.

Diante do fim da pena de banimento no Brasil pela Constituição de 1981, D. Luiz de Orleans e Bragança, ex-Príncipe da Casa Imperial do Brasil tenta regressar ao país, quando recebe notícias de que o governo iria prendê-lo, caso desembarcasse em solo pátrio.

Havendo ameaça atual ao seu direito e ir e vir, qual seja a possibilidade de ser preso por descumprir a cláusula do banimento, requer ao Supremo Tribunal Federal, por meio do advogado José da Silva Costa, em caráter preventivo, ordem de *habeas corpus*, tombada sob o nº 2437.

A Corte Suprema brasileira, ao analisar o pedido entendeu, por maioria, que o banimento imposto à Família Real não era decorrente de pena criminal, pois externado por meio de decreto e não de sentença judicial e que a própria Constituição de 1981, em suas disposições transitórias não revogou a parte do decreto que tratava do banimento, mas tratou de disposições relativas à indenização (pensão) concedida a D. Pedro.

Manifestando divergência da posição da maioria, o Min. Alberto Torres afirmou que quando a Constituição quis dizer que fica abolida a pena de banimento judicial, não estava a autorizar, por outro lado, que o Poder Executivo estivesse provido do livre poder de banir politicamente pessoas do país, já que não é lícito conceber as penas de galés e de banimento como penas civis, penalidades disciplinares ou administrativas.

Complementando sua fundamentação, o ministro da Corte Suprema afirmou que a disposição do art.72, §20 é permanente, além de estar na parte da Constituição destinada a reger definitiva e invariavelmente o funcionamento dos poderes públicos e os direitos dos cidadãos brasileiros.

Com a promulgação da Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, o banimento continuou abolido no território nacional, ante a previsão expressa de que não haveria pena de banimento (art. 113, 29). Promulgada a Constituição de 1937, manteve-se a abolição ao banimento, na medida em que a constituição não previa ou vedava a aplicação do banimento enquanto pena, bem como o Código Penal de 1940, ainda vigente, não o cominou como pena.

No ano de 1946, no governo Eurico Gaspar Dutra, foi promulgada mais uma Constituição dos Estados Unidos do Brasil, que passou a expressamente vedar a existência da pena de banimento no país, ao afirmar que não haverá pena de banimento (art. 141, §31).

Mesmo com o golpe militar no Brasil e a edição de uma nova Constituição, em 1967, a vedação à pena de banimento foi mantida, sem qualquer tipo de ressalva, no entanto com o recrudescimento do regime, foi editado do Ato Institucional nº 14, de 1969, que emendou a vigente Constituição para excepcionar a possibilidade da aplicação da pena de banimento aos casos de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar (art. 150, §11)⁴⁸³.

No mesmo ano de 1969, foi promulgado o Código Penal Militar (Decreto-Lei 1.001), que previa a pena de exílio local (art. 116 do CPM), que consistia na proibição do condenado residir ou permanecer, durante um ano, pelo menos, na localidade, município ou comarca em que o crime foi praticado, sempre que o juiz achasse necessário como medida preventiva, a bem da ordem pública ou do próprio condenado. A pena de exílio local tinha seu termo inicial logo que cessada ou suspensa condicionalmente a execução da pena privativa de liberdade.

Promovida a reabertura democrática e promulgada a Constituição Cidadã de 1988, o banimento, enquanto pena, voltou a ser proibido pelo texto constitucional que afirma que não haverá penas de banimento (art. 5º, XLVII, *d*).

No direito internacional, a prática de promover o deslocamento compulsório de populações pelo território do Estado sem justificativas no direito internacional ou para a proteção daquele grupo pode consistir crime contra a humanidade (art. 7ª, 1, *d*) na modalidade deportação ou transferência forçada de uma população⁴⁸⁴ ou crime de guerra (art. 8º, *a*, *vii*; *b*, *viii*), quando há violações graves às Convenções de Genebra, em especial quando praticados atos dirigidos contra pessoas ou bens protegidos, ou quando há outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional.

⁴⁸³ Antes do AI nº14, o Ato Institucional nº 13 já previa a possibilidade do Poder Executivo, mediante proposta dos Ministros de Estado da Justiça, da Marinha de Guerra, do Exército ou da Aeronáutica Militar, banir do território nacional o brasileiro que, comprovadamente, se tornar inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional, sendo o ato de banimento não passível de revisão pelo Poder Judiciário. Se no período imperial, o banimento impunha a perda da nacionalidade, no período militar o banimento impunha apenas a suspensão do processo ou da execução da pena a que, porventura, esteja respondendo o condenado banido, assim como a prescrição da ação ou da condenação.

⁴⁸⁴ O art. 7, 2, *d* do Estatuto de Roma explicita que por "deportação ou transferência à força de uma população" entende-se o deslocamento forçado de pessoas, através da expulsão ou outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido no direito internacional.

Mesmo existindo ainda várias nomenclaturas para a pena ou prática do deslocamento compulsório de pessoas dentro ou para fora de seus territórios, no Brasil, o exílio, o banimento e a deportação, no sentido dado pelo Estatuto de Roma⁴⁸⁵, são vedados pela mesma cláusula constitucional, não se tendo notícias da ocorrência da prática de banimento, ainda que em caráter extrajudicial, ou de qualquer outra prática que possa se assemelhar à pena vedada.

4.1.5 As penas cruéis

Não existe um conceito legal nacional ou internacionalmente previsto para definir penas cruéis. Com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 1948, previu-se a vedação da submissão de alguém a pena ou tratamento cruel, sem, contudo, apresentar uma definição.

A Suprema Corte norte-americana, ao julgar o caso *Furman vs Georgia*⁴⁸⁶, em linhas gerais, estabeleceu parâmetros gerais para definir quando uma pena pode ser considerada cruel e não usual, nos termos da 8ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos⁴⁸⁷: (i) a severidade da punição não pode ser degradante em relação à dignidade da pessoa humana, em especial representar tortura; (ii) a punição severa não pode ser aplicada de forma arbitrária (senso proporcionalidade); (iii) a punição severa aplicada não pode ser rejeitada pela sociedade; (iv) a pena cruel aplicada não for necessária.

Partindo do precedente dos EUA, pode-se definir como penas cruéis aquelas em que: a gravidade se mostra desnecessária, a severidade da pena não é aceita pela sociedade, os detalhes da proporcionalidade são violados, a dignidade da pessoa é ferida equiparando-se, assim, a outras formas criminosas como a tortura.

Fazendo uma digressão sobre o conceito de penas cruéis, Prade⁴⁸⁸ identifica a crueldade da pena com a ausência de sensibilidade do agente que a aplica ou a executa, sendo

⁴⁸⁵ Complementam o sentido de banimento, para fins da vedação constitucional, as idéias de não se poder exigir que cidadãos nacionais convivam compulsoriamente com povos estranhos e de cultura diversa; e que Estados estrangeiros não devem aceitar um delinqüente em suas terras, fato que colocaria em perigo os seus tutelados. SHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 122.

⁴⁸⁶ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Furman v. Georgia*. 408 U.S. 238. Washington: Suprema Corte, 1972.

⁴⁸⁷ A 8ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos prescreve que não são admitidas penas cruéis e não usuais, nos seguintes termos: "Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted"

⁴⁸⁸ PRADE, Péricles. Limitação constitucional das penas cruéis. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 4, n.16, p. 115, jul/set. 1996.

certo que esta insensibilidade⁴⁸⁹ provoca crueldade. A existência de crueldade, por sua vez, está relacionada à ausência de compaixão e a ausência de compaixão, a um extrapolamento⁴⁹⁰ do que seria normal, em determinada sociedade, no plano das finalidades das penas, um *plus ultra*.

Embora o texto constitucional somente faça referência às penas cruéis, também não podem ficar semanticamente fora da vedação às penas cruéis, os tratamentos que possam ser classificados como desumanos, degradantes e a prática da tortura que, mesmo não estando expressamente prevista no art. 5º, XLVIII da CF/88 como uma pena vedada, é uma forma agravada de pena ou tratamento desumano⁴⁹¹.

Tratamento desumano pode ser entendido como ato cruel com a intenção deliberada de inculcar dor e sofrimento⁴⁹². A CEDH⁴⁹³, no caso Irlanda vs Reino Unido, decidiu que tratamento desumano⁴⁹⁴ consiste na prática de atos que podem causar dano corporal físico ou não, mas causando intenso sofrimento mental e físico às pessoas sujeitas e os que também podem levar a agudas perturbações psiquiátricas durante atos de interrogatório. Por outro lado, o tratamento degradante definido pela CEDH⁴⁹⁵ é aquele que faz surgir nas vítimas sentimentos de medo, angústia e inferioridade capaz de humilhar, aviltar, a fim de derrubar a resistência física ou moral.

A tortura, a seu tempo, é definida pela Organização das Nações Unidas⁴⁹⁶ como

“(…) o ato pelo qual um funcionário público, ou outrem por ele instigado, inflija intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos graves, físicos ou mentais, com o fim de obter dela ou de terceiro uma informação ou uma confissão, de a punir

⁴⁸⁹ A sensibilidade pode ser entendida como capacidade de experimentar sentimentos humanitários .FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. p. 1.287.

⁴⁹⁰ Este extrapolamento indica dentre outras possibilidades uma notória desproporção entre conduta e sanção, mediante a utilização de recursos (técnicos ou não) incompatíveis com os foros de humanidade.

⁴⁹¹ A CEDH no julgamento do Caso Grego foi quem primeiro definiu a tortura como uma espécie agravada de tratamento desumano. Sobre o caso, ver AYDIN, Yavuz. *The European Court of Human Rights approaches to the prohibition of Torture, inhuman and degrading treatment or punishments*. Disponível em: <http://www.justice.gov.tr/e-journal/pdf/Prohibition_Torture.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2013.

⁴⁹² THE FREE DICTIONARY. Disponível em: <<http://www.thefreedictionary.com/inhuman+treatment>>. Acesso em 10 abr. 2013.

⁴⁹³ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Judgment in Ireland v. United Kingdom (Inhumane and Degrading Treatment and Torture, *American Society of International Law*, Washington, v. 17, n. 3, maio 1978.

⁴⁹⁴ No julgamento do caso *Wilkerson v. Utah*, a Corte Suprema de Utah reconheceu a dificuldade de se definir o que venham ser tratamentos desumanos, na medida em que muitos tribunais, ao invés de tentarem dar um significado em termos modernos ao que consiste este tipo de tratamento, meramente enumeram as práticas realizadas historicamente, como esartejamento, crucificação, etc. No caso concreto, tratava-se de analisar se a execução da pena de morte por pelotão de fuzilamento é pena cruel ou não usual. ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Wilkerson v. Utah*, 99 U.S. 130. Washington: Suprema Corte, 1878. p.135-136.

⁴⁹⁵ Idem.

⁴⁹⁶ Segundo definido no art. 1º, 2 da Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 9 de Dezembro de 1975 (Resolução 3452 (XXX)).

por um ato que tenha cometido ou se suspeite que cometeu, ou de intimidar essa ou outras pessoas”.

Não são considerados como tortura as penas ou sofrimentos que sejam consequência unicamente da privação legítima da liberdade, inerentes a esta sanção ou por ela provocados, na medida em que estejam em consonância com as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos.

Dentro de uma escala de intensidade de sofrimento proporcionado à vítima, do mais brando ao mais intenso, a CEDH⁴⁹⁷ entendeu que os tratamentos cruéis e degradantes estão contidos nos tratamentos desumanos que, por sua vez, estão contidos na definição de tortura.

Em outras palavras, o tratamento degradante é, sinteticamente, aquele que causa humilhação, sensação de inferioridade; o tratamento desumano é o tratamento degradante que causa severo sofrimento mental ou físico; já a tortura, é o tratamento desumano com a finalidade de obter confissão ou informação.

As penas cruéis, os tratamentos desumanos, degradantes e a tortura sempre tiveram lugar na história da humanidade como forma de pena ou como meio para a obtenção de provas e informações. O Código de Hamurabi (século XVIII A.C) previa penas de fogueira, amputação e quebra de ossos. Na Grécia antiga (século V A.C.) eram impostas penas de castigos, feridas e mutilações⁴⁹⁸. Na antiga lei Hindu, a pena a ser imposta pelo cometimento de adultério era de ser assado vivo em uma cama de ferro, se fosse homem, ou ser devorada por cachorros, se fosse mulher⁴⁹⁹.

A *Lex Sállica Emendata*, dos bárbaros (802 D.C.) cominava castigos e torturas como penas, sendo que em 1252, o Papa Inocêncio IV editou o *Ad Extirpanda*, que autorizava a prática de tortura ou dos tormentos para obter a confissão dos suspeitos de heresia⁵⁰⁰. No antigo direito chinês, a inquisição era adotada como meio adequado de atestar a veracidade da confissão, mas se prolongava como forma de integrar a própria pena⁵⁰¹.

⁴⁹⁷ Esta definição foi estabelecida quando do julgamento do Caso Grego.

⁴⁹⁸ IKAWA, Daniela Ribeiro. *Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis desumanos ou degradantes*. In: ALMEIDA, Guilherme Assis de; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos*. São Paulo: Atlas, 2002. p. 65.

⁴⁹⁹ FINK, Henry Raymond. *Crimes and Punishment Under Ancient Hindu Law*. 1 Law Magazine & Rev. 4th ser., 1875. p. 321.

⁵⁰⁰ IKAWA, *op. cit.*, p. 65.

⁵⁰¹ CIRENZA, Cristina de Freitas; NUNES, Clayton Alfredo. *Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes e convenção interamericana para prevenir e punir a tortura*. In: SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de trabalho dos direitos humanos. *Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2008. p. 409.

Após a proclamação da independência do Brasil, durante o Império, com a promulgação da Constituição Federal de 1824, foram abolidas os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as penas cruéis (art. 179, XIX). No entanto, no Código Penal de 1830, em seu art. 113⁵⁰², estava prevista a pena de *açoutes* pelo cometimento de ato de insurreição. O art. 60 da redação original do Código, que teve vigência até a promulgação da Lei nº 3.310/1886, ainda previa que o escravo, se houvesse praticado crime cuja pena cominada não fosse capital ou de galés, seria condenado à pena de *açoutes*.

Com a proclamação da República, em 1889, foram criados um novo Código Penal, em 1890, e uma nova constituição, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891. O Código Penal de 1890 proibiu expressamente a existência de penas infamantes (art. 44), além de prever como crime a prática de “maus tratos contra a pessoa reteuda ou seqüestrada em razão do logar e da natureza da detenção ou qualquer tipo de tortura corporal” (art. 182).

A Constituição de 1891, muito embora tenha vedado a cominação de outras penas, foi silente em relação às penas e tratamentos cruéis e desumanos.

Com a promulgação das Constituições dos Estados Unidos do Brasil, de 1934 e 1937, as penas cruéis e desumanas continuaram abolidas do território nacional, na medida em que as Constituições não previam ou vedavam a aplicação de penas de tal natureza, bem como o Código Penal de 1940, ainda vigente, não as cominou como pena, ao contrário as elevou à condição de circunstâncias agravantes (art. 61, II, d do CP) ou qualificadoras (art. 121, §2º, III do CP) em relação aos crimes previstos.

No ano de 1946, no governo Eurico Gaspar Dutra, foi promulgada a terceira Constituição dos Estados Unidos do Brasil, que continuou silente quanto às penas cruéis.

Mesmo com o golpe militar no Brasil e a edição de uma nova Constituição, em 1967, foi mantida a opção do legislador de não vedar expressamente as penas cruéis e desumanas, muito embora sejam fartos os relatos de pessoas que foram torturadas e sofreram todo o tipo de tratamento cruel e desumano por agentes do Estado como punição por atuarem contrariamente à ordem ditatorial que se estabeleceu⁵⁰³. No ano de 1969, foi promulgado o Código Penal Militar (Decreto-Lei 1.001), que também não cominou as penas que pudesse ser consideradas como cruéis e desumanas.

⁵⁰² Art. 113. Julgar-se-ha commettido este crime, retinindo-se vinte ou mais escravos para haverem a liberdade por meio da força.

⁵⁰³ Sobre os atos praticados durante do regime militar, ver BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, previu que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), bem como que penas cruéis são vedadas, ao afirmar que não haverá penas cruéis (art. 5º, XLVII, e).

No plano internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo V, estabelece que “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”, o Pacto internacional sobre direitos civis e políticos⁵⁰⁴, prevê que no artigo 7 que “ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes ou ainda submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas”.

Os Padrões Mínimos para Tratamento de Prisioneiros da ONU, de 1955, proíbem punições corporais, punições por enclausuramento em cela sem iluminação e qualquer punição desumana ou degradante como forma de repreender detentos por ofensas disciplinares. Punições como solitária e de restrições de dieta somente poderão ser promovidas sob orientação médica, enquanto que instrumentos de restrição corporal tais como algemas, ferragens e jaquetas de contenção não devem nunca ser utilizadas como punição.

O Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, adotado pela Resolução 43/173 da Assembleia Geral da ONU, de 9 de dezembro de 1988, tem no seu princípio de número 6 a proibição de que

“(…) nenhuma pessoa sujeita a qualquer forma de detenção ou prisão será submetida a tortura ou a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Nenhuma circunstância, seja ela qual for, poderá ser invocada para justificar a tortura ou outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”.

O mesmo tipo de previsões podem ainda ser encontradas na Declaração pela Proteção de Todas as Pessoas contra a Submissão à Tortura ou a Qualquer Forma de Tratamento ou Punição Cruel, Desumana ou Degradante, de 1975, e nos Princípios Básicos de tratamento de Prisioneiros, de 1990 (Protocolo de Istambul)⁵⁰⁵.

A prática de atos desumanos contra a população civil, mais do que vedada enquanto pena passível de ser aplicada pelo Estado, pode ser considerada crime contra a humanidade quando há atos de tortura, encarceramento com violação das normas de direitos humanos, além de outros atos desumanos de caráter similar que causem deliberadamente grande sofrimento ou atentem gravemente contra a integridade física ou a saúde mental ou física (art. 7, 1 do Estatuto de Roma); ou crime de guerra, nos casos de submissão à tortura ou a outros

⁵⁰⁴ Promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.

⁵⁰⁵ ALTO COMISSARIADO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. *Protocolo de Istambul*. Genebra: Unites Nations Publications, 1999.

tratamentos desumanos, inclusive experimentos biológicos e infligência deliberada de grandes sofrimentos ou atentar gravemente contra a integridade física ou a saúde (art. 8, do Estatuto de Roma), por exemplo.

As penas cruéis, desumanas, degradantes e a tortura, há muito foram banidas do ordenamento jurídico brasileiro, enquanto penas que podem ser aplicadas pelo Estado, muito embora ainda desperte a preocupação de organismos internacionais a dispensa de tais tratamentos como prática extrajudicial, por parte de agentes do Estado⁵⁰⁶.

A preocupação de que Estados podem ainda adotar práticas vedadas por seus ordenamentos constitucionais, tanto internamente, quanto internacionalmente, por meio de atos de cooperação internacional ou de outros atos que tenham repercussão internacional, torna necessária a investigação da existência de obrigação que iniba e justifique o não agir estatal.

4.2 As penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis como obrigação estatal de não fazer e não cooperar

A Constituição Federal de 1988, no seu Título I estabeleceu a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direitos brasileiro (art. 1º, III) e a prevalência dos direitos humanos (art. 4º II) e a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, IX) como princípios da República Federativa do Brasil.

A partir dos fundamentos e princípios eleitos pelo legislador constituinte, a CF/88 no seu Título II previu os direitos e garantias fundamentais, tendo o Capítulo I estabelecido os direitos e deveres individuais⁵⁰⁷ e coletivos.

Nesta estrutura topográfica⁵⁰⁸ está inserido o art. 5º, XLVII, que traz a vedação às penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis. O comando

⁵⁰⁶ OPERA MUNDI. *Anistia Internacional critica tortura e violência policial no Brasil*. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/22023/anistia+internacional+critica+tortura+e+violencia+policial+no+brasil.shtml>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

⁵⁰⁷ O reconhecimento do indivíduo como sujeito de deveres para com sua comunidade e esta como meio para o desenvolvimento de sua personalidade está expresso na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, no art. 29, 1: “O indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade”.

⁵⁰⁸ Para José Afonso da Silva,

(...) a eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do Direito positivo. A Constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. (...) Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicação imediata, enquanto as que definem

proibitivo que veda certos tipos de pena expressa o direito à vida como garantia fundamental do indivíduo⁵⁰⁹ e reafirma a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado de Direitos brasileiro⁵¹⁰.

Não obstante, o comando proibitivo⁵¹¹ estabelece também uma obrigação negativa, ou seja, uma obrigação de não fazer da coletividade consubstanciada *a prima facie* na criação no ordenamento jurídico brasileiro⁵¹² e respectiva imposição das penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

São destinatários obrigação de não fazer da coletividade tanto a população, quanto o Estado⁵¹³, como organização da coletividade⁵¹⁴. Muito embora a população não tenha poderes

os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada, de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta. DA SILVA, José Afonso, *op cit*, p. 184.

⁵⁰⁹ Prade (1996) divide as garantias constitucionais em formais e materiais. As formais são aquelas que não levam consideração a substância da legislação penal, mas dados de outra natureza como o tempo (ex. princípio da legalidade), enquanto que as garantias materiais são substantivas e carregam conteúdo penal. As garantias penais podem ser explícitas ou implícitas. As garantias matérias explícitas são as aplicáveis a quaisquer pessoas concretamente envolvidas em problemas de natureza penal, sendo que as implícitas também correspondem àqueles entes, mas sem a apontada especificidade caracterizadora, como as referentes à certos princípios como o da igualdade e o da prevalência dos direitos humanos. PRADE, Péricles. Limitação constitucional das penas cruéis. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 4, n. 16, p. 114-115, jul/set 1996.

⁵¹⁰ Segundo Mendes e Branco,

“o fato de os direitos fundamentais estarem previstos na Constituição torna-os parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos, a constitucionalização dos direitos fundamentais impede que sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos – dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário -, passíveis de serem alteradas ou suprimidas ao talante destes. Nenhum desses Poderes se confunde com o poder que consagra o direito fundamental, que lhe lhes é superior. Os atos dos poderes constituídos devem conformidade a tais direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem”. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 167).

No mesmo sentido, LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 143.

⁵¹¹ Para José Afonso da Silva a “rigidez constitucional” decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como principal consequência, o “princípio da supremacia da constituição” que, no dizer de Pinto Ferreira, “é reputado como uma pedra angular, em que assenta o edifício do moderno direito político”. Significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se encontram a própria estruturação deste e a organização de seus órgãos; é nela que se acham as “normas fundamentais” de Estado, é só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas.” DA SILVA, José Afonso, *op cit*, p.47.

⁵¹² Uma das relações práticas que a Constituição de um Estado, como referencial de legalidade, pode ter com o Direito Penal é a assunção do texto constitucional como um limite negativo à expansão da Lei Penal. Isto quer dizer que toda a criminalização que não afronte o texto constitucional poderá ser admitida, mesmo que o bem jurídico tutelado pela norma penal criada não encontre indicação expressa de que tal bem possui dignidade constitucional. Neste sentido PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 56.

⁵¹³ Carlos Ayres Brito afirma que o elenco de direitos e garantias deve ser visto como “salvaguardas do indivíduo perante o Estado” que outra coisa não é senão a defesa da liberdade contra o poder. Daí porque constituírem tais salvaguardas “numa área de impenetrabilidade estatal”, por ser o poder público o mais antigo e ferrenho inimigo

para legislar (art. 1º, parágrafo único da CF/88) ou aplicar qualquer tipo de pena de forma privada, a população é destinatária da obrigação de não fazer no limite do exercício do seu poder de decidir sobre os contornos e a própria existência do Estado.

Quando apresentada a história da pena de morte no Brasil, foi rememorado o relativamente recente debate nacional sobre a possibilidade de restituir a pena de morte nos tempos de paz, reformando-se a então recém promulgada CF/88 para mesmo diante de óbices jurídicos quanto ao exercício do poder constitucional reformador face à imutabilidade da vedação à pena de morte (art. 5º, XLVII c/c 60, §4º), o pretendido plebiscito jamais poderia ocorrer por ser vedado à população decidir sobre o tema (obrigação de não fazer) ou mesmo apresentar qualquer projeto de lei de iniciativa popular (art. 14, II) que tenha por finalidade instituir tais penas.

No âmbito do Estado, a obrigação de não fazer atinge todos os seus Poderes, indistintamente, guardadas as devidas peculiaridades funcionais. Ao Poder Legislativo está destinada a proibição de dar curso ao processo legislativo que tenha por finalidade criar ou permitir, direta ou indiretamente, a aplicação das penas constitucionalmente vedadas. Ao Poder Judiciário está destinada a proibição de aplicar qualquer das penas vedadas ou mesmo aplicar penas, ainda que permitidas, de tal forma que seu cumprimento possa ser equiparado ou aproximado às penas vedadas e de não cooperar para que outros países as apliquem ou executem.

Ao Poder Executivo está destinada a proibição de propor qualquer projeto de lei ou instituir ato normativo (art. 22, I da CF/88) que tenha por finalidade criar ou permitir, direta ou indiretamente, a aplicação das penas constitucionalmente vedadas, não assumir compromissos internacionais que tenham como conteúdo a aplicação das penas vedadas⁵¹⁵ e não cooperar com outros países para a aplicação por aqueles das penas vedadas.

A manifestação mais visível da obrigação de não cooperar do Poder Executivo com outros Estados para a aplicação das penas vedadas é a imposição da comutação da pena de morte como condicionante à entrega do estrangeiro extraditado (art. 12, *d* do Decreto-Lei

da liberdade. BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. Inconstitucionalidade do plebiscito sobre a pena de morte. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 25, n. 100, p. 73, 1991.

⁵¹⁴ O Min. Alberto Torres do STF, ao proferir voto divergente no julgamento da ordem de *habeas corpus* nº 2.437, em favor do ex-Príncipe da Casa Imperial do Brasil, D. Luiz de Orleans e Bragança, afirmou que o artigo da constituição que abolia as penas de galés e banimento (art. 72, §20) “é permanente; está na parte da Constituição destinada a reger definitiva e invariavelmente o funcionamento dos poderes públicos e os direitos dos cidadãos brasileiros”, reconhecendo a existência de obrigação compulsória para o Estado.

⁵¹⁵ Quanto a esta vertente da obrigação de não fazer, é extensa a discussão sobre a constitucionalidade da ratificação do Tratado de Roma pelo Brasil, na medida em que foi aposta reserva apenas em relação à pena de morte e não em relação à pena perpétua. Neste sentido ver item 2.5 do Capítulo 2.

394/38 e, posteriormente, art. 91, III da Lei 6.815/80)⁵¹⁶, desde que para o caso concreto o Brasil não aplique também a pena de capital⁵¹⁷. Neste sentido, diversas são as decisões da Suprema Corte⁵¹⁸ reconhecendo a obrigatoriedade da comutação da pena de morte sob o fundamento da vigência das leis que regulam a extradição, ou seja, se comuta a pena *ex vi legis*, não se recorrendo ao argumento da vedação constitucional.

Partindo de uma análise histórica dos precedentes da Corte Suprema no século XX, é possível afirmar que a posição brasileira quanto à comutação da pena de morte está sedimentada, muito embora a mesma não possa ser considerada das mais garantistas. A exigência legal do compromisso de comutação⁵¹⁹ não é um pressuposto ao deferimento da extradição, mas sim uma condição à entrega pelo Presidente da República⁵²⁰, além de permitir que o extraditado tenha contra si sentenciada a pena de morte que, somente em momento posterior, será comutada pelo uso do poder de clemência do Chefe do Executivo⁵²¹.

Ainda que o Brasil não exija muitas garantias e formalidades quanto ao compromisso de comutação da pena capital, não passou despercebido pela Suprema Corte brasileira o descumprimento do acordo que o governo da República Popular da China celebrou com o Reino da Tailândia quando do pedido de extradição de Wang Jianye e Shi Yanqing. Ao formular o pedido extradicional, a China⁵²² afirmou que iria comutar as penas dos extraditados, mas ao recebê-los em seu território, submeteu-os a julgamento e os condenou a

⁵¹⁶ Sobre que autoridade governamental do Estado requerente pode dar o compromisso de comutação, ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 837. *Diário de Justiça*, Brasília, 11 out. 2002.

⁵¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 633. *Diário de Justiça*, Brasília, 06 abr. 2001.

⁵¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 1201. *Diário de Justiça*, Brasília, 15 mar. 2011; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 1176. *Diário de Justiça*, Brasília, 01 mar. 2011; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 744. *Diário de Justiça*, Brasília, 19 jun. 2000.

⁵¹⁹ Nos termos da jurisprudência da Corte Suprema afirmação por meio de nota diplomática de que a pena será comutada, não sendo exigida qualquer outra postura por parte do Estado requerente. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 633. *Diário de Justiça*, Brasília, 06 abr. 2001.

⁵²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Revista Trimestral de Justiça*, Brasília, v. 83, t. 3, 1978; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Revista Trimestral de Justiça*, Brasília, v. 43, t. 1, 1968. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Revista Trimestral de Justiça*, Brasília, v. 24, t. 1, 1963.

⁵²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 429. *Diário de Justiça*, Brasília, 11 out. 1985.

⁵²² Este não é o único caso em que a China prometeu dar garantias de comutação da pena capital por perpétua ou outras e descumpre o pactuado com outros países. A Anistia Internacional denuncia que a China executou o tibetano Lobsang Dhondup, em janeiro de 2003, após ter dado garantias aos EUA de que a sentença do extraditado seria revista em ampla extensão e no ano 2000 condenou Fang Yong à morte, após o mesmo ter sido extraditado do Canadá, mesmo tendo dado garantias de que não iria fazê-lo. (ANISTIA INTERNACIONAL. *Chinese national facing extradition*. AMR 46/003/2010, 04 de março de 2010. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR46/003/2010/en/906c71fa-3efc-479d-8075-a2a6695c5b3b/amr460032010en.pdf>>. Acesso em 08 mar. 2013).

morte⁵²³, tendo a decisão transitado em julgado após confirmação pela Corte Suprema do Povo⁵²⁴ e, posteriormente, executada⁵²⁵.

Excepcionalmente, contudo, o STF decidiu na Ext. 633/República Popular da China⁵²⁶ que a previsão da aplicação da pena de morte em certas condições impõe o indeferimento do pedido de extradição, não sendo o caso de deferimento com a entrega condicionada. Isto porque a Corte entendeu que o extraditado estaria exposto à flagrante anomalia jurídica, repudiada pela consciência jurídica dos povos, na medida em que a Resolução editada pelo Conselho Permanente da Assembléia Popular Nacional, em 08.03.82, além de instituir a pena de morte para diversas modalidades delituosas,

“(...) prescreveu que a sanção capital estender-se-ia aos crimes praticados ‘antes da data de vigência desta Resolução’, desde que o criminoso não se entregasse às autoridades até 1º/5/82, ou, já se achando preso até essa data, não confessasse todos os crimes cometidos em momento anterior ao do início da vigência desse novo diploma legislativo”⁵²⁷.

Ainda em caráter excepcional, o STF negou o pedido de extradição nº 232⁵²⁸ formulado pelo governo cubano, ante a existência de dúvidas sobre a real condição do Estado requerente de implementar a garantia de comutação da pena morte face ao momento revolucionário enfrentado à época. Decidiu-se que mesmo não havendo previsão legal neste sentido, o indeferimento da extradição por este motivo advinha como consectário da vedação à extradição para julgamento por tribunais ou juízos de exceção (art. 2º, VI do Decreto-Lei 394/38, vigente quando do julgamento).

A obrigação de comutação da pena de morte por outra compatível com o ordenamento jurídico do Estado requerido, no caso do Brasil por prisão limitada a 30 anos (art. 75 do CP), está sedimentada na praxis dos Estados que, de alguma forma, são considerados abolicionistas, e dos Tribunais e Comitês internacionais destinados a conhecer e julgar violações aos direitos humanos.

⁵²³ ANISTIA INTERNACIONAL. *Death penalty / Legal concern. People's Republic of China*. ASA 17/59/95, 24 de agosto de 1995. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/library/asset/ASA17/059/1995/en/b16594d2-3d57-4657-84cc-9d7aa3756af6/asa170591995en.pdf>>. Acesso em 08 mar. 2013.

⁵²⁴ ANISTIA INTERNACIONAL. *China: execution of chinese official may take place within days*. ASA 17/100/95. 15 de dezembro de 1995. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/library/asset/ASA17/100/1995/en/0fdd0368-cf94-424c-ba7e-afbd8c7a033c/asa171001995en.pdf>>. Acesso em 08 mar. 2013.

⁵²⁵ ANISTIA INTERNACIONAL. *Chinese national facing extradition*. AMR 46/003/2010, 04 March 2010. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR46/003/2010/en/906c71fa-3efc-479d-8075-a2a6695c5b3b/amr460032010en.pdf>>. Acessado em 08 mar. 2013.

⁵²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 633. *Diário de Justiça*, Brasília, 06 abr. 2001.

⁵²⁷ Idem.

⁵²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 232. *Diário de Justiça*, Brasília, 09 out. 1961.

Quando a pena a ser imposta é perpétua, contudo, a jurisprudência da Suprema Corte brasileira, registra um passado de instabilidade, até o estabelecimento da obrigatoriedade de comutação por pena de prisão não superior a 30 anos, posição atual da Corte.

Os motivos que justificavam o deferimento e a possibilidade entregam sem compromisso de comutação iam desde a inexistência de vedação legal à entrega no Decreto-Lei 394/38 e no Estatuto do Estrangeiro, que somente apunham óbice quanto às penas de morte e corporais⁵²⁹, de não decorrer do texto da Constituição vigente à época do julgamento do pedido de extradição⁵³⁰, de ser vedação constitucional a certos tipos de pena direcionada ao direito interno e não às relações internacionais⁵³¹, de inadmissibilidade de se impor uma norma de Direito Penal interno a um Estado estrangeiro⁵³², de ser impossível uma projeção transnacional do rol de garantias fundamentais da Constituição Federal⁵³³ e de não ser necessária obrigação de comutação da pena perpétua, ante a possibilidade de ser a mesma abrandada pelo indulto ou livramento condicional⁵³⁴.

Na última década, a partir do julgamento da extradição nº 855/Chile, em 2004, o STF tem firmado sua jurisprudência⁵³⁵ no sentido de impor o compromisso de comutação da pena perpétua como condição à entrega do extraditado em razão dos pedidos extradicionais estarem “subordinados à autoridade hierárquico-funcional da Lei Fundamental brasileira”.

As mesmas razões justificariam o deferimento da extradição, sem restrições, quando houvesse possibilidade de aplicação ou execução da pena perpétua eram utilizadas para não impor o compromisso de comutação quando o pedido de extradição sinalizava pela

⁵²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 241. *Diário de Justiça*, Brasília, 18 maio 1962; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 486. *Diário de Justiça*, Brasília, 28 set. 1990; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 426. *Diário de Justiça*, Brasília, 04 set. 1985.

⁵³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 472. *Diário de Justiça*, Brasília, 16 nov. 1988. A CF/67, no seu art. 150, §11, tanto na sua redação originária, quanto após o Ato Institucional nº 14, de 1969, mantiveram à vedação à pena perpétua no país. Ainda no mesmo sentido, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 486. *Diário de Justiça*, Brasília, 28 set. 1990.

⁵³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 486. *Diário de Justiça*, Brasília, 28 set. 1990.

⁵³² Fundamentando seu voto, o Min. Célio Borja ressaltou que somente seria possível impor a comutação da pena perpétua à entrega, se houvesse previsão expressa em tratado ou fosse existente regra do direito das gentes. Voto do Min. Célio Borja em BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 486. *Diário de Justiça*, Brasília, 28 set. 1990.

⁵³³ Voto do Min. Francisco Rezek em BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 426. *Diário de Justiça*, Brasília, 04 set. 1985.

⁵³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 439. *Diário de Justiça*, Brasília, 11 dez. 1985.

⁵³⁵ Antes do julgamento da Ext. 855/Chile, a Corte proferiu decisões tanto no sentido de impor a obrigação de comutação, quanto de deferir a extradição sem restrições. Por exemplo, no ano de 1967, ao julgar a Ext. 272/EUA, a Corte unanimemente impôs a obrigação de comutação da pena perpétua, mesmo decisão alcançada no julgamento dos pedidos de extradição nº 399, 417 426, julgados respectivamente nos anos de 1983, 1984, 1985, mas no ano de 2001, ao julgar a Ext. 793/França, Min. Maurício Corrêa, o STF, por maioria, afastou a obrigatoriedade da comutação da pena perpétua.

possibilidade de aplicação da pena de degredo⁵³⁶, mesmo que tal pena não fosse aplicada ou admitida pelo Direito vigente à época do julgamento do pedido extradicional⁵³⁷. Por mais que tal entendimento fosse majoritário na Corte Suprema, em voto dissidente no julgamento da extradição nº 426/EUA, o Min. Rafael Mayer assinalou que a imposição da determinação da comutação de penas como condição à entrega do extraditando

“(…) se trata de um reflexo na aplicação das leis ou dos tratados, da supremacia do valor consagrado na proibição constitucional, não sendo admissível a entrega de alguém submetido à sua jurisdição para sofrer pena que no País não se aplicaria por absoluta incompatibilidade de com os seus preceitos”.

Também sob o fundamento de falta de previsão legal no Estatuto do Estrangeiro, a Corte Suprema, em 1990, sob a égide da Constituição Cidadã, ao julgar a extradição 486/Bélgica⁵³⁸, deferiu o pedido sem a obrigação de comutação da pena de trabalhos forçados.

Por mais que a atual composição da Corte Suprema, a partir do julgamento da extradição nº 855/Chile, dê indícios de que não irá retroceder a posição quanto à obrigação de comutação da pena de prisão perpétua, não há segurança jurídica de que a afirmação da autoridade da Constituição Federal naquele julgamento irá prevalecer mesmo diante da inexistência de legislação infraconstitucional específica.

Diferentemente do Brasil, que ainda não promoveu alteração legislativa para afastar definitivamente as dúvidas sobre as condições para a entrega dos extraditados, na Espanha, por exemplo, foram observadas mudanças tanto na legislação interna, quanto nos tratados de extradição celebrados, com países europeus ou não, no tocante aos limites impostos ao atendimento de pedidos de extradição que possam contribuir para a aplicação ou execução da pena de morte.

Podem ser identificados seis posicionamentos legais que bem representam um fortalecimento da postura dos espanhóis no caminho da não cooperação, quando houver risco de aplicação ou execução da pena de morte. O primeiro é o pactuado nos tratados de extradição celebrados com Argentina (1881), Portugal (1873) e Uruguai (1885), segundo o qual a extradição poderia ser deferida, porém os extraditados somente seriam entregues diante do compromisso de comutação da pena de morte.

O segundo pode ser observado nos tratados celebrados com Costa Rica (1896) e Venezuela (1894), segundo o qual somente a Espanha tinha a obrigação de dar garantias da

⁵³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição n. 230. *Diário de Justiça*, Brasília, 08 dez. 1961.

⁵³⁷ Sob a égide da Constituição de 1988, não houve por parte do STF decisão sobre pedidos de extradição relacionados a crimes com imposição de pena de banimento ou cruéis.

⁵³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *op cit.*

comutação da pena de morte, sendo esta obrigação prevista como concessão especial e não como princípio geral do tratado.

O terceiro, constante do tratado celebrado com a Guatemala (1895), previa que ambas partes contratantes deveriam dar garantias de comutação, porém esta garantia se daria também sob forma de concessão especial.

O quarto aparece no tratado celebrado com a Colômbia (1892), que previa como facultativa a comutação da pena de morte, já que “el Estado que requirió extradición podrá pedir la comutación, la cual, en caso de ser atendida, se llevará a efecto de acuerdo con las leyes del país en que la sentencia fuese pronunciada”.

O quinto é encontrado nos tratados de extradição firmados com os Estados Unidos (1970) e Itália (1973), e obriga a parte requerente a oferecer garantias suficientes, assim consideradas a juízo da parte requerida, de que a pena de morte não será imposta ou executada. As garantias podem ser desde uma declaração de que aceitam a recomendação da parte requerida de não aplicar a pena de morte e comutá-la ou mesmo uma declaração prévia de qual a pena será aplicada no lugar da pena de morte.

O sexto posicionamento decorre do amadurecimento do quinto e pode ser encontrado na Lei de Extradición espanhola, de 26 de dezembro de 1958. Segundo a redação legal,

“(...) la concesión de extrdición por el Gobierno español se entenderá siempre condicionada a que, si la pena señalada al supuesto delito por la ley del Estado requirente fuese una pena capital, ésta se conmute por otra que no tenga aquel carácter, debiendo expresarse cuál sea antes de que la extradición se conceda”.

A Convenção sobre extradição do Conselho Europeu, de 13 de dezembro de 1957⁵³⁹, ratificada pela Espanha, adotou o quinto posicionamento em seu texto, passando a prever a obrigatoriedade do país requerente dar garantias suficientes de que não aplicará ou executará a pena de morte, nas hipóteses em que o país requerido não tenha previsão da pena de morte em seu ordenamento jurídico ou que não mais a execute, mesmo que tenha mantido tal previsão. Contudo, Bueno Arus⁵⁴⁰ critica a convenção por autorizar a extradição quando ambas partes do pedido cominarem, aplicarem e executarem a pena de morte, o representou segundo o autor um retrocesso à tendência abolicionista existe no continente.

⁵³⁹ Ao ratificar a Convenção sobre extradição do Conselho Europeu, de 1957, a Áustria (1969) após reserva no sentido de que somente será concedida a extradição⁵³⁹ ou trânsito⁵³⁹ se o Estado requerente concordar em não aplicar a pena de morte nem qualquer outro tipo de pena incompatível como os postulados da humanidade e da dignidade da pessoa humana. No mesmo sentido, a Suíça⁵³⁹ (1966) reservou a aplicação do tratado estendendo à vedação da extradição àquelas penas que ou medidas que atentem contra a integridade corporal, enquanto que o Liechtenstein⁵³⁹ (1969) reservou a extradição quando o Estado requerente impuser penas incompatíveis ou não prevista com seu ordenamento jurídico.

⁵⁴⁰ BUENO ARUS, Francisco. Extradición y pena de muerte en el ordenamento jurídico español. *Anuário de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 34, n. 2, p. 402, maio/dez 1981.

A Suprema Corte da Itália, por sua vez, no caso *Venezia vs Ministero di Grazia e Giustizia* (julgamento nº 233.79) decidiu serem o art. 698 do Código de Processo Penal italiano e o art. IX do tratado de extradição celebrado, em 1983, pela Itália e Estados Unidos inconstitucionais. Pietro Venezia foi denunciado por homicídio junto ao Poder Judiciário do Condado de Dade, na Florida, mas fugiu para a Itália.

Requerida a extradição pelo governo dos EUA, a mesma foi deferida pelo Ministro da Justiça italiano, que condicionou o deferimento da extradição, nos termos do art. 698 da Lei Processual italiana e art. IX do tratado de extradição celebrado com os EUA⁵⁴¹ à concessão de garantias de que a pena de morte não seria aplicada.

Venezia recorreu ao Poder Judiciário alegando que tanto a lei processual, quanto o tratado de extradição violavam a Constituição italiana, especialmente no que refere à garantia à vida e à vedação da pena de morte. Após perder nas instâncias inferiores, recorreu à Corte Constitucional italiana que, declarando a inconstitucionalidade dos dispositivos legais, decidiu, em 27.06.96, que a vedação à pena de morte prevista na Constituição italiana é absoluta e proíbe extradições por crimes que cominem pena capital, independentemente das garantias fornecidas pelo Estado requerente⁵⁴².

Adicionalmente, a Corte afirmou que os legisladores constituintes consideraram a proibição à pena de morte e às formas desumanas de punição como derivadas do direito humano fundamental à vida, previsto no art. 2º da Constituição italiana⁵⁴³, e que o caráter absoluto da proteção garantida no referido dispositivo constitucional afeta o exercício dos poderes de todas as autoridades públicas, inclusive daquelas encarregadas da cooperação judicial internacional, sendo certo que desde o julgamento do processo nº 54, de 1979, a Itália

⁵⁴¹ Tanto o art. 698 do Código de Processo Penal italiano, quanto o art. IX do tratado de extradição possuem a seguinte redação, traduzida livremente: Quando o crime em razão do qual é pedida extradição é punível com a pena de morte Segundo as leis do Estado requerente, a extradição deve ser rejeitada, ao menos que o Estado requerente forneça suficientes garantias quantas o Estado requerido considere suficientes de que a pena de morte não será imposta ou, se imposta, não será executada.

⁵⁴² A Corte Constitucional italiana analisou ainda que tipos de garantias suficientes poderiam ser dadas pelo estado requerente para assegurar o respeito ao direito à vida, mas concluiu que tal sistema de garantias suficientes não condiz com os valores fundamentais assegurados pela Constituição italiana e que o direito à vida requer proteção absoluta, podendo depender da discricionariedade de autoridades públicas. Especificamente quanto ao argumento de que a Constituição dos EUA estabelece que os tratados internacionais são a *supreme law of the land*, o que reforçaria o cumprimento das garantias dadas, a Corte, diante do já decidido considerou irrelevante o argumento.

⁵⁴³ O art. 2º da Constituição italiana determina que a República reconhece e garante a inviolabilidade dos direitos do homem, tanto como indivíduo, quanto como membro de grupos sociais, nos quais sua personalidade encontre expressão e imponha o exercício de deveres inalteráveis de natureza política, econômica e social, enquanto que o art. 27, §4º prevê que a pena de morte não é admitida salvo nos casos especificados pelas leis militares em tempo de guerra.

está proibida de participar da aplicação ou execução de penas que em nenhuma hipótese e por nenhum tipo de crime seriam aplicáveis ou executados naquele país em tempos de paz⁵⁴⁴.

A decisão da Corte italiana, entretanto, não tão é rígida quanto pode parecer. Ao apontar que a decisão estava de acordo com a reserva aposta ao art. 11 da Convenção Européia sobre Extradicação, de 1957, a Corte afirmou ser admissível, em *obter dictum*, o sistema previsto no tratado de extradicação celebrado entre Itália e Marrocos, que, a exemplo do sexto posicionamento legislativo da Espanha, impõe que o Estado Requerente substitua, quando do pedido de extradicação, a pena capital pela mesma pena prevista no ordenamento legal italiano para o crime que motivou o pedido extradicional.

O mais importante do precedente italiano, como aponta Bianchi⁵⁴⁵, é afirmação que de os princípios fundamentais da constituição do estado podem ser utilizados para impedir as autoridades públicas de promover atitudes equivocadas no âmbito internacional⁵⁴⁶.

O caso Pietro Venezia, de forma alguma, entrou para a estatística da impunidade. Mesmo com o indeferimento da extradicação, o Governo italiano aplicou a máxima *aut dedere aut judicare* e instaurou a competente ação penal pelo crime de homicídio praticado nos EUA, sendo um exemplo de como conciliar as necessidades da cooperação internacional com as tradições constitucionais dos países requeridos.

Na Holanda, o sargento do Exército dos EUA, Charles Donald Short, acreditado naquele país em missão militar da OTAN, assassinou sua esposa e esquartejou seu cadáver. As autoridades norte-americanas solicitaram ao governo holandês que o militar fosse entregue, para que fosse processado, julgado por um Tribunal Militar e eventualmente punido

⁵⁴⁴ Existem, todavia, precedentes em contrário no sentido de que um Estado não pode se evadir de suas obrigações internacionais sob o argumento de estar agindo contraditoriamente em relação à sua Constituição *GEORGES PINSON V. MÉXICO*. Decisão nº 1, de 19 de outubro de 1928. New York: Reports of International Arbitral Awards, 2006. p. 327-454.

⁵⁴⁵ Bianchi defende também que constituições que possuam maior alcance na proteção de direitos fundamentais em relação ao padrão internacional de proteção aos direitos fundamentais podem ser utilizadas para impedir o agir errado do Poder Público no âmbito internacional. Da mesma maneira, quando o padrão internacional for mais protetivo do que a constituição, este também poderá ser invocado para justificar a obrigação de não fazer. Bianchi relata ainda que a Corte Constitucional italiana declarou o tratado de extradicação celebrado com a França, em 1870, inconstitucional por permitir a extradicação de pessoas que estivessem enfrentando acusações que levasse à aplicação da pena de morte na naquele país, utilizando como argumentos, dentre outros que o tratado se encontrava obsoleto e inconsistente com as tendências da prática internacional. Também adotando a prática internacional como precedente a ser seguido, no caso Sciacca (nº 28, de 8 abril de 1987) a Corte declarou inconstitucional a ratificação do tratado de extradicação (1973) celebrado com os EUA, por permitir a extradicação de menores que seriam julgados como maiores segundo as leis do país requerente. No caso Sciacca argumentou-se que o Tratado de Direitos Cívicos e Políticos (1966) referendava a decisão, muito embora quando do julgamento os EUA não houvessem ratificado o referido tratado. (BIANCHI, Andrea. Venezia v. Ministero di Grazia e Giustizia. Judgment No. 223.79. *The American Journal of International Law*, Washington, v. 91, n. 4, p.731-732, out. 1997).

⁵⁴⁶ No mesmo sentido, ver CONFORTI, Benedetto. *Diritto Internazionale*. 4. ed. Napoli: Ed. Scientifica, 1992. p. 343-344.

com a pena de morte. As autoridades holandesas, mesmo diante da recusa dos EUA em dar garantias da não aplicação ou execução da pena de morte, entenderam ser cabível a entrega de Short e deferiram o pedido, sendo o mesmo contestado perante o Poder Judiciário até que a questão chegou à Corte Constitucional da Holanda.

Especificamente no caso de Short, o pedido de entrega não estava, a princípio, submetido ao regime jurídico da extradição, pois regulado por meio de tratado específico, qual seja o Acordo entre os Países da OTAN sobre o *status* de suas forças, de 19 de junho de 1951, que estabelece regras para entrega de militares que tenham praticado crimes, bem como estabelece preferências para o exercício da jurisdição⁵⁴⁷.

Na medida em que Short assassinou sua esposa, que, para os fins do tratado, é considerada dependente de um membro da força militar, segundo o art. VII, 3, *a*, *i*⁵⁴⁸, os EUA tinham e manifestaram a preferência para o exercício da jurisdição, não sendo cabíveis quaisquer outras análises quanto aos requisitos e pressupostos, visto se tratar de mera obrigação de entrega.

Por outro lado, Short argumentava que a entrega prevista no acordo sobre o *status* das forças não poderia ser realizada, pois a mesma afrontava o seu direito à vida, violava o tratado de extradição celebrado entre Holanda e EUA, bem como a Convenção Européia sobre Extradição, de 1957.

A Corte Suprema da Holanda estava diante do dilema consistente em afirmar como o Estado deve agir diante de duas obrigações incompatíveis entre si, assumidas por meio de diferentes tratados e que não podem ser valoradas pelas regras comuns da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969⁵⁴⁹.

Superando qualquer distinção jurídica entre o ato de entrega previsto no acordo da OTAN e um pedido de extradição previsto na Convenção Européia sobre Extradição, a Corte Suprema holandesa, em 30 de março de 1990, decidiu negar a entrega de Short às autoridades norte-americanas. Afirmou a Corte que, desde o julgamento do caso Soering pela CEDH, os

⁵⁴⁷ Por este motivo, a Holanda não poderia aplicar a máxima *aut dedere aut judicare*, ainda que o crime tenha sido cometido em seu território.

⁵⁴⁸ Art. VII, 3. In case where the right to exercise jurisdiction is concurrent the following rules shall apply: a) The military authorities of the sending State shall have the primary right to exercise jurisdiction over a member of a force or of a civilian component in relation to: i) offences solely against property or security of that State, or offences solely against the person or property of another member of the force or civilian component of that State or of a dependent.

⁵⁴⁹ Para Trindade, mesmo diante da possibilidade do conflito aparente de normas internacionais, a Convenção de Viena excepciona a possibilidade de extinção ou suspensão de um tratado internacional quando tratar de atendimento de normas de direitos humanos, na medida em que estes estão relacionados a interesses comuns superiores. (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Fundamentos jurídicos para a assinatura pelo Brasil do Protocolo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos referentes a abolição da pena de morte. *Revista da Faculdade de Direito*, Rio de Janeiro, n. 2, p. 116, 1994).

estados são responsáveis por atos que possam expor a pessoa concernida a tratamentos proibidos pelo art. 3 da Convenção Europeia sobre Extradicação. No caso, em sendo Short condenado à morte, seria o mesmo submetido ao *death row phenomenon*, o que foi considerado ilegal pela CEDH.

Por este motivo, não há como o Estado escolher discricionariamente atender a uma ou outra obrigação internacional⁵⁵⁰, de modo que Short somente poderia ser entregue diante do compromisso de não aplicar ou não executar a pena capital. No início do mês de novembro de 1990, os EUA iniciaram investigação criminal para saber se Short poderia ser denunciado também pela prática de outro crime que não o levasse à morte, sendo que, em meados do mês de novembro, os EUA afirmaram ao governo holandês que a pena de morte não seria pedida, o que permitiu assim a solução do caso com a entrega.

As limitações à ação estatal tendentes a permitir a condenação ou execução da pena de morte também foi objeto de decisão do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas⁵⁵¹, no caso *Judge vs Canadá*, julgado em 05 de agosto de 2002.

Roger Judge, em 15 de abril de 1987, foi condenado por duas acusações de assassinato em primeiro grau e posse de instrumento de crime, pelo Tribunal de Apelações Comuns da Filadélfia, Estado da Pensilvânia, EUA. Em 12 de junho 1987, Judge tomou conhecimento de que sua sentença o levaria à morte por cadeira elétrica e, por este motivo, em 14 de junho de 1987, escapou da prisão e fugiu para o Canadá. Já em solo canadense, Judge praticou outros delitos, tendo sido condenado em 13 de julho de 1988 a 10 anos de prisão.

Durante o cumprimento da pena no Canadá, Judge tomou conhecimento de que ao término, seria deportado de volta aos EUA⁵⁵², o que implicaria o seu retorno ao *death row*. A

⁵⁵⁰ Na opinião endereçada à Corte Suprema da Holanda, o advogado-geral Leonard H.W. van Sandick, se manifestou no sentido do Estado ter liberdade para escolher qual das obrigações internacionais seria cumprida, mas que a Corte Suprema tem liberdade para rever a decisão estatal. VAN SANDICK, Leonard H.W. *The Netherlands: opinion of the advocaat—generaal and Supreme Court decision in the netherlands v. short (european convention on human rights; nato status of forces agreement; netherlands—u.s. extradition treaty)*. *International Legal Materials*, New York, v. 29, n. 6, p. 1385-1386, nov. 1990.

⁵⁵¹ O Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas tem sua constituição prevista no art. 28 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, ratificado pelo Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992 e possui a seguinte redação:

“Artigo 28 §1. Constituir-se-á um Comitê de Direitos Humanos (doravante denominado ‘Comitê’ no presente Pacto). O Comitê será composto de dezoito membros e desempenhará as funções descritas adiante. §2. O Comitê será integrado por nacionais dos Estados-parte no presente Pacto, os quais deverão ser pessoas de elevada reputação moral e reconhecida competência em matéria de direitos humanos, levando-se em consideração a utilidade da participação de algumas pessoas com experiência jurídica. §3. Os membros do Comitê serão eleitos e exercerão suas funções a título pessoal.”

⁵⁵² O sentido de deportação, no caso, tem o mesmo sentido de expulsão para o direito brasileiro e deve ser entendida, nas palavras da Suprema Corte dos Estados Unidos como a perda do direito de ter uma residência no

partir desta notícia, sem sucesso, Judge tentou convencer as autoridades canadenses de que somente deveria retornar aos EUA, se houvesse pedido de extradição, pois, na medida em que o Canadá aboliu a pena de morte, a sua entrega ao seu país de origem estaria condicionada à não execução da pena capital.

Não obtendo êxito com medidas judiciais internas, Judge protocolou requerimento no Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, alegando dentre outras violações, a afronta ao artigo 14, parágrafo 5º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1996.

Muito embora a Comissão tenha julgado inadmissível o pedido formulado sob este fundamento, a Comissão submeteu a julgamento duas questões fundamentais, que, conforme respondidas, poderiam levar o caso a julgamento de mérito. As questões postas, resumidamente, foram: (i) se o Canadá aboliu a pena de morte, ele estará violando o direito à vida de Roger Judge deportando-o aos EUA, sem a garantia de que a pena capital não seria executada?; (ii) o Canadá deportou Roger Judge antes que ele pudesse utilizar todos os recursos judiciais cabíveis e existentes no ordenamento jurídico do Canadá com a finalidade de evitar sua deportação, mesmo sabendo que Judge estava sujeito à pena de morte nos EUA. Esta conduta viola os direitos dos artigos 6 e 7 do Pacto?

Ao responder a primeira pergunta, pertinente à obrigação estatal de não fazer, qual seja, de não deportar o estrangeiro que praticou delito em seu território tendo conhecimento de que uma vez deportado este teria sua sentença executada, o Comitê de Direitos Humanos da ONU entendeu, que mesmo não tendo sido o Canadá o país que impôs a pena de morte, para os países que aboliram a pena de morte, existe a obrigação de não expor a pessoa ao risco real de sua aplicação.

Assim, os Estados abolicionistas não podem remover, seja por expulsão ou por extradição, os indivíduos de sua jurisdição se, razoavelmente, tiverem conhecimento de que estas pessoas serão condenadas à morte, sem garantir que a sentença de morte não seja executada. Argumentou o Comitê que os parágrafos 1º e 2º do artigo 6º do Pacto devem ser interpretados de forma abolicionista e restritivamente, de forma que os Estados, que aplicam a pena capital e os que não aplicam, devem ser tratados de forma diferente.

Quanto à segunda pergunta, o Comitê não conseguiu respondê-la de forma adequada, na medida em que os fatos trazidos não eram suficientemente claros para a decisão, mas considerando já ter reconhecido a violação ao direito à vida de Roger Judge, o Comitê reputou não necessária a solução da segunda controvérsia.

país. (ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Fong Haw Tan v. Phelan*, 333 U.S. 6, 10. Washington: Suprema Corte, 1948).

Mesmo diante do reconhecimento da obrigação de não fazer e não cooperar como uma obrigação geral direcionada aos Estados e que prepondera sobre outras obrigações internas e compromissos internacionais, por parte de Cortes Constitucionais de diversos países europeus, pela CEDH e até pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU, a comunidade internacional tem assistido ao dramático desfecho de uma pretensa bem sucedida cooperação entre forças policiais da Austrália e da Indonésia, no caso Bali Nine.

Em 17 de abril de 2005, em Denpasar, Bali, Indonésia, o grupo formado pelos australianos Andrew Chan (“Chan”), Si Yi Chen (“Chen”), Michael Czugaj (“Czugaj”), Renae Lawrence (“Lawrence”), Tach Duc Thanh Nguyen (“Nguyen”), Matthew Norman (“Norman”), Scott Rush (“Rush”), Martin Stephens (“Stephens”) e Myuran Sukumaran (“Sukumaran”), com idade entre 18 e 28 anos, foi preso após tentar traficar para a Austrália 8,3 kg de heroína, estimada, à época, no valor de A\$ 4 milhões de dólares australianos⁵⁵³.

A Polícia Federal australiana tomou conhecimento dos planos criminosos do grupo quando este ainda estava em solo australiano e o manteve sob vigilância. Quando da viagem do grupo para a Indonésia, a Polícia australiana estabeleceu cooperação internacional, prestando todo o tipo de informação como os nomes dos integrantes, os números de seus passaportes e informações relativas às suas ligações ao possível tráfico ilícito de entorpecentes à polícia indonésia. Esta, por sua vez, manteve o grupo sob observação durante aproximadamente uma semana, para ao final do período realizar a prisão em estado de flagrância⁵⁵⁴.

Em 13 de fevereiro de 2006, Lawrence e Rush, e no dia seguinte, Czugaj e Stephens, foram condenados à pena de prisão perpétua. Posteriormente, Norman, Chen e Nguyen também receberam a mesma reprimenda. Chan e Sukumaran, líderes do grupo, foram condenados à morte por fuzilamento. Após o julgamento de diversos recursos das defesas dos acusados e do Ministério Público indonésio, pelas instâncias do Poder Judiciário indonésio, as condenações se tornaram definitivas, sendo para Chan pena de morte, por fuzilamento, Chen, pena de prisão perpétua, Czugaj, pena de prisão perpétua, Lawrence, 20 anos de prisão, Nguyen, pena de prisão perpétua, Norman, pena de prisão perpétua, Rush, 18 anos de prisão, Stephens, pena de prisão perpétua e Sukurman pena de morte, por fuzilamento. Contra a

⁵⁵³ O valor estimado da droga apreendida, segundo a taxa de câmbio vigente em fevereiro de 2012, seria de R\$ 7.321.280,29.

⁵⁵⁴ MASTERS, Chris. *Big fish little fish*. 09 ago.2007. Australian Broadcast Corporation. Four Corners. Disponível em: <<http://www.abc.net.au/4corners/content/2006/s1602113.htm>>. Acesso em 10 set. 2012. Transcrição de entrevista de rádio.

execução da sentença que impôs a pena de morte, Chan e Sukurman⁵⁵⁵ somente contam com um pedido de clemência a ser feito ao presidente indonésio⁵⁵⁶.

Ao longo dos processos judiciais penais, o Governo da Austrália passou a sofrer pressão por parte da sociedade civil, que questionou a legalidade da cooperação estabelecida à luz da proibição da aplicação da pena capital no ordenamento jurídico australiano⁵⁵⁷.

Não obstante a intenção manifesta da Austrália de solucionar a grave situação em que o próprio país colocou seus nacionais, somente restou a via diplomática como solução. Após o início dos julgamentos, o Primeiro Ministro australiano John Howard⁵⁵⁸ foi a público declarar que a Austrália tem uma antiga oposição à pena de morte e é bem sabido que se a pena de morte é imposta a um australiano o Governo requer que a pena de morte não seja aplicada⁵⁵⁹.

Pressupondo, contudo, serem adequadas e justas as penas impostas⁵⁶⁰, nem sempre a diplomacia é suficiente para convencer outros Estados com os quais se coopera de que não devem aplicar o direito segundo seus ordenamentos internos e seus precedentes.

A prova disso é a declaração de pesar do Primeiro Ministro australiano John Howards⁵⁶¹, quando tomou conhecimento da imposição das primeiras sentenças de morte, contra Chan e Sukurman. Disse na oportunidade o Chefe do Governo australiano que somente caberia suplicar a cada jovem australiano para não assumir os mesmos riscos terríveis, desses nove australianos, em especial dos dois que tiveram contra si a pena de morte declarada. Afirmou ainda que, há anos, alerta-se que a Indonésia aplica a pena de morte em casos de

⁵⁵⁵ ALLARD, Tom. Lives transformed in shadow of death. *The Sydney Morning Herald*, Sydney, 23 jan. 2010. Disponível em: <<http://www.smh.com.au/world/lives-transformed-in-shadow-of-death-20100122-mqvn.html#ixzz1PDTvoQkC>>. Acesso em: 10 set. 2012.

⁵⁵⁶ Não se tem notícia de que qualquer dos acusados tenham recorrido a qualquer instância internacional.

⁵⁵⁷ A Austrália, enquanto Commonwealth, aboliu formalmente a pena de morte de seu ordenamento jurídico pelo Death Penalty Abolition Act, de 1973.

⁵⁵⁸ John Howards declarou para a imprensa que a Austrália tem oposição de longa data à pena de morte e é de conhecimento notório que se impõem a pena de morte a um australiano, nós pedimos para que ela não seja imposta. DELANEY, Brigid. Australia's awkward silence over death penalty. *Global Post*, Boston, 06 fev.2010. Disponível em: <<http://www.globalpost.com/dispatch/asia/100124/australia-indonesia-death-penalty?page=0,2>>. Acesso em: 11 set. 2012. Tradução livre.

⁵⁵⁹ Na época do pronunciamento, ainda não haviam sido proferidos nenhum dos veredictos (penas de morte, perpétua e de prisão por 20 anos) em relação aos acusados, todos cidadãos australianos.

⁵⁶⁰ A Austrália ainda criticou a Indonésia pelas penas impostas, pois no seu entendimento elas foram muito mais graves do que as penas impostas ao terrorista indonésio Abu Bakar Bashir, que, em 2002, promoveu atentado a bomba na cidade de Bali, que vitimou mais de 200 pessoas, incluindo 88 australianos.

⁵⁶¹ O Primeiro Ministro John Howard declarou:

Can I just say to every young Australian, please take notice of this. I even beg them not to take the terrible risks that these young people have done - their lives destroyed in the case of two people. I feel desperately sorry for the parents of these people, I do ... but the warnings have been there for decades and how on earth any young Australian can be so stupid as to take the risk is completely beyond me. (AGLIONBY, John. Australians face death for drug smuggling. *The Guardian*, London, 15 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/world/2006/feb/15/australia.indonesia>>. Acesso em: 10 set. 2012).

tráfico, mas mesmo assim, se algum jovem australiano for estúpido a ponto de correr o risco, nada poderia ser feito pelo Primeiro Ministro.

As penas perpétua e de morte ainda são vistas nos ordenamentos jurídicos de vários países, o que não mais ocorre com a pena de banimento. Apesar de não se ter notícias da aplicação da pena de banimento pelos Estados na atualidade, Armstrong⁵⁶² denuncia a imposição disfarçada do banimento, por juízes estaduais norte-americanos em casos de delito como o de vadiagem. Ainda que o banimento não seja política legal, governamental⁵⁶³, nem oficial por qualquer outra forma, há um interesse velado por parte dos estados norte-americanos ter não vadios em seus territórios, já que de um ponto de vista preconceituoso⁵⁶⁴, o vadio potencialmente pode praticar modalidades criminosas mais graves devido à sua condição.

No Estado da Califórnia, um juiz, ao condenar Emery Newbern pelo delito de vadiagem à pena de 180 dias de prisão expressamente afirmou que a execução da pena seria suspensa por cinco dias para oportunizar a fuga do condenado para fora do Estado. Disse o magistrado *this court warns you, however, that you had better get out of this state and stay out*, pois o condenado seria considerado um fugitivo da justiça. Contudo o tribunal jamais iria pedir a extradição do condenado pelo delito em questão não importa onde estivesse e que se alguma vez mais colocasse seus pés no Estado da Califórnia iria cumprir 180 dias de cadeia *just as surely as your name is Emery Newbern*⁵⁶⁵.

Mesmo apelando da decisão, a corte de apelação⁵⁶⁶ manteve a condenação contra Newbern, ponderando que não obstante a política contra o banimento, a sentença estaria tecnicamente impecável, já que a corte de primeira instância não havia imposto o banimento, mas meramente oportunizou uma saída ilegal do Estado.

O caso de Newbern não é isolado. Não obstante o fato da obrigação de sair de vizinhanças⁵⁶⁷, cidades⁵⁶⁸, do condado⁵⁶⁹, do Estado⁵⁷⁰ e do país⁵⁷¹ sejam proscritas, esta tem

⁵⁶² ARMSTRONG, Michael F. Banishment: Cruel and Unusual Punishment. *University of Pennsylvania Law Review*, Pennsylvania, v. 111, n. 6, p. 6, abr. 1963.

⁵⁶³ Há notícias, contudo de que Governadores de Estados norte-americanos tenham inserido o banimento como condição para a concessão de graça. ARMSTRONG, *op. cit.*, p. 5.

⁵⁶⁴ Armstrong pondera que vadios são presos por serem alguma coisa ao invés de fazerem alguma coisa e são condenados a uma condição ao invés de um crime, enquanto que as leis de vadiagem devem ser tidas como preventivas ao invés de punitivas. ARMSTRONG, *op. cit.*, p. 8.

⁵⁶⁵ In re New Bern, 168 Cal. App. 2d 472, 475, 335 P.2d 948, 950 (Dist. Ct. App. 1959).

⁵⁶⁶ Id. at 476, 335 P.2d at 951.

⁵⁶⁷ MICHIGAN. Corte do 48th. Distrito. *People v. Smith*, 252 Mich. 4, 232 N.W. 397. Bloomfield Hills: Probation Officers, 1930.

⁵⁶⁸ Ex parte Scarborough, 76 Cal. App. 2d 648, 173 P.2d 825 (Dist. Ct. App. 1946).

⁵⁶⁹ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Hancock v. Rogers*, 140 Ga. 688, 79 S.E. 558. Washington: Suprema Corte, 1913.

vido utilizada por magistrados de primeira instância como uma condição do livramento condicional⁵⁷².

Ainda que a pena de banimento seja vedada no ordenamento jurídico norte-americano, a imposição do banimento enquanto condição à clemência estatal, ato do Poder Executivo, ou como condição ao livramento condicional não poderiam ser consideradas legais, mesmo que tal banimento não receba o *status* formal de pena.

Reafirmando os fundamentos do voto vencido do Min. Alberto Torres, do Supremo Tribunal Federal brasileiro, quando do julgamento da ordem de *habeas corpus* nº 2437, impetrada em favor de D. Luiz de Orleans e Bragança, ex-Príncipe da Casa Imperial do Brasil, no sentido de que quando a Constituição quis dizer que fica abolida a pena de banimento judicial, não estava a autorizar, por outro lado, que o Poder Executivo estivesse provido do livre poder de banir politicamente pessoas do país, já que não é lícito conceber as penas de galés e de banimento como penas civis ou penalidades disciplinares ou administrativas, bem como as garantias constitucionais relativas à vedação de certas penas são permanentes e destinadas a reger definitivamente e invariavelmente o funcionamento dos poderes públicos e os direitos dos cidadãos.

A irrevogabilidade de certas garantias fundamentais dos indivíduos está, nos dias de hoje, ligada a questões de ameaças terroristas, que podem ou não estar envolvidas em disputas políticas internas. Pouco importando as razões que levam grupos à prática de atos extremos, os governos via de regra reagem à instabilidade política e administrativa criada com a supressão de garantias e com a criação de regimes de exceção.

Já na segunda metade do século XX, a Irlanda do Norte e o Reino Unido passaram por forte turbulência em suas relações internacionais. Motivados por conflitos com forte motivação política, em razão da independência conquistada pela Irlanda em 1922, e religiosa, já que habitam naquele território uma maioria protestante e uma minoria católica.

Os conflitos têm lugar em um período de forte atividade do grupo extremista IRA (Exército Republicano Irlandês), entre 1971 e 1975, com explosões em prédios, ataques a políticos, assassinatos, entre outros. O IRA pretende separar a Irlanda do Norte do Reino Unido, além de não reconhecer o governo da República da Irlanda com legítimo. No pano de fundo religioso, o IRA defende maior igualdade política para a minoria católica, que é dita

⁵⁷⁰ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *People v. Baum*, 251 Mich. 187, 231 N.W. 95. Washington: Suprema Corte, 1930.

⁵⁷¹ ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *People v. Potter*, 1 Parker, Cr. R. 47, 1 Edm. Sel. Cas. 235. New York: Suprema Corte, 1846. Potter recebeu graça do Governador de Nova York sob a condição de ter que deixar o país. Anos depois, descobriram vivendo no Estado da Luisiana e teve sua graça revogada.

⁵⁷² ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte, *op cit*.

simpática ao grupo. Apesar do IRA ter se tornado mundialmente famoso como grupo terrorista, o cenário no Reino Unido naquela época não tinha origem apenas neste grupo, pois havia também intensa atividade terrorista por parte de outros grupos que se opunham aos ideais do IRA.

Segundo dados fornecidos à Corte Européia de Direitos Humanos, até março de 1975, mais de 1.100 pessoas haviam sido mortas, 11.500 pessoas ficaram feridas e mais de 140.000.000 de libras haviam sido causados em danos à propriedade, por pessoas que estavam envolvidos em atos de terrorismo⁵⁷³.

Como reação à escalada da violência, o governo do Reino Unido estabeleceu uma série de normas e procedimentos para permitir a investigação e punição das pessoas que faziam parte do IRA e dos demais grupos que também passaram a promover atentados.

Das diversas medidas adotadas, a detenção para averiguação⁵⁷⁴ por 48, 72 horas, dias ou meses, foi amplamente executada. Quando submetidos às medidas de detenção, algumas pessoas alegaram terem sido vítimas de tratamentos desumanos, degradantes e cruéis por parte dos agentes policiais do Reino Unido.

Dentre as práticas consideradas provadas pela CEDH, como tratamento inumano e degradante, estavam as chamadas de “desorientação” e a “privação de sentidos”, que eram promovidas pela utilização cumulativa ou não de cinco técnicas de interrogatório, a saber: (a) *wall-standing*, que consistia na obrigação de ficar em posições estressantes, especialmente ficar de frente contra uma parede, com as mãos apoiando-se na mesma, mas em altura superior à cabeça, com pernas abertas e os pés para trás, o que os obrigava a jogar o peso do corpo na ponta dos pés; (b) encapuzamento, que consistia na colocação de capuzes cobrindo a cabeça dos detidos durante todo o tempo, exceto quando do interrogatório; (c) submissão a barulho, que consistia no confinamento do detido em um quarto e submissão a barulhos altos e irritantes durante o interrogatório; (d) privação do sono, que consistia na não permissão de que detidos pudessem dormir antes do interrogatório; (e) privação de comida e bebida, consistia na submissão dos detidos a uma dieta rigorosa com restrição de comida e líquidos.

Concluindo o julgamento do caso, a CEDH⁵⁷⁵ afirmou que a obrigação imposta pela Convenção Européia de Direitos Humanos aos Estados de protegerem os direitos de todos os que estiverem em sua jurisdição (art. 1), nacionais ou não: (i) é uma obrigação de fim, qual

⁵⁷³ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Ireland v. United Kingdom. *International Legal Materials*, New York, v. 17, n. 3, p. 682, maio 1978.

⁵⁷⁴ A detenção para averiguação era prática muito difundida pelo regime militar brasileiro, no mesmo período, e se consubstanciava na prisão de uma pessoa para investigar sua eventual participação em crime, sem ordem judicial ou em flagrante delito.

⁵⁷⁵ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, *op. cit.*, p. 711.

seja assegurar o pleno gozo dos direitos contidos na Convenção, podendo se constituir em obrigação de não fazer; (ii) não está limitada ao nível hierárquico do alto escalão dos governos. Estes, além de serem destinatários diretos da obrigação, também devem prevenir e remediar toda e qualquer violação à Convenção por parte de seus subordinados.

A cláusula da Constituição Federal de 88 que veda a existência de certas penas (art. 5º, XLVII) e as demais cláusulas protetivas de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º CF/88)⁵⁷⁶ tem no ordenamento jurídico brasileiro *status* de obrigação legal, auto-executável pelo Poder Público⁵⁷⁷. No entanto, na falta de uma dicção legal mais objetiva, existe a necessidade de delinear os contornos desta obrigação legal, auto-executável no que concerne à obrigação de não fazer e não cooperar.

A partir do estudo dos casos derivados das Cortes Constitucionais, da CEDH e do Comitê de Direitos Humanos são identificados os onze contornos da obrigação de não fazer e não cooperar dos Estados⁵⁷⁸, quando houver a possibilidade de aplicação e execução de penas vedadas:

⁵⁷⁶ Trindade aponta que as normas definidoras de direitos e garantias individuais previstas nos tratados internacionais de direitos humanos tem aplicação imediata (*self-executing*), em especial as que tratam da proibição da aplicação de penas e tratamentos vedados, pois tais normas concedem ao indivíduo um direito claramente definido e exigível ante um juiz, além de serem suficientemente específicas para permitir sua aplicação judicialmente em um caso concreto, afastando a necessidade de um ato legislativo ou medidas administrativas complementares. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Fundamentos jurídicos para a assinatura pelo Brasil do Protocolo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos referentes a abolição da pena de morte. *Revista da Faculdade de Direito*, Rio de Janeiro, n. 2, p.116, 1994.

⁵⁷⁷ Segundo Ingo Sarlet, a obrigação da Administração Pública trilhar o caminho dos direitos fundamentais decorre do “princípio da constitucionalidade imediata da administração, (...) isto é, aplicando-as e interpretando-as em conformidade com os direitos fundamentais.”. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 369-370.

⁵⁷⁸ São complementares à noção de obrigação de não fazer, os conceitos que estão associados ao princípio da legalidade, que segundo Assis Toledo, consiste em real limitação do poder estatal de interferir na esfera de liberdade dos indivíduos, sem que haja lei que autorize (TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.21) e a de finalidade administrativa, que impõe à atuação da Administração Pública, em todos os seus níveis, a obediência ao fim legal da norma. A finalidade administrativa não chegou a ser relacionada dentre os princípios da administração pública, por ser encarada como um aspecto da legalidade. José Afonso da Silva reconhece que a finalidade administrativa de fato é um aspecto da legalidade

“(…) na medida em que o ato administrativo só é válido quando atende o seu fim legal, ou seja, o fim submetido à lei. Logo, o fim está sujeito ao princípio da legalidade, tanto que é sempre vinculado ou seja, a finalidade impõe que o administrador só pratique ato para o seu fim legal’, que a finalidade é inafastável do interesse público, de sorte que o administrador tem que praticar o ato com finalidade pública, sob pena de desvio de finalidade, uma das mais insidiosas modalidades de abuso de poder” (DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito Constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 654).

Ao comentar a Constituição da República Portuguesa J. J. Canotilho afirmou que

“(…) tomando em conta todas essas dimensões, pode afirmar que as entidades públicas estão sob reserva de direitos, liberdades e garantias. As formas de actuação

1. Ser uma obrigação que pode ser derivada tanto do ordenamento constitucional de cada país, quanto dos tratados de direitos humanos que os Estados são parte.
2. Ser uma obrigação que não precisa ser expressamente prevista na ordem legal, sendo uma decorrência das cláusulas que vedam a aplicação e execução das penas vedadas.
3. A essência da obrigação deve estar sempre vinculada à cláusula protetiva mais favorável ao indivíduo concernido, de maneira que o Estado poderá julgar inconstitucional, revogar ou suprimir disposições legais específicas e aplicáveis ao caso concreto, mas que não alcancem totalmente a amplitude da proteção dada pelas vedações constitucional ou convencional da aplicação e execução de certas penas.
4. Por ser obrigação unilateral de cada Estado, não há necessidade que os Estados partícipes da cooperação internacional tenham o mesmo conjunto de cláusulas protetivas de direitos humanos ou que sejam signatários do mesmo tratado ou grupo de tratados que fundamentam o sistema protetivo de direitos humanos de cada Estado partícipe da cooperação.
5. A obrigação é geral, o que implica reconhecer não estar limitada a uma ou a determinadas modalidades de cooperação internacional. De fato, mesmo que não haja estabelecimento de cooperação, o Estado não poderá agir de forma a permitir que outro Estado aplique ou execute penas vedadas a alguém, pois a obrigação atinge a todos os níveis hierárquicos do Estado.
6. A obrigação é negativa, de não fazer e não cooperar, pois o Estado deve ser o responsável por atos próprios que possam expor a pessoa concernida a tratamentos proibidos.
7. A obrigação é irrevogável e irretirável, não podendo ser excepcionada mesmo em casos extremos, como os de terrorismo, estados de sítio, de exceção ou em qualquer outro regime especial criado em razão de atos que não se enquadrem no conceito legal de guerra, quando deverá ser aplicada a disciplina internacional própria.

dessas entidades podem ser extremamente diversas: desde actos normativos típicos (leis, regulamentos) às várias medidas administrativas ou decisões judiciais, passando pelas próprias intervenções fáticas, nenhum acto das entidades públicas é (livre) dos direitos fundamentais”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Edições Almeida, 2008. p. 439)

8. A obrigação de não fazer é preponderante em relação a quaisquer outras obrigações e compromissos internacionais contraídos pelo Estado, mesmo que decorrentes de outros tratados especiais em relação ao tratamento jurídico do caso concreto.
9. A obrigação é destinada a Estados de qualquer forma considerados abolicionistas, mas que pode não subsistir quando se tratar de crimes definidos na lei penal militar, em tempos de guerra, no caso da pena de morte.
10. A obrigação não é direcionada apenas ao Poder Executivo, em todos os seus níveis, mas aos Poderes Legislativo e Judiciário, que não poderão contribuir de forma alguma para a aplicação e execução por parte de outro Estado das penas vedadas.
11. A violação estatal à obrigação de não fazer e não cooperar garante ao indivíduo concernido o uso de todos os meios legais, judiciais ou administrativos, nacionais e internacionais, para ver sanada a transgressão⁵⁷⁹.

Quer pela cogência constitucional das cláusulas protetivas dos direitos humanos, quer pela cogência dos instrumentos internacionais que o Brasil faz parte, quer pela jurisprudência das cortes e comitês internacionais que o Brasil declara submissão à jurisdição, quer pela cogência do costume internacional criado pelas decisões de outras cortes internacionais que o Brasil não faz parte, para o país não há mais possibilidade de retrocesso político-jurídico em relação a esta posição.

Em um passado recente, a própria Suprema Corte brasileira decidiu pela possibilidade de cooperação para aplicação de penas vedadas pela Constituição. Os argumentos utilizados mostraram que os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição são limites internos e não comprometem a atuação internacional do país e, por este motivo, não poderiam constituir novos óbices, além do previsto (comutação da pena de morte) no Estatuto do Estrangeiro.

Por tal motivo, o reconhecimento da existência da obrigação de não fazer e não cooperar acima delimitada auxilia na superação destas dificuldades exegéticas, principalmente quando ausentes limites escritos e bem definidos nas leis e documentos internacionais que

⁵⁷⁹ O reconhecimento do indivíduo concernido como sujeito de direitos e legitimado para buscar medidas coercitivas contra o desrespeito estatal à obrigação de não fazer decorre da própria prática internacional, na medida em que todos os precedentes se originaram de impugnações realizadas por partes afetadas pela transgressão estatal, bem como em razão da superação por parte do STF, por exemplo, do argumento de que atos de cooperação, como a extradição, são entre estados e, por este motivo, o concernido não poderia se opor a eles .

tratam da cooperação internacional, como é o caso da cooperação judicial internacional em matéria penal.

4.3 A obrigação de não cooperar inserida no art. 5º, XLVII da CF/88 como um limitador à assistência mútua internacional em matéria penal

A assistência mútua tem ocupado um importante papel no combate à criminalidade. A possibilidade de adoção de um número maior de medidas de cooperação em relação às formas tradicionais, com mais rapidez, eficiência e menos entraves burocráticos e jurídicos colocam a persecução penal em patamares relevantes para a consecução dos objetivos da comunidade internacional. Eficiência, rapidez e redução de barreiras jurídicas, para a assistência mútua, tornaram-se sinônimo de supressão de garantias fundamentais (materiais e procedimentais) há muito consagradas.

Se, por um lado, a redução do controle estatal sobre os pedidos de cooperação pode ser realçada como um ponto pró-cooperação, por outro, a negativa de reconhecimento de legitimidade à parte concernida traz indesejável nível de descontrole.

Não condiz com os preceitos democráticos adotados pela grande maioria dos países, em especial o Brasil, instituir, com outro país, procedimentos sigilosos que podem ocorrer sempre que possível sem o conhecimento da parte interessada, com possibilidade de não se contar com o envolvimento do Poder Judiciário e com a expressa supressão de jurisdição, caso o concernido entenda por contestar judicialmente as medidas, para ao final servirem a legitimar a aplicação da Lei Penal pelo país requerente em face do concernido.

A diversidade de disposições convencionais e de ordenamentos jurídicos dos países que cooperam, a pluralidade de nomenclaturas e de atores estatais que podem participar da cooperação criam situações em que muitos pedidos não sejam submetidos ao Poder Judiciário brasileiro por virem como cooperação administrativa ou mesmo auxílio direto passivo. Não obstante, mesmo que o Poder Judiciário brasileiro seja envolvido, caberia ao concernido apenas a expectativa da ação *ex officio* do magistrado quanto ao controle de legalidade do pedido.

Enquanto doutrinadores insistem em reafirmar a prevalência das cláusulas de Direitos Humanos em relação aos tratados de assistência mútua e buscar interpretações extensivas às hipóteses de recusa aos pedidos de cooperação, os Estados simplesmente refutam estas

iniciativas sustentando ser a assistência mútua ação entre Estados, não podendo o indivíduo intervir.

O estudo dos tratados de assistência mútua mostrou que só os tratados celebrados com Cuba e México possuem cláusula expressa de negativa de cooperação quando houver a cominação de pena de morte em relação ao delito que motiva o pedido.

Contudo, os referidos tratados são silentes quanto às demais penas vedadas pela Constituição brasileira de 88, ficando para o intérprete, em relação a esses dois tratados e aos demais, a invocação de cláusulas genéricas de recusa, como a ofensa à soberania, à segurança ou interesses fundamentais; à incompatibilidade jurídica do pedido cooperação com o ordenamento nacional; ou mesmo por ofensa aos Direitos Humanos⁵⁸⁰.

Fato é que se estas cláusulas genéricas de recusa, comuns a todo o sistema jurídico brasileiro e às demais formas de cooperação jurídica, fossem adequadamente interpretadas não se observariam posições contraditórias da Corte Suprema brasileira, a exemplo dos casos de extradição relatados.

Considerando que uma vez atendido o pedido, não pode o Brasil ficar refém apenas dos recursos diplomáticos e de política externa, imperando o reconhecimento de uma obrigação firme que supra as carências das redações dos tratados e sirva como referência à ação do Estado brasileiro, quando implementar atos de cooperação, ainda que com características de cooperação administrativa (auxílio direto).

Proteção um pouco melhor é encontrada na Decisão MERCOSUL/CMC/DEC nº 48/10, que cria o mandado MERCOSUL de captura, a qual prevê no seu art. 10, 3, que a Parte emissora do mandado não aplicará à pessoa procurada, em nenhum caso, as penas de morte, de prisão perpétua⁵⁸¹ ou de trabalho forçado. Não obstante, Lessa⁵⁸² aponta que tampouco o Brasil poderá cumprir o mandado de captura caso a Parte emissora aplique penas cruéis ou de banimento, o que demonstra mais uma vez a insuficiência na redação dos documentos internacionais, em comparação com as garantias constitucionais vigentes no país.

⁵⁸⁰ Cervini observa que a premissa da proteção à dignidade da pessoa humana é no sentido de que a ordem jurídica não pode tomar o cidadão como simples meio, não como fim, ou seja, que os atos de cooperação que possam implicar ou aumentar o sofrimento, a miséria a marginalização ou a desigualdade dos afetados, ou auxiliar na instrução de procedimentos que possam culminar com a imposição da pena de morte, prisão perpétua ou de castigos físicos ao réu, penas estas incompatíveis com a ordem constitucional interna e com as convenções internacionais, não poderão ser acolhidos pelo Estado requerido. CERVINI, Raúl; TAVARES, Juarez, *op. cit.*, p. 183.

⁵⁸¹ Nos casos de pena de morte ou de prisão perpétua, o cumprimento do mandado MERCOSUL de captura só será efetivado se a Parte emissora comprometer-se a comutar a pena, aplicando a pena máxima admitida na legislação da Parte executora (art. 10, 3, b).

⁵⁸² LESSA, L. F. V. C. *Persecução penal e cooperação internacional direta pelo Ministério Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2013. p.160.

No item acima, provou-se que o art. 5º, XLVII da CF/88 tem nele inserida a obrigação de não fazer e não cooperar quando houver a possibilidade do país contribuir com a aplicação de penas que são constitucionalmente vedadas, bem como foram apresentadas as onze características que delimitam esta obrigação.

Todas as onze características se aplicam à assistência mútua e fazem da obrigação de não fazer e não cooperar uma cláusula para motivar a recusa ou o condicionamento do atendimento do pedido de cooperação por parte do Brasil.

A primeira, por ser a obrigação derivada dos diversos tratados de Direitos Humanos atualmente vigentes no país e das cláusulas constitucionais de direitos fundamentais previstas na CF/88.

A segunda, pela constatação de que os tratados de assistência mútua não preveem suficientemente a vedação à aplicação de certas penas como motivo de recusa ou condicionamento da cooperação.

A terceira, pela essência da obrigação estar sempre vinculada à cláusula protetiva mais favorável ao indivíduo concernido, o Estado poderá julgar inconstitucional, revogar ou suprimir disposições legais específicas e aplicáveis ao caso concreto, mas que não alcancem totalmente a amplitude da proteção dada pela vedação da aplicação e execução de certas penas. Logo, a falta de disposições específicas ou mesmo conflitantes com a vedação da aplicação e execução de certas penas nos tratados de assistência mútua não representa óbice à incidência da obrigação.

A quarta, por ser a obrigação unilateral, não poderá ser a recusa ou condicionamento do Estado brasileiro obstada pelo Estado requerente.

A quinta, por ser a obrigação geral e comum a todas as formas de cooperação internacional, por lógico a assistência mútua está contemplada.

A sexta, por serem os atos de assistência mútua atos próprios de responsabilidade do Estado, que podem expor a pessoa concernida a ou contribuir para a inflicção de tratamentos proibidos, não pode o Estado brasileiro agir de tal forma, ou seja, de prestar assistência mútua.

A sétima, por não haver possibilidade de revogação e retratação da obrigação, não podendo ser excepcionada mesmo em casos extremos, como os de terrorismo, os estados de sítio e de exceção ou em qualquer outro regime especial criado em razão de atos que não se enquadrem no conceito legal de guerra, mas que sejam contratados em novos tratados.

A oitava, por não poder ser invocada a preponderância de qualquer obrigação contida em qualquer tratado de assistência mútua em relação à obrigação de não fazer e não cooperar.

A nona, pelo fato de o Brasil ser considerado abolicionista, ainda que não totalmente, devendo a obrigação prevalecer em todos os casos, à exceção de quando se tratar de crimes definidos na lei penal militar, em tempos de guerra e no caso da pena de morte.

A décima, pela assistência mútua não envolver apenas o Poder Judiciário, mas o Poder Executivo, em alguns casos de auxílio direto passivo, que não poderão contribuir de forma alguma para a aplicação e execução por parte de outro Estado das penas vedadas.

A décima primeira, por garantir o direito ao acesso à jurisdição no caso de violação estatal à obrigação de não fazer e não cooperar, mesmo havendo vedação expressa em texto de tratado.

Portanto, quando o pedido de assistência mútua, inobstante o grau, versar sobre fatos que possam ensejar a aplicação das penas vedadas pela Constituição Federal brasileira, deverá o mesmo ser adequado mediante promessa de comutação, ou mesmo negado, quando o Estado Requerente não der suficientes garantias de que não irá aplicar ou executar tais penas.

CONCLUSÃO

O crime transnacional é uma realidade do mundo altamente globalizado, que não pode mais ser ignorada ou subestimada pelos Estados. Em razão do alto potencial de organização da atividade criminosa e de sua capacidade de comprometer a estabilidade dos processos globais sejam eles financeiros, comunicativos, culturais, econômicos, dentre outros, as soluções nacionais de combate ao crime já não se mostram tão eficientes.

Mesmo com o aumento da fronteira da legislação penal, por meio da ampliação das hipóteses de extraterritorialidade, a persecução penal por parte dos Estados, individualmente considerados, não atende às finalidades desejadas, pois a disparidade dos sistemas jurídicos, as barreiras legais postas em relação a atos judiciais de outros países e a burocracia diplomática na comunicação minam os esforços empreendidos.

Cientes que a criminalidade transnacional pode afetar, inclusive, a soberania estatal, os Estados encontraram no Direito Penal Internacional um importante instrumento para se contrapor à escalada da criminalidade.

Longe de ser considerado um ramo autônomo do Direito, o DPI se apresenta como uma especialização do Direito Penal, assim como o é o Direito Penal Econômico. Inobstante, o conteúdo do Direito Penal Internacional é mais aberto do que o conteúdo de outras especializações do Direito Penal, por carregar esta característica de ser internacional.

Isto quer dizer que compõe o DPI toda a matéria relacionada à projeção do ordenamento jurídico nacional para fora de suas fronteiras territoriais e jurídicas e vice versa. Em outras palavras, o DPI é formado por dois referenciais complementares, quais sejam a do observador interno e do observador internacional.

A incorporação destes dois referenciais ao DPI tem como decorrência lógica negar a possibilidade de segregação dos mesmos em segmentos diferentes, como é feito por alguns doutrinadores, que imputam o referencial do observador interno ao DPI e o do observador internacional ao Direito Internacional Penal, este como especialização do Direito Internacional, por estar relacionado aos crimes relacionados à violação dos Direitos Humanos.

Afora os motivos dogmáticos expostos no capítulo 1 para se negar a segregação dos dois referenciais, a experiência jurídica internacional demonstra na prática que não existe qualquer funcionalidade na separação. O exemplo mais recente foi o da derrubada do governo da Líbia, chefiado por Muammar Kaddafi, por meio do uso de dois pontos estratégicos: o primeiro foi a provocação do Tribunal Penal Internacional para que, ainda sob o clima do

conflito armado civil, sumariamente fossem apuradas graves violações aos Direitos Humanos que o regime liderado por Kaddafi estaria praticando contra a população e os rebeldes.

O segundo foi o bloqueio dos ativos financeiros do governo líbio efetuado pelos Estados membros da ONU, em atendimento à Resolução 1970/11 do Conselho de Segurança daquela entidade, que afirmou estar o governo de Kaddafi se utilizando recursos públicos para adquirir armamentos e então utilizá-los contra a própria população.

Quer por fundamentos dogmáticos, quer por motivos de ordem prática, o conceito do DPI que atende à complexidade da criminalidade contemporânea é aquele que contemple o binômio criminalização e instituições de repressão. Partindo desta premissa foi apresentado o que pode ser considerado o conteúdo do Direito Penal Internacional, segundo a proposta conceitual de JAPIASSÚ⁵⁸³.

De tudo o que foi apresentado como instrumentos do DPI para combater a criminalidade, foi identificada a cooperação penal internacional como um dos principais instrumentos de que os Estados detém na atualidade.

A cooperação penal internacional é a denominação genérica para designar as espécies de cooperação que os Estados podem empreender bilateral ou multilateralmente, quais sejam a cooperação administrativa internacional penal e a cooperação jurídica internacional penal.

No segundo capítulo foram apresentadas, conceituadas e debatidos os principais aspectos dogmáticos das espécies e suas formas de cooperação (administrativa ou jurídica) que poderiam ser encerradas pelo Estado brasileiro, segundo o ordenamento jurídico vigente no país.

Ao término do capítulo 2, foi possível concluir que a cooperação internacional em matéria penal, por meio de suas espécies e formas, vem sendo aprimorada ao longo da história. Se a principal preocupação que motivava a cooperação era evitar a criação de zonas ou situações de impunidade, hoje esta preocupação vem acompanhada da necessidade de superar antigas tradições jurídicas para permitir maior integração jurídica entre os Estados e maior celeridade nos atos de cooperação, além da preocupação em fazer dela um instrumento de promoção dos direitos humanos.

A análise das espécies e formas de cooperação existentes no ordenamento jurídico brasileiro comprova que o Brasil ainda está atrasado para tornar-se um exemplo para a comunidade internacional, mormente pelo fato de que a ausência de uma lei interna sobre

⁵⁸³ JAPIASSÚ, *op. cit.*, p. 16-17.

cooperação judicial em matéria penal causa a perda de referencial para a prática de atos internacionais, levando a coexistência de disposições casuísticas e pouco uniformes.

No plano jurisprudencial, constatou-se certa dificuldade no enfrentamento de casos que envolvem certas formas e suas modalidades de cooperação, até mesmo, por falta de uma construção conceitual por parte da doutrina que possa dar suporte aos julgadores.

A maior integração do Brasil na comunidade internacional trouxe para o ordenamento jurídico pátrio modelos internacionais já consagrados, mas ainda pouco debatidos pela nossa comunidade jurídica.

Por este motivo o capítulo 3 se dedicou à forma de cooperação jurídica que vem crescendo muito no país e que deverá desempenhar um importante papel na maior integração do sistema judiciário brasileiro com os demais do mundo, a assistência mútua internacional em matéria penal.

Em um primeiro momento buscou-se superar as dificuldades existentes em conceituar e delimitar o instituto da assistência mútua, bem com suas modalidades (cooperação judicial e auxílio direto), considerando a falta de uma lei de cooperação nacional que a defina e a diversidade de nomenclaturas atribuídas a ela pelos tratados e pela doutrina. Além de uma definição, foi proposta uma classificação das formas de cooperação jurídica segundo a definição adotada.

No segundo momento, foram analisadas as medidas de assistência que poderiam ser empreendidas pelos Estados, bem como os princípios que informam a assistência mútua, para concluir que existem algumas garantias previstas nos tratados, ainda que não adequadamente efetivadas pelos Estados, mas que não protegem suficientemente a parte concernida, principalmente por estarem indevidamente associadas à burocracia e às formalidades que pretendem eliminar.

A remoção de formalidades e burocracias em prol da eficiência do ato de cooperação tem trazido constante preocupação com o respeito às garantias da parte concernida.

Foi constatado indício de retrocesso de direitos camuflado pela finalidade maior de combater o crime. Embora sendo o destinatário final de tudo o que será produzido por meio da assistência mútua, o indivíduo vem sendo sistematicamente alijado dos atos de cooperação que se apresentam como clandestinos, blindados contra impugnações e acessíveis somente a algumas partes do processo e não a todas.

Mesmo sem precisar aprofundar em questões processuais, a constatação do retrocesso é importante para concluir que este movimento se suporta em conceitos antigos, que há muito foram superados até pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, como é o caso da alegação de

que garantias não devem ser reconhecidas aos indivíduos afetados por alguma das formas de cooperação jurídica, por se tratarem de atos exclusivos de Estados. O STF, ao contrário, já afirmou ser o extraditando sujeito de direitos para a ponto de lhe ser reconhecido o *status* de parte nos pedidos extradicionais.

Com a ampliação das formas e modalidades de cooperação, foi afastada acertadamente ou equivocadamente, a obrigatória intervenção do Poder Judiciário em relação a todos os atos de cooperação internacional.

Esta não intervenção obrigatória do Poder Judiciário, associada a postura de certos Estados em retroceder em relação a direitos e garantias há muito solidificadas nos ordenamentos nacionais e nos tratados de Direitos Humanos, traz verdadeiro risco de que Estados cooperem entre si, neste caso específico o Brasil, de forma a permitir a aplicação de penas que são vedadas pelo ordenamento constitucional (art. 5º, XLVII da CF/88).

Nem se diga que as cláusulas de direitos fundamentais da Constituição Federal brasileira possuem autoexecutoriedade ou servem de limitadores automáticos à ação estatal a ponto de tornar exagerada a preocupação manifestada, na medida em que até 2003, ou seja, 15 anos após a promulgação da CF/88 ainda eram observadas na Corte Suprema brasileira opiniões dissentes sobre a possibilidade de o país cooperar com outro a ponto de permitir o cumprimento de pena perpétua.

Se opiniões desta natureza emanaram da última instância do Poder Judiciário brasileiro, mesmo com a plena vigência da atual Carta Magna, não se poderia exigir posições diferentes de outros partícipes da cooperação.

Por este motivo, fez-se necessário identificar a existência de uma obrigação de não fazer e não cooperar da qual o Estado brasileiro é destinatário, que a impede de agir sempre que houver a possibilidade de aplicação das penas constitucionalmente vedadas.

A ordem de não fazer e não cooperar abrange atos internos e internacionais que estejam relacionados atos de cooperação penal internacional e outros atos que, mesmo não podendo ser classificados como atos de cooperação, apresentam-se dentro de uma relação entre dois Estados, a exemplo das medidas que podem ser implementadas contra estrangeiros como a deportação e a expulsão.

Os limites e características da obrigação são formados por onze aspectos, que estão relacionados aos direitos e garantias reconhecidos pelo ordenamento constitucional brasileiro, pelos Tribunais Internacionais e pelo costume internacional.

Uma vez revelada a obrigação, passou-se a avaliar os casos em que esta poderia ser invocada para obstar um ato de assistência mútua pelo Brasil. A conclusão foi de que a

obrigação de não fazer e não cooperar por parte do Brasil com a aplicação das penas constitucionalmente vedadas é absoluta e não admite exceções, nem mesmo para a prática de simples atos de notificação, transmissão de registros e documentos oficiais, ainda que acessíveis ao público.

Ofende a consciência jurídica nacional a ideia de que o Brasil contribuiu, ainda que minimamente, para permitir a aplicação de penas que jamais poderiam ser cogitadas em território nacional.

Por este motivo, concluiu-se o presente trabalho com a invocação da boa e velha obrigação de comutação como condicionante irrevogável e irretratável para o atendimento de pedidos de assistência mútua por qualquer Poder da República que eventualmente seja instado a cooperar.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

AGLIONBY, John. Australians face death for drug smuggling. *The Guardian*, London, fev. 2006. Disponível em: <http://www.guardian.co.uk/world/2006/feb/15/australia_indonesia>. Acesso em: 10 set.2012.

AKANDE, Dapo. International Law Immunities and the International Criminal Court. *The American Journal of International Law*, New York, v. 98, n. 3, jul. 2004.

ALLARD, Tom. Lives transformed in shadow of death. *The Sydney Morning Herald*, Sydney, Sydney, p.1, 23 jan. 2010. Disponível em: <<http://www.smh.com.au/world/lives-transformed-in-shadow-of-death-20100122-mqvn.html#ixzz1PDTvoQkC>>. Acesso em: 10 set. 2012.

ALTO COMISSARIADO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS. *Protocolo de Istambul*. Genebra: Unites Nations Publications, 1999.

ANISTIA INTERNACIONAL. *China: execution of chinese official may take place within days*. ASA 17/100/95. [S.l: s.n.], 1995. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/library/asset/ASA17/100/1995/en/0fdd0368-cf94-424c-ba7e-afbd8c7a033c/asa171001995en.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2013.

_____. *Chinese national facing extradition*. AMR 46/003/2010. [S.l: s.n.], 2010. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR46/003/2010/en/906c71fa-3efc-479d-8075-a2a6695c5b3b/amr460032010en.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2013.

_____. *Death penalty / Legal concern. People's Republic of China*. ASA 17/59/95. [S.l: s.n.], 1995. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/library/asset/ASA17/059/1995/en/b16594d2-3d57-4657-84cc-9d7aa3756af6/asa170591995en.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2013.

AQUINO, Wilson. Os senhores das armas. *Isto É*, São Paulo, n. 2143, 03 dez. 2010. Disponível em: <http://www.istoe.com.br/reportagens/113928_OS+SENHORES+DAS+ARMAS>. Acesso em: 14 fev. 2013.

ARAUJO, Nádia de. A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do estado brasileiro no plano interno e internacional. In: BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal*. 2. ed. Brasília : Ministério da Justiça, 2012. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 29 jan. 2013.

ARAUJO, Nádia; BASTOS, Caputo. A Convenção Interamericana de Cartas Rogatórias e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Renovar*, São Paulo, v. 21, set./dez. 2001.

ARAUJO, Nadia de (coord). *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça: comentários à Resolução nº 09/2005*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

ARAUJO JR, João Marcello de. Cooperação internacional na luta contra o crime: transferência de condenados. Execução de sentença penal estrangeira. Novo conceito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 3, n. 10, abr./jun. 1995.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARGANDOÑA, Antonio. The United Nations Convention against Corruption and Its Impact on International Companies. *Journal of Business Ethics*, New York, v. 74, n. 4, set. 2007. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/25075484>>. Acesso em: 31.01.2013.

ARMSTRONG, Michael F. *Banishment: Cruel and Unusual Punishment*. *University of Pennsylvania Law Review*, Pennsylvania, v. 111, n. 6, abr. 1963.

ARZT, Donna E. Views on the Ground: The Local Perception of International Criminal Tribunals in the Former Yugoslavia and Sierra Leone. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Thousand Oaks, v. 603, jan. 2006.

AYDIN, Yavuz. *The European Court of Human Rights approaches to the prohibition of Torture, inhuman and degrading treatment or punishments*. [S.l: s.n], 2013. Disponível em: <http://www.justice.gov.tr/e-journal/pdf/Prohibition_Torture.pdf>. Acesso em 15 abr. 2013.

BALDWIN, Simeon E. The Proposed Trial of the Former Kaiser. *The Yale Law Journal*, Yale, v. 29, n. 1, nov. 1919.

BARNETT, Michael; COLEMAN, Liv. Designing Police: Interpol and the Study of Change in International Organizations. *International Studies Quarterly*, Malden, MA, v. 49, n. 4, dez. 2005.

BARREIROS, José António. As instituições criminais em Portugal no século XIX: subsídios para a sua história. *Análise Social: Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 16, n. 63, 1980.

BASSIOUNI, M. Cherif. *Introduction to international criminal law*. New York: Transnational Publishers, 2003.

BASSIOUNI, M. Cherif. *The Chicago Principles on Post-Conflict Justice*. Chicago: International Human Rights Law Institute, 2007.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979.
BENEDETTI, Fanny; WASHBURN, John L. Drafting the International Criminal Court Treaty: Two Years to Rome and an Afterword on the Rome Diplomatic Conference. *Global Governance*, Boulder, v. 5, n. 1, jan./mar. 1999.

BERNARDES, Ernesto. A verdadeira economia clandestina. *Veja*, São Paulo, v.29, n.41, 9 out. 1996.

BETANHO, Luiz Carlos; Zilli, Marcos. Título VI – Das medidas de segurança. Arts. 96 a 99. FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui (coord). *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BEVILAQUA, Clovis. *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*. 3. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1938. p. 447, § 69, item VI.

BIANCHI, Andrea. Venezia v. Ministero di Grazia E Giustizia. Judgment No. 223.79. *American Society of International Law*, Washington, v. 91, n. 4, out. 1997.

BICUDO, Tatiana Viggiani. A globalização e as transformações no Direito Penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 6, n. 23, jul./set. 1998.

BITTENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal Parte Geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

GARNER, Bryan (ed.). *Black's law dictionary*. 9. ed.

BONAVIDES, Paulo. A inconstitucionalidade da pena de morte. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, Rio de Janeiro, n. 3, v. 6, 1992.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. *Quando o barato sai caro*. O Brasil contra a Pirataria. Brasília: Conselho Nacional de Combate à Pirataria e Delitos contra a Propriedade Intelectual, 2005.

BOWCOTT, Owen. UN to examine UK and US drone strikes. *The Guardian*, London, 24 jan. 2013. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/world/2013/jan/24/un-examine-uk-afghanistan-drone-strikes>>. Acesso em: 26 jan. 2013.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 24 de fevereiro de 1891. Rio de Janeiro: República Federativa, 1891.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*, de 18 de setembro de 1946. Rio de Janeiro: República Federativa, 1946.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824*. Rio de Janeiro: Império, 1824.

BRASIL. Império do Brasil. *Lei de 11 de setembro de 1826*. Manda que as sentenças de pena de morte não se executem, sem que primeiramente sejam presentes ao poder Moderador. [Rio de Janeiro]: Coleção de Leis do Império do Brasil, 1826. p. 11. v. 1. pt. I.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar as organizações criminosas do tráfico de armas*. Relator

Deputado Paulo Pimenta, nov. 2006. p. 56. Disponível em: <http://www.comunidadessegura.org/files/active/0/relatorio_final_CPI_armas.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2013.

_____. *Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a “investigar o tráfico ilegal de animais e plantas silvestres da fauna e da flora brasileiras”* – CPITRAFI. Relator Deputado Sarney Filho, jan. 2003. Disponível em: <<http://www.sarneyfilho.com.br/site/index.php/pronunciamentos/palestras/item/45011-cpitraf-tr%C3%A1fico-de-animais-e-plantas-silvestres?tmpl=component&print=1>>. Acesso em: 14 fev.2013.

BRASIL.Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. *Relatório Final de Execução do Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas*. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2010.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: matéria penal*. Brasília: Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, 2008.

BRASIL. Ministério Público Federal. Disponível: <<http://ascji.pgr.mpf.gov.br/atuacao-da-ccji/autoridade-central>>. Acesso em: 10 maio 2013

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à verdade e à memória: Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas. *Relatório brasileiro sobre drogas*. Brasília: SENAD, 2009.

BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos: matéria civil*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação n. 633. *Diário de Justiça*, Brasília, 06 abr. 2001.

_____. Extradicação n. 232. *Diário de Justiça*, Brasília, 09 out. 1961.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal . *Sentença Estrangeira nº 5705*. Brasília: STF, 17 mar. 1998. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso: 20 jul. 2012.

_____. Extradicação n. 633. *Diário de Justiça*, Brasília, 06 abr. 2001.

_____. Extradicação n. 837. *Diário de Justiça*, Brasília, 11 out. 2002.

_____. Extradicação n. 1201. *Diário de Justiça*, Brasília, 15 mar. 2011.

_____. Extradicação n. 1176. *Diário de Justiça*, Brasília, 01 mar. 2011.

_____. Extradicação n. 744. *Diário de Justiça*, Brasília, 19 jun. 2000.

_____. *Revista Trimestral de Justiça*, Brasília, v. 83, t. 3, 1978.

_____. *Revista Trimestral de Justiça*, Brasília, v. 43, t. 1, 1968.

_____. *Revista Trimestral de Justiça*, Brasília, v. 24, t. 1, 1963.

_____. Extradicação n. 429. *Diário de Justiça*, Brasília, 11 out. 1985.

BRITTO, Carlos Augusto Ayres de Freitas. Inconstitucionalidade do plebiscito sobre a pena de morte. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 25, n. 100, 1991.

BUENO ARUS, Francisco. Extradicción y pena de muerte en el ordenamento jurídico español. *Anuário de derecho penal y ciências penales*, Madrid, v. 34, n. 2/2, maio/dez. 1981.

CAHALI, Yussef Said. *Estatuto do Estrangeiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CÂMARA LEAL, Antônio Luiz da. *Comentários ao Código de Processo Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943. v. 4

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almeida, 2003.

CASSESE, Antonio. Reflections on International Criminal Justice. *The Modern Law Review*, London, v. 61, n. 1, jan. 1998.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Cooperação internacional na Execução da pena. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 71, p. 233-249, mar./abr. 2008.

CERVINI, Raul; TAVARES, Juarez. *Princípios da cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CERVINI, Raul; TERRA, William; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais: comentários à lei n. 9. 613/98*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

CHAMBERLAIN, Joseph P. Forced Labor. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Thousand Oaks, v. 166, mar. 1933.

CHUANG, Janie. Beyond a Snapshot: Preventing Human Trafficking in the Global Economy. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Indiana, v. 13, n. 1, inverno 2006.

CIRENZA, Cristina de Freitas; NUNES, Clayton Alfredo. Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes e convenção interamericana para prevenir e punir a tortura. In: SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Grupo de trabalho dos direitos humanos. *Direitos humanos: construção da liberdade e da igualdade*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2008.

COEN, Paulo Cipriano. *Cosmopolitismo, Democracia e Tribunal Penal Internacional: Reflexos no Ordenamento Constitucional Brasileiro*. Curitiba: UniBrasill, 2010.

COMYNS-CARR, A. S. Relations The Tokyo War Crimes Trial. *Far Eastern Survey*, Ann Arbor, v. 18, n. 10, maio 1949.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DAS INDÚSTRIAS (Brasil). *Pirataria de software no Brasil*. Disponível em: <http://www.tirio.org.br/media/Relatorio_sobre_Pirataria_CNI-ABES.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2013.

CONFORTI, Benedetto. *Diritto Internazionale*. 4. ed. Napoli: Libreria Universitaria, 1992.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Ireland v. United Kingdom. *International Legal Materials*, New York, v. 17, n. 3, maio 1978.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983. Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención americana sobre derechos humanos). [S.l]: Corte Interamericana, 1983.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran* (Estados Unidos da América vs. Iran. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/docket/files/64/6291.pdf>> . Acesso em: 21 jan. 2013.

_____. *Arrest Warrant of 11 April 2000 (República Democrática do Congo vs Bélgica)*. Disponível em: < <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&case=121&p3=4>> .Acesso em: 21 jan. 2013.

CRETELLA NETO, José. *Curso de Direito Internacional Penal*. Ijuí: Editora Unijuí, 2008.

CYNTRA JÚNIOR. Dyrceu Aguiar Dias. A pena de morte e a consciência jurídica internacional: proposta de plebiscito no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 1, v. 1, 1993.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito Constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DEFLEM, Mathieu. Global Rule of Law or Global Rule of Law Enforcement? International Police Cooperation and Counterterrorism. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Filadélfia, v. 603, jan. 2006.

DELANEY, Brigid. Australia's awkward silence over death penalty. *Global Post*, Boston, 06 fev.2010. Disponível em: <<http://www.globalpost.com/dispatch/asia/100124/australia-indonesia-death-penalty?page=0,2>> . Acesso em: 11 set. 2012.

DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal Comentado*. 6. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2.

_____. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 3.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Hancock v. Rogers*, 140 Ga. 688, 79 S.E. 558. Washington: Suprema Corte, 1913.

_____. *People v. Baum*, 251 Mich. 187, 231 N.W. 95. Washington: Suprema Corte, 1930.

_____. *People v. Potter*, 1 Parker, Cr. R. 47, 1 Edm. Sel. Cas. 235. New York: Suprema Corte, 1846.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Judgment in Ireland v. United Kingdom (Inhumane and Degrading Treatment and Torture, *American Society of International Law*, Washington, v. 17, n. 3, maio 1978

FALÁCIO, Everton de Almeida. Aspectos historiográficos e jurisprudenciais da pena de morte. *Revista Jurídica da Unisul*, Tubarão, v. 3, 5/6, ago./jun. 2001/2002.

FARMER, Lindsay. Time and Space in Criminal Law. *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, California, v. 13, n. 2, p. 335, primavera 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FINANCIAL Action Task Force. Groupé d' action financière. *Laundering the Proceeds of Corruption*. Paris: FATF/OECD, jul. 2011. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Laundering%20the%20Proceeds%20of%20Corruption.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

FINK, Henry Raymond. *Crimes and Punishment Under Ancient Hindu Law*. 1 Law Magazine & Rev. 4th ser., 1875.

FURTADO, Márcio Medeiros. Algumas Consignações Acerca do Tribunal Penal Internacional: origem, fundamento, características, competência, controvérsias e objetivos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 783, p. 469-503.

GARCIA, Aílton Stropa. A falência da execução penal e a instituição da pena de morte no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 48-67, 1993.

GARCIA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Introducción al Derecho Penal*. 4 ed. Madrid: Editorial Universitária Ramón Aceres, 2006.

GARVEY, Stephen P. Freeing Prisoners' Labor. *Stanford Law Review*, Stanford, v. 50, n. 2, jan. 1998.

GIBBS, Nancy. Why? the Killing Fields of Rwanda. *Revista Time*, New York, 16 maio 1994. Disponível em: <<http://www.time.com/time/magazine/0,9263,7601940516,00.html>>. Acesso em: 17 jan. 2013.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e para a crítica do discurso de resistência*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2005.

GREEN, L. C. International Crimes and the Legal Process. *The International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, v. 29, n. 4, p. 570, out. 1980.

GRIESSEMER, Tom O. An International Police Force. *World Affairs*, v. 105, n. 4, p. 266, dez. 1942.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos Estrangeiros no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

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

HALLIDAY, Terence C.; PAVEL, Osinsky. Globalization of Law. *Annual Review of Sociology*, Palo Alto, CA, v. 32, 2006.

HARVARD UNIVERSITY. Developments in the law: international criminal law. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 114, n. 7, maio 2001.

HELD, David; MACGREW, Anthony. *Prós e contras da globalização*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

HOSNI MUBARAK: prisão perpétua após 30 anos de mão de ferro. *Terra Notícias*, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/mundo/africa/hosni-mubarak-prisao-perpetua-apos-30-anos-de-mao-de-ferro,0d69942c647da310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>>. Acesso em 10 jan. 2013.

HUNGRIA, Nelson. *A pena de morte no Brasil* in Pena de morte. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1967. v. 3.

IKAWA, Daniela Ribeiro. *Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis desumanos ou degradantes*. In: ALMEIDA, Guilherme Assis de; PERRONE-MOISÉS, Cláudia. *Direito internacional dos direitos humanos: instrumentos básicos*. São Paulo, Atlas, 2002.

IKEDA, Ana. Crimes cibernéticos atingem diariamente 77 mil brasileiros; prejuízo anual é de R\$ 104 bi. UOL, São Paulo, 20 set. 2011. Disponível em: <<http://tecnologia.uol.com.br/ultimas-noticias/redacao/2011/09/20/crimes-ciberneticos-atingem-77-mil-brasileiros-diariamente-prejuizo-e-de-r-104-bilhoes.jhtm>>. Acesso em: 14 fev. 2013.

INALCIK, Halil. Ottoman Methods of Conquest. *Studia Islamica*, Paris, n. 2, p 122-125, 1954.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Gaddafi used his absolute authority to commit crimes in Libya*. Disponível em: <<http://www2.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/icc0111/press%20releases/pr667>>. Acesso em 10 jan. 2013.

JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional: A Internacionalização do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

_____. *O Direito Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Del Rey, 2009.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 8. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KAUL, Hans-Peter. Construction Site for More Justice: The International Criminal Court after Two Years. *The American Journal of International Law*, New York, v. 99, n. 2, abr. 2005.

KEDAR, Benjamin Z. Expulsion as an Issue of World. *Journal of World History*, Hawaii, v. 7, n. 2, fall 1996.

LAKE, David A.; ROTHCHILD, Donald. Ethnic Fears and Global Engagement. In: LAKE, David A. *et al.* (eds.). *The International Spread of Ethnic Conflict*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 1998.

LAWRENCE, Justice. The Nuremberg Trial. *Journal of International Affairs*, New York, v. 23, n. 2, abr. 1947.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOULA, Maria Rosa Guimarães. *Auxílio Direto: Novo Instrumento de Cooperação Jurídica Internacional Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LUSA. Abolida a pena de morte no Illinois. *Diário de Notícias*, Lisboa, 09 mar.2011. Disponível em: <http://www.dn.pt/inicio/globo/interior.aspx?content_id=1802113&seccao=EUA%20e%20Am%E9ricas>. Acesso em: 15 mar. 2013.

MACHADO, Maíra Rocha. Cooperação penail internacional no Brasil: as cartas rogatórias passivas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 53, p. 99, mar./abr. 2005

MALHEIROS, Antônio Carlos. *Pena de morte: uma pena*. Revista do Advogado, São Paulo, n. 35, 1991.

MARQUES, Oswaldo Duek. *Fundamentos da pena*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

MARTENS, F. F. *Tratado de Derecho Penal Internacional*. Madrid: la españa moderna, 1905. t. III.

MARTINS, Teresa Alves; ROMA, Mónica Quintas. Cooperação internacional no processo penal: relatório português ao Congresso Internacional de Direito Processual. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 5, n. 3/4, p.445-486, jul./dez. 1995.

MASTERS, Chris. *Big fish little fish*. 09 ago.2007. Australian Broadcast Corporation. Four Corners. Disponível em: <<http://www.abc.net.au/4corners/content/2006/s1602113.htm>>. Acesso em 10 set. 2012. Transcrição de entrevista de radio.

MAZZITELLI, Antonio; PÉREZ, Carlos Andrés. *El Tráfico Ilícito de Migrantes: la perspectiva y labor de UNODC*. Viena: United Nations Publications, 2011. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/southerncone/noticias/2011/09-setembro/UNODC_Trafico_Illicito_de_Migrantes.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2013.

MEERNIK, James. Victor's Justice or the Law?: Judging and Punishing at the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia. *The Journal of Conflict Resolution*, Thousand Oaks, CA, v. 47, n. 2, abr. 2003.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2002. v. I.

_____. *Curso de Direito Internacional Público*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2002. v. II.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Maximo. *Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Revan: Rio de Janeiro, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MICHIGAN. Corte do 48th. Distrito. *People v. Smith*, 252 Mich. 4, 232 N.W. 397. Bloomfield Hills: Probation Officers, 1930

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. tomo III.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. *Manual de Direito Penal*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIOTTO, Armida Bergamini. Presos estrangeiros: Preocupação da ONU. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 22, n. 86, abr./jun. 1985.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Benjamin. A evolução do pensamento anglo-americano sobre a pena de morte. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 6, jul./set. 1964.

-MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MORUS, Thomas. *A Utopia*. São Paulo: Abril Cultural, 1972.

MOTA, José Aroudo. A riqueza dos corredores ecológicos. *Revista de Informações e debates do IPEA*, Brasília, n. 9, 1 abr. 2005. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=746:catid=28&Itemid=23>. Acesso em: 14 fev.2013.

MOURA, Joana Chaves Álvares de. *Reflexões sobre o instituto da prisão perpétua*. 2012. 50f. Dissertação (Mestrado Forense) - Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, 2012.

MÜLLER, Rudolf. History of the origin of the red cross and of the Geneva convention. *World Affairs Journals*, Washington, v. 59, n. 4, abr. 1897.

MUBARAK se soma à lista de ex-líderes condenados. *Exame*, São Paulo, 2013. Disponível em:<<http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/mubarak-se-soma-a-lista-de-ex-lideres-condenados>>. Acesso em: 10 jan.2013.

OBOOKATA, Tom. Trafficking of Human Beings as a Crime against Humanity: Some Implications for the International Legal System. *The International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge, v. 54, n. 2, p. 447, abr. 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 6. ed. rev. atual. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

OPERA MUNDI. Anistia Internacional critica tortura e violência policial no Brasil. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/22023/anistia+internacional+critica+tortura+e+violencia+policial+no+brasil.shtml>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas. *Protocolo de Istambul*. Genebra: Unites Nations Publication, 1999.

OTAN. *An introduction to the transatlantic Alliance*. Bruxelas: Public Diplomatic Division, 2012. Disponível em: <http://www.nato.int/welcome/brochure_WhatIsNATO_en.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2013.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PEREIRA, Cláudio José. Globalização, Democracia e Crime. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier-Latin, 2006.

PEREIRA, Júlio. A pena de morte na República Popular da China. *Revista do Ministério Público de Lisboa*, Lisboa, v. 25, n. 99, [s.d].

PEREIRA, Marcela Harumi Takashi. *Sentença Estrangeira: efeitos independentes da homologação*. Belo Horizonte, Del Rey: 2010.

PEREIRA NETO, Pedro Barbosa. Cooperação penal internacional nos delitos econômicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 54, maio/jun. 2005.

- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.
- PRADE, Péricles. Limitação constitucional das penas cruéis. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, v. 4, n. 16, jul./set. 1996.
- ROCHA, José de Moura. *Enciclopedia saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. Globalização, Democracia e Crime. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier-Latin, 2006.
- RUDOLPH, Christopher. Constructing an Atrocities Regime: The Politics of War Crimes Tribunals. *The MIT Press Journal*, Cambridge, v. 55, n. 3, verão 2001.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. Ed. Revan: Rio de Janeiro, 2004.
- RUSSOMANO, Gilda Maciel Correa Meyer. *A extradição no direito internacional e no direito brasileiro*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: José Konfino Ed., 1973.
- RUSSOMANO, Rosah. Lições de direito constitucional. Rio de Janeiro: J. Konfino, 1968.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma Teoria dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SCHABAS, William A. *The abolition of the death penalty in international law*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University, 1997.
- _____. *The UN international Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- _____. The Relationship between Truth Commissions and International Courts: The Case of Sierra Leone. *Human Rights Quarterly*, v. 25, n. 4, nov. 2003.
- SECCO, Alexandre. O poder dos barões do tráfico. *Veja*, São Paulo, 08 dez. 1999. Disponível em: < <http://veja.abril.com.br/idade/educacao/pesquise/drogas/1627.html>>. Acesso em: 26 jan. 2013.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. A abolição da pena de morte no Brasil. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 18, n. 214, set. 2010.
- SHECARIA, Sérgio Salomão; CORRÊA JUNIOR, Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SUSHEK, Adriana; VIETA, Carina. *Corte Penal Internacional*. Buenos Aires: Biblioteca del Congreso de la Nación, 2003.

SILVA FRANCO, Alberto. Globalização e criminalidade dos poderosos. In: PODVAL, Roberto (org.). *Globalização e criminalidade dos poderosos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Título I: Da aplicação da lei penal: Arts. 1.º a 40. In: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui Stoco (coord.). *Código Penal e sua interpretação: doutrina e jurisprudência*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos de política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TENÓRIO, Oscar. Efeitos da sentença penal estrangeira no Brasil. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado da Guanabara*, Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, 1962.

THE FREE DICTIONARY. Disponível em: <<http://www.thefreedictionary.com/inhuman+treatment>>. Acesso em 10 abr. 2013.

TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TIEDMAN, Klaus. *Manual de Derecho penal econômico. Parte general y especial*. Valência: Tirant lo Blanch, 2010.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Fundamentos jurídicos para a assinatura pelo Brasil do Protocolo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos referentes a abolição da pena de morte. *Revista da Faculdade de Direito*, Rio de Janeiro, n. 2, 1994.

UNIÃO EUROPÉIA. *Judicial Cooperation in the EU: the role of Eurojust*. Londres: The Stationery Office Limited, 2004.

_____. Protocolo n.º 13 da Convenção Européia dos Direitos do Homem e as Diretrizes da UE sobre a pena de morte. Disponível em: <<http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cmsUpload/10015.pt08.pdf>>. Acesso em 15 mar. 2013.

_____. *Tratado de Maastricht sobre a União Européia*. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_maastricht_pt.htm>. Acesso em: 14 jan. 2013.

UNODC. *The globalization of crime a transnational organized crime threat assessment*. Disponível em: <http://www.unodc.org/documents/southerncone//noticias/2010/06/TOCTA_Report_2010_low_res.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2013.

_____. *World Drug Report 2012*. Viena: United Nations publication, 2012.

VAN SANDICK, Leonard H.W. The Netherlands: opinion of the advocaat—generaal and Supreme Court decision in the netherlands v. short (european convention on human rights;

nato status of forces agreement; netherlands—u.s. extradition treaty). *International Legal Materials*, New York, v. 29, n. 6, p. 1385-1386, nov. 1990.

VIADA, Natacha G. *Derecho penal y globalización: cooperación penal internacional*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

WANDERLEY JUNIOR, Bruno. A cooperação internacional como instrumento de combate ao terrorismo. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *Terrorismo e direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: perspectivas político-jurídicas*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WIGGLESWORTH, Gillian. The End of Impunity? Lessons from Sierra Leone. *International Affairs Journal*, New York, v. 84, n 4, jul. 2008.

WRIGHT, Quincy. The Legal Liability of the Kaiser. *The American Political Science Review*, Washington, DC, v. 13, n. 1, fev. 1919.