



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



ANDRÉ CARNEIRO LEÃO

**A TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL DE PESSOAS CONDENADAS
COMO DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CASO BRASILEIRO**

Dissertação de Mestrado

Recife
2013

ANDRÉ CARNEIRO LEÃO

**A TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL DE PESSOAS CONDENADAS
COMO DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CASO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Área de Concentração: Direito Penal
Linha de pesquisa: Teoria da Antijuridicidade e
Retórica da Proteção Penal dos Bens Jurídicos

Orientadora: Profa. Dra. Margarida Cantarelli

Recife
2013

Catálogo na fonte
Bibliotecária Eliane Ferreira Ribas CRB/4-832

L437t

Leão, André Carneiro

A transferência internacional de pessoas condenadas como decorrência do princípio da dignidade humana: uma análise a partir do caso brasileiro / André Carneiro Leão. – Recife: O Autor, 2013.
228 folhas.

Orientador: Margarida Cantarelli.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2013.

Inclui bibliografia.

1. Preso - Transferência internacional - Tratado. 2. Cooperação internacional - Direito penal. 3. [Crime organizado](#). 4. Tribunal penal internacional. 5. Eficiência. 6. Direitos humanos - Garantia. 7. Soberania do Estado. 8. Direito internacional. 9. Dignidade humana - Recluso não nacional. 10. Dignidade. 11. Direito processual penal internacional. 12. Tratamento de preso. 13. Direitos humanos (direito internacional público). 14. Expulsão de estrangeiro. 15. Brasil. Ministério da Justiça. 16. Brasil - Tratados bilaterais - Transferência. 17. Estrangeiro (direito internacional público). I. Cantarelli, Margarida (Orientador). II. Título.

345.052 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ2013-013)

Para a minha família e, em especial, para as minhas Marias, Augusta e Letícia, pelo amor, pelo carinho e pelo apoio.

O amor é a essência da vida.
Edir Carneiro Leão

AGRADECIMENTOS

Este trabalho, embora monográfico, é resultado de uma experiência coletiva. Contribuíram para minha formação e, por conseguinte, para o conteúdo desta dissertação a minha religião, a minha família, os meus amigos, os meus professores e todos aqueles com quem mantive algum diálogo profissional (servidores e assistidos), acadêmico ou mesmo eventual. Por isso, agradeço a Deus e a cada uma dessas pessoas pela parcela que lhes cabe neste trabalho.

Preciso, contudo, apresentar agradecimentos especiais a algumas pessoas. Primeiramente, à minha família. Esta pesquisa é, sobretudo, decorrência do entendimento do papel da família na vida dos indivíduos. Por família adoto aqui um conceito amplo. Considero família todos aqueles a quem amo (e por quem me sinto amado) incondicionalmente, tenhamos ou não alguma relação de parentesco. São as pessoas que, se me encontrasse um dia preso em qualquer instituição total (hospital ou penitenciária, por exemplo), iriam me visitar, sendo a recíproca verdadeira. Quando me encontrei distante fisicamente dessas pessoas em Guarulhos-SP e, por dever de ofício, deparei-me com a situação de presos estrangeiros também distanciados de suas famílias, pude sentir ainda que minimamente a dor que a eles estávamos (nós, sociedade brasileira) impingindo-lhes. A diferença significativa era que eu poderia rever a minha família quando desejasse, eles não. As lágrimas que corriam de seus olhos quando eram questionados, na primeira parte da audiência, sobre quantos filhos tinham ou com quem viviam, instigou-me a identificar uma forma de reduzir-lhes o sofrimento. E foi a partir daí que surgiu a dissertação. Agradeço, portanto, à minha família (aos meus avós, tios, primos, pais, irmã, esposa e filha e aos amigos que considero meus irmãos) o amor que me destinam cotidianamente.

Agradeço também aos meus orientadores, os Professores Margarida Cantarelli, Cláudio Brandão e Ricardo de Brito, que acreditaram, desde o início, na viabilidade acadêmica da pesquisa e que me ofertaram com generosidade e paciência parentais o conhecimento indispensável para este trabalho. Os eventuais equívocos e as falhas presentes na dissertação são de minha inteira responsabilidade e podem ser atribuído à ousadia de não seguir alguns de seus conselhos e indicações.

Quero também expressar alguns agradecimentos institucionais pelo apoio também fundamental para a concretização da pesquisa. Inicialmente, gostaria de agradecer à Defensoria Pública da União, nas pessoas de Haman Córdova, Defensor Público-Geral Federal, e de meus colegas da unidade de Pernambuco e de concurso, Fernando, Geraldo, Máira e Ricardo, estendendo a todos os demais servidores, estagiários e terceirizados, pelo suporte no período em que tive que me afastar da atividade-fim. Além disso, gostaria de agradecer também ao Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça, nas pessoas de sua Diretora Izaura Maria Soares Miranda e das servidoras Tatiana, Marcela e Samantha, que me acolheram com bastante cortesia nos dias que estive pesquisando os casos concretos de transferência. Por fim, gostaria de agradecer ao IBCCRIM pelo apoio na pesquisa bibliográfica.

ANDRÉ CARNEIRO LEÃO

A TRANSFERÊNCIA DE PESSOAS CONDENADAS COMO DECORRÊNCIA DO
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA ANÁLISE A PARTIR DO
CASO BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Direito da Faculdade de Direito do
Recife / Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade

Federal de Pernambuco como requisito parcial
para

obtenção do grau de Mestre.

Área de concentração:

Orientadora: Profa. Dra. Margarida Cantarelli

A Banca Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de Mestrado e a julgou nos seguintes termos:

Prof. Dr. Cláudio Brandão, Dr. UFPE

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Ivan Lira de Carvalho, Dr. UFRN

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Ricardo de Brito A. P. Freitas, Dr. UFPE

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. _____, Dr.

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. _____, Dr.

Julgamento: _____ Assinatura: _____

MENÇÃO GERAL: _____

Coordenador do Curso:

Profª. Dra.

RESUMO

LEÃO, André Carneiro. **A transferência internacional de pessoas condenadas como decorrência do princípio da dignidade humana: uma análise a partir do caso brasileiro.** 2012. 228 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

A transferência internacional de pessoas condenadas é um mecanismo de cooperação jurídica internacional por meio do qual se permite que um cidadão estrangeiro condenado em um determinado Estado cumpra o restante de sua pena no seu Estado de origem ou naquele onde tem residência habitual. Pretende-se com esta pesquisa identificar o princípio que deve nortear a regulamentação e a aplicação prática desse instituto. Proceder-se-á, para tanto, ao exame do tema com base nos elementos da dogmática jurídica, analisando a forma como ele é regulamentado atualmente e os princípios que orientam essa regulamentação. O estudo sistematizado desse tema se justifica em virtude da constatação de um crescimento da chamada criminalidade transnacional e, por conseguinte, de um aumento na taxa de encarceramento de cidadãos estrangeiros em todo o mundo, o que provoca preocupações de ordem prática, como maiores dificuldades na administração do cumprimento da pena e custos mais elevados para adaptação do sistema carcerário a uma realidade cosmopolita, e de ordem humanitária, pois, além dos sofrimentos advindos da privação da liberdade, enfrentam os estrangeiros outras dificuldades como a distância da família, a ausência de visitas e certo isolamento em decorrência de obstáculos culturais e linguísticos. No exame sistematizado do instituto, percebemos que ele apresenta aspectos de Direito Processual Penal e de Direito Internacional, o que enseja a incidência de princípios eventualmente conflitantes entre si: o princípio da eficiência da resposta penal, o princípio da soberania dos Estados e o princípio do respeito às liberdades e garantias individuais. Constatamos que a tentativa de compatibilizar, sem maiores critérios técnicos, esses princípios no momento da regulamentação do instituto tem provocado dificuldades na sua aplicação prática, o que se revelou a partir da pouca quantidade de transferência efetivamente realizadas. Concluimos que, para solucionar parte dessas dificuldades, é necessário ter em mente as razões humanitárias que justificaram a sua criação e considerar o princípio da dignidade humana como critério hermenêutico de solução dos conflitos entre os interesses acima mencionados.

Palavras-chave: Direito Penal Internacional – Presos estrangeiros – Dignidade Humana

ABSTRACT

LEÃO, André Carneiro. **The international transfer of sentenced persons as a consequence of the principle of human dignity: a review since the Brazilian case.** 2012. 228 p. Dissertation (Master's Degree of Law) – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013.

The international transfer of sentenced persons, is an international legal co-operation method which allows a foreign prisoner to serve the remainder of his/her sentence in the country of his nationality or in which he/she is a permanent resident. The purpose of this study is to identify the guiding principles for the regulation and the implementation of this law. The issue will be studied on the basis of the legal dogmatic method. We intend to analyze how the international transfer of sentenced person is currently regulated and used. The study is due to an increase in the incarceration rate of foreign citizens all around the world. Those foreign inmates suffer with the confinement and also face other difficulties such as distance from their families, lack of visits, an isolation due to cultural and language barriers. When we systematically examine the transfer of sentenced persons treaties we realize that it presents aspects of criminal procedural law and international law that can possibly display conflicting principles such as: the principle of sovereignty, the principle of efficiency and the principle of human dignity. We notice that the attempt to reconcile these principles without major technical criteria, at the time of the law's regulation, has caused difficulties in its practical application. This was revealed through the small amount of transfers actually performed. We conclude that to solve some of these incongruences it is necessary to consider the humanitarian reasons that initially justified the creation of the system of international of sentenced persons.

Keywords – International Criminal Law – Transfer of sentenced persons – Human Dignity

SUMÁRIO

<u>INTRODUÇÃO.....</u>	<u>12</u>
<u>.....</u>	<u>22</u>
<u>1. A TRANSNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO (PROCESSUAL) PENAL: A FORMAÇÃO DE UMA NOVA DISCIPLINA?.....</u>	<u>22</u>
<u>1.1. Razões para a busca de um locus adequado para o instituto.</u>	<u>23</u>
<u>1.2. O objeto de estudo do Direito Penal Internacional e do Direito Internacional Penal.</u>	<u>28</u>
<u>1.3. O objeto de estudo do Direito Processual Penal Internacional e do Direito Internacional Processual Penal.</u>	<u>37</u>
<u>2. DOGMÁTICA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL INTERNACIONAL: POR UMA TEORIA GARANTISTA DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL.</u>	<u>41</u>
<u>2.1. Fundamentos jurídicos para a Cooperação Jurídica Internacional: os limites da jurisdição penal do Estado.....</u>	<u>41</u>
<u>2.2. Noções preliminares acerca da cooperação jurídica internacional.....</u>	<u>50</u>
<u>2.3. Desenvolvimento histórico da cooperação jurídica internacional na União Européia e no Brasil.....</u>	<u>56</u>
<u>2.4. Princípios da Cooperação Jurídica Internacional: entre a eficiência das medidas, a soberania dos Estados e as garantias individuais.....</u>	<u>67</u>
<u>2.4.1. Princípios de eficiência das medidas.....</u>	<u>68</u>
<u>2.4.2. Princípios de respeito à soberania dos Estados e à ordem pública.....</u>	<u>75</u>
<u>2.4.3. Princípios de garantia ou princípio da trilateralidade dos atos de cooperação.....</u>	<u>81</u>
<u>3. A TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL DE PESSOAS CONDENADAS E SUA REGULAMENTAÇÃO NO ÂMBITO DA ONU E DO CONSELHO DA EUROPA.....</u>	<u>90</u>
<u>3.1. Desenvolvimento histórico.....</u>	<u>90</u>
<u>3.2. Conceitos introdutórios do instituto.....</u>	<u>99</u>
<u>3.3. A regulamentação da transferência internacional de pessoas condenadas no âmbito das Nações Unidas e do Conselho da Europa.....</u>	<u>102</u>
<u>3.3.1. O preâmbulo.....</u>	<u>103</u>
<u>3.3.2. Os princípios gerais.....</u>	<u>105</u>
<u>3.3.3. Requisitos para a transferência.....</u>	<u>108</u>
<u>3.3.4. Os procedimentos e as modalidades de transferência.....</u>	<u>113</u>
<u>3.3.5. Os direitos e deveres de informação.....</u>	<u>115</u>
<u>3.3.6. A lei aplicável à execução da pena e aos seus incidentes.....</u>	<u>117</u>
<u>3.3.7. Disposições diversas: distribuição de custos, retroatividade e ultratividade das disposições do tratado.....</u>	<u>119</u>
<u>4. A TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL DE PESSOAS CONDENADAS E A FORMA DE SUA DISCIPLINA NO BRASIL.....</u>	<u>121</u>
<u>4.1. Contextualização normativa: o valor da sentença penal estrangeira no Brasil.....</u>	<u>121</u>
<u>4.2. A absurda e desumana situação jurídica do estrangeiro condenado no Brasil e o histórico da transferência internacional de pessoas condenadas na legislação nacional.....</u>	<u>125</u>
<u>4.3. A regulamentação da transferência internacional de pessoas condenadas no Brasil com base nos tratados já promulgados.....</u>	<u>129</u>
<u>4.3.1. O preâmbulo.....</u>	<u>129</u>
<u>4.3.2. Princípios gerais.....</u>	<u>130</u>

4.3.3. Os requisitos para a transferência.....	132
4.3.4. Os direitos e deveres de informação.....	135
4.3.5. O procedimento para a transferência no Brasil.....	136
4.3.5.1. O procedimento para a transferência passiva no Brasil.....	137
4.3.5.2. O procedimento para a transferência ativa no Brasil.....	139
4.3.6. Disposições diversas.....	141
4.4. A transferência internacional de pessoas condenadas no Brasil em números.....	141
4.4.1. O âmbito de cobertura dos acordos internacionais sobre transferência internacional de pessoas condenadas.....	142
4.4.2. Números da transferência presos estrangeiros do Brasil para o exterior.....	145
4.4.3. Números da transferência brasileiros presos no exterior para o Brasil.....	154
4.5. Obstáculos ao desenvolvimento no Brasil do instituto da transferência internacional de pessoas condenadas.....	157
4.5.1. Obstáculos eminentemente jurídicos: o apego à soberania dos ordenamentos jurídicos nacionais.....	157
4.5.2. Obstáculos eminentemente práticos: entraves procedimentais e as desvantagens práticas para o apenado.....	165
5. A TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL DE PESSOAS CONDENADAS COMO DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA: SUPERANDO OBSTÁCULOS POR MEIO DA HERMENEUTICA JURÍDICA.....	169
5.1. A necessária densificação do princípio da dignidade humana.....	169
5.2. O princípio da legalidade da pena (nulla poena sine lege) e a padronização da execução penal pretendida pela ONU com base na dignidade da pessoa humana como produtores do direito subjetivo da pessoa condenada à transferência internacional.....	180
5.3. As consequências jurídicas da adoção do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento para a transferência internacional de pessoas condenadas.....	201
5.3.1. A residência habitual (e não a nacionalidade) como critério para a transferência.....	202
5.3.2. A interpretação restritiva do requisito do trânsito em julgado.....	204
5.3.3. A exigência da dupla incriminação e o seu paradoxo.....	208
5.3.4. A exigência de tratado ou convenção como requisito para a transferência e a admissibilidade da declaração de reciprocidade.....	211
CONCLUSÃO.....	215
REFERÊNCIAS.....	220

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por objeto o estudo do instituto da transferência internacional de pessoas condenadas, que consiste em um mecanismo de cooperação jurídica internacional por meio do qual se permite o traslado de um indivíduo que cumpre pena em um país estrangeiro para que o faça no país do qual é nacional ou no qual tem residência habitual¹.

A pesquisa se justifica em razão da constatação de um aumento da taxa de encarceramento de estrangeiros em alguns países como o Brasil, o que tem provocado a necessidade de rediscutir temas ligados aos direitos que devem ser assegurados ao preso não-nacional. De acordo com dados citados por Artur de B. Gueiros Souza², com base em boletins de informações penitenciárias do Conselho Europeu, de 1983 a 2002, em países como Alemanha, Itália, Portugal e Espanha, o percentual de presos estrangeiros sobre o número total de presos em cada país mais que triplicou³.

Em estudo criminológico sobre a crescente presença de estrangeiros nas prisões da Europa, Loïc Wacquant⁴ assevera ser possível identificar um verdadeiro processo de criminalização dos imigrantes. Após destacar que, na Bélgica, no período de 1974 a 1994, o número de estrangeiros enclausurados à disposição do Serviço de Imigração foi multiplicado por nove, e que, na Itália, em quatro anos, os decretos de expulsão teriam quintuplicado, chegando a 57.000, em 1994, o criminólogo afirma que:

Sempre apontado como perigoso, de antemão suspeito, se não o for por princípio, jogado às margens da sociedade e perseguido pelas

¹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 253. Nessa obra, o autor prefere utilizar-se da expressão *transferência de presos*, por ser esse o termo que, segundo ele, em regra, é empregado nos tratados firmados pelo Brasil, embora reconheça que, tecnicamente, o instituto é mais amplo e compreende, igualmente, não só o cumprimento da pena privativa de liberdade, mas também as penas restritivas de direito, as medidas de segurança e as medidas sócio-educativas. Para evitar falsas compreensões, optou-se, nesta dissertação, pela utilização da expressão *transferência internacional de pessoas condenadas*.

² SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 37-38.

³ Na Alemanha, o referido percentual saltou de 9,6%, em 1983, para 29,9%, em 2002; na Itália, no primeiro ano de referência o percentual foi de 7,9% e, no último, foi de 30,1%; em Portugal, a porcentagem de presos estrangeiros saiu de 4,6% para 12,0%, no período em questão; e, por fim, repetindo o padrão dos países citados, na Espanha, o percentual saltou de 7,6%, em 1983, para 25,4%, em 2002.

⁴ WACQUANT, Loïc. “Inimigos cômodos”: estrangeiros e imigrantes nas prisões da Europa. In **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 125.

autoridades com um entusiasmo sem igual, o estrangeiro (não-europeu) se transforma em um inimigo cômodo⁵

No Brasil, apenas para ilustrar, de novembro de 2002 a dezembro de 2004, houve um aumento de cerca de 42% no número de presos estrangeiros⁶. Segundo os dados do Ministério da Justiça, também apresentados por Artur Gueiros Souza⁷, em dezembro de 2004, existiam, no Brasil, cerca de 1.626 (um mil seiscentos e vinte e seis) estrangeiros presos. Até o ano de 2010, esse número já teria sofrido um aumento de 100%, chegando a 3.397 estrangeiros detidos⁸. Por outro lado, de acordo com as estimativas do Ministério das Relações Exteriores apresentadas por Castilho⁹, em 2006, existiriam aproximadamente 3.950 brasileiros detidos no exterior.

É intuitivo que uma pessoa processada em um país diverso do seu enfrenta uma série de dificuldades além daquelas acima apresentadas por Wacquant de índole nitidamente xenofóbica. A diversidade cultural e de língua muitas vezes impede uma adequada compreensão das acusações e de suas implicações, dificultando ainda a comunicação com as autoridades policiais e judiciárias. Do mesmo modo, a distância da família e da comunidade em que estava inserido o cidadão estrangeiro constitui-se em mais uma circunstância prejudicial à sua posterior retomada do convívio social, seja em seu país de origem, seja no país em que foi processado.

Nas prisões em flagrante, esse obstáculo comunicacional é ainda mais prejudicial porque, costumeiramente, são indicados como tradutores, apenas para o ato, agentes da própria polícia que apresentem, em alguns casos durante os plantões da madrugada, algum conhecimento na língua falada por esse estrangeiro. Assim, é possível imaginar que, em hipóteses não tão raras, além de o estrangeiro não compreender a exata extensão dos direitos que lhe são assegurados (por exemplo, o de permanecer em silêncio, o de se comunicar com pessoa de sua confiança e com um advogado etc.), o depoimento que conste no auto de prisão em flagrante não reflita com correção as palavras por ele ditadas.

⁵ *Idem*, p. 124-125.

⁶ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Op. Cit.** p. 260.

⁷ *Idem*, p. 261.

⁸ Em 2010, conforme os dados constantes no site do Ministério da Justiça, o número de presos estrangeiros no sistema penitenciário brasileiro já teria sofrido um aumento de 100%, chegando a 3.397. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>> Acesso em 13 jul. 2011.

⁹ CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Cooperação internacional na execução da pena: a transferência de presos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. N. 71, pp. 233-325, mar./abr. 2008.

Some-se a isso o fato de que alguns presos estrangeiros, especialmente aqueles que servem apenas como transportadores internacionais de drogas¹⁰, não têm condições de contratar um advogado particular de sua confiança para atuar em sua defesa, e parece estar demonstrada a necessidade de se debater o aperfeiçoamento de mecanismos de cooperação jurídica internacional que permitam conferir mais dignidade no tratamento do recluso não nacional.

Isso porque os obstáculos lingüísticos, as diferenças culturais, a distância da família e a existência em parte da comunidade de preconceitos xenofóbicos podem dificultar, em muito, a adaptação do réu estrangeiro à sociedade na qual ele cometeu o delito. Além disso, se, como costuma acontecer, ele é obrigado a passar a maior parte do tempo da pena recolhido e segregado em um estabelecimento penal, são, no mínimo, previsíveis as dificuldades de posterior socialização, nessa mesma comunidade, que, para ele, continua estranha.

Ademais, não raras vezes, ao fim da pena, o estrangeiro condenado é compulsoriamente expulso do país onde esteve recluso, o que permite inferir que uma sanção criminal executada nesses moldes poderá não cumprir plenamente sua pretensão ressocializadora e, o que é pior, apresenta-se com um grau de crueldade que parece desrespeitar a dignidade humana.

É possível afirmar que o desenvolvimento histórico da cooperação jurídica internacional em matéria penal priorizou, ao longo dos anos, instrumentos de facilitação da repressão aos crimes internacionais, sejam eles relacionados à investigação, à persecução propriamente dita ou à aplicação da sanção penal. Orientados pelo princípio da eficiência, segundo o qual o avanço na cooperação entre os Estados é essencial para conferir maior celeridade ao processo penal que demande a produção de atos jurídicos além das fronteiras do Estado, foram regulamentados nos âmbito do Direito Internacional a extradição, a carta rogatória e o auxílio direto como meios de cooperação que visam especialmente o combate à criminalidade organizada internacionalmente.

Mais recentemente, em especial, após o fim da Segunda Guerra Mundial, iniciou-se um processo de produção de documentos internacionais, por meio dos quais se declarava a

¹⁰ As chamadas “mulas” do tráfico têm representado um percentual significativo no número de presos estrangeiros no Brasil. Nesse sentido, com base em dados fornecidos pelas Secretarias de Segurança Pública dos 26 Estados da Federação e mais o Distrito Federal, 72,3% dos reclusos estrangeiros estão sendo ou foram acusados de tráfico de drogas. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Op. Cit.** p. 65-81

existência de direitos humanos universais e se buscava a criação de instrumentos e instituições que visariam protegê-los. Desenvolveu-se, assim, no âmbito da Organização das Nações Unidas a opinião comum de que para a proteção dos bens jurídicos refletidos nesses direitos era necessário expandir os instrumentos persecutórios dos Estados para além das suas fronteiras e conjugar esforços para reprimir os chamados crimes transnacionais. Paralelamente, foram elaborados também atos normativos que pretendiam padronizar a forma de tratamento das pessoas condenadas, adotando-se como se fosse uniforme um discurso sobre a necessidade de humanização da pena.

As pretensões de internacionalização do Direito Penal, como as relacionadas com a adoção de um código penal universal ou com a instituição de um Tribunal Penal Internacional, tinham (e ainda têm) como um de seus maiores obstáculos a pluralidade de ordenamentos jurídicos e a correspondente diversidade de Estados ditos soberanos. A ideia ainda enraizada de soberania das diversas ordens jurídicas nacionais dificultava qualquer tentativa de padronização da legislação penal. A forma encontrada para a redução desses obstáculos foi a de celebrar tratados e convenções internacionais que previam condutas julgadas delituosas e intoleráveis pela comunidade internacional (genocídio, tortura, tráfico de entorpecentes, tráfico de armas, tráfico de pessoas etc.), de um lado, e a adoção de recomendações internacionais sobre as formas consideradas mais adequadas para a execução da pena, de outro.

Ainda assim, como a maior parte desses instrumentos legais apenas indicam compromissos dos Estados em incorporarem em seus ordenamentos jurídicos aqueles valores declarados internacionalmente, sem caráter vinculante, o desenvolvimento da cooperação jurídica internacional esteve sempre ligado à política externa dos países de um modo geral e, assim, condicionado a avanços e retrocessos mais regionais que propriamente globalizados.

A cooperação jurídica internacional em matéria penal apresenta ainda mais uma dificuldade que é intrínseca à sua natureza processual penal e à sua repercussão internacional. Trata-se do conflito entre os interesses de preservação do poder punitivo do Estado que requer a cooperação com vistas à pretendida proteção de bens jurídicos, individuais e coletivos, de um lado; e, de outro, os interesses de limitação desse poder punitivo que afeta bens jurídicos fundamentais da pessoa acusada. Associa-se, ainda a esse conflito, o interesse de manutenção da ordem pública e da soberania do Estado do qual se demanda a cooperação. Seria, pois, possível afirmar que a cooperação jurídica internacional se desenvolve no âmbito de um

conflito permanente de princípios representados nos interesses do Estado requerente para uma eficiente punição (princípio da eficiência), os interesses do indivíduo acusado de limitar esse poder punitivo e de ter asseguradas as suas garantias legais (princípio de garantia aos direitos humanos da pessoa acusada) e, ainda, o interesse de manutenção da ordem jurídica do Estado requerido (princípio da ordem pública ou da soberania do Estado requerido).

Como os interesses políticos dos Estados envolvidos no processo de cooperação não encontram no Direito Internacional limites dogmáticos rígidos para o seu desenvolvimento, os tratados sobre a matéria são estabelecidos, com frequência, de forma pouco técnica ou pouco sistematizada. Assim, a depender da ocasião política e da matéria tratada, um daqueles três interesses é priorizado em detrimento dos demais. Considerando que no plano do Direito Internacional, mesmo após as declarações internacionais dos direitos humanos, ainda subsiste o entendimento de que o indivíduo tem papel secundário nas relações internacionais, não é raro também que sejam os seus interesses regulados de forma pouco satisfatória, o que pode ser atribuído também ao fenômeno que Zaffaroni chama de alienação técnica do político¹¹. A transferência internacional de pessoas condenadas como instrumento de cooperação jurídica entre Estados, apesar de seu assumido caráter humanitário, enfrenta todas essas dificuldades de regulamentação e de aplicação prática de forma sistemática.

Indagamos, pois, primordialmente, qual o princípio que orienta a disciplina do instituto no âmbito interno e internacional. Tendo em vista esse caráter humanitário atribuído ao instituto, admitimos como hipótese a sua orientação pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Um dos objetivos centrais dessa dissertação é, pois, contribuir para uma maior sistematização desse instituto a partir da identificação do princípio ou dos princípios que devem nortear a sua disciplina e a sua aplicação prática. Objetiva-se, ademais, verificar, sob o pálio dos princípios do Direito Processual Penal Internacional, as características definidoras do instituto da transferência de pessoas condenadas como uma regra processual de adoção facultativa e necessariamente convencionada entre as nações envolvidas ou como uma norma adjetiva decorrente da necessidade de proteção de direito humanos, que, por essa razão, deve ser observada obrigatoriamente pelos Estados.

O presente estudo visa, outrossim, examinar como se formaram e como vêm se desenvolvendo os pedidos de transferências de pessoas condenadas entre os Estados nos dias

¹¹ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **Em torno de la cuestion penal**. Buenos Aires: BdeF, 2005, p. 76-77.

atuais, analisando especialmente como o Brasil tem se posicionado quando se vê diante desses pedidos transferência internacional, no marco de seus acordos de cooperação jurídica internacional, buscando identificar quais os possíveis entraves procedimentais e o conteúdo normativo dos tratados até hoje celebrados pelo país.

Assim, além de perquirir a respeito da forma como, no Brasil, tem sido tratado o tema, procura-se identificar, se, do ponto de vista teórico, a transferência internacional de pessoas condenadas pode ou não ser tida, efetivamente, como um direito subjetivo de todo cidadão estrangeiro e quais são as consequências jurídicas da assunção dessa hipótese.

Para a satisfação desses objetivos, através do método hipotético-dedutivo próprio da dogmática jurídica, empreendemos pesquisa bibliográfica com o intuito de identificar os contornos teóricos da atual disciplina da cooperação jurídica internacional de um modo geral, para, em seguida, de modo mais específico, estudarmos as regras que hodiernamente regulamentam o instituto da transferência e a forma como elas têm sido aplicadas. No Brasil, há poucos estudos sobre o tema específico da transferência internacional de pessoas condenadas não sendo tão amplos também os trabalhos relacionados com a cooperação jurídica internacional.

Como referenciais teóricos, embora tenhamos tentado conferir uma sistematização própria para matéria, estabelecemos um diálogo mais profundo com a obra do Prof. Raúl Cervini, que estudou o tema da cooperação jurídica internacional em matéria penal na América do Sul de modo peculiar¹². Suas idéias sobre a necessária participação do sujeito concernido (o indivíduo acusado ou envolvido com o processo penal no âmbito do qual se procede à cooperação) se harmonizam com a leitura garantista que fazemos do Direito Processual Penal¹³.

¹² Foram consultadas especialmente as seguintes obras do doutrinador uruguaio: CERVINI, Raul; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; CERVINI, Raul. *Et al.* **Curso de cooperacion penal internacional**. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994, p. 27-75. Os princípios de garantias e o de confidencialidade foram também analisados em CERVINI, Raul. Los atributos de la defensa en la cooperación judicial penal internacional del Mercosur, **Revista de Derecho**, No. 06, Montevideo, Universidad Católica Dámaso Larrañaga. Uruguay-Konrad Adenauer Stiftung, dez. 2011. Utilizamos no capítulo relativo aos princípios da cooperação jurídica internacional em matéria penal, fundamentalmente, a primeira publicação citada.

¹³ Como destaca Luigi Ferrajoli, o garantismo pode ser compreendido em ao menos três significados. Primeiramente, pode ele ser entendido como um modelo normativo de direito, de estrita legalidade, característico do Estado de Direito, fundamentado em uma epistemologia cognitivista, em uma política criminal minimalista e em um sistema dogmático de vínculos e limites impostos ao poder punitivo. O garantismo pode ser entendido ainda como uma teoria jurídica de legitimação do ordenamento, isto é, da validade das normas jurídicas e de sua efetividade no mundo real, sendo, pois, simultaneamente normativa e realista. Serve o garantismo, nesse sentido, para investigar a validade do funcionamento efetivo do ordenamento na prática judicial, assim como para

No que tange ao objeto específico da dissertação, enfrentamos a dificuldade de abordar tema pouco explorado na doutrina nacional e internacional. No plano internacional, foi de suma relevância o estudo empreendido sobre a legislação europeia conduzido por Borja Mapelli Caffarena e María Isabel Gonzalez Cano¹⁴. Esses autores examinaram teleologicamente as normas que regulamentam na seara do Conselho da Europa a transferência internacional de pessoas condenadas. Assim, tendo em vista que essa legislação também será objeto de nossa análise e que também partimos de uma hipótese teleológica sobre a matéria, não poderíamos deixar de recorrer a esse estudo.

No âmbito interno, o trabalho mais sistematizado sobre a situação do preso estrangeiro e sobre a transferência internacional de pessoas condenadas é a obra de Artur de Brito Gueiros de Souza, fruto de sua tese de doutorado defendida na Universidade de São Paulo¹⁵. Embora tenhamos pontos de divergência, a pesquisa empírica empreendida pelo autor e a análise sistemática do instituto, por sua amplitude e rigidez nas fontes bibliográficas, serviu frequentemente de referência e de contraponto na discussão do nosso objeto específico.

Como uma das finalidades da pesquisa é também contribuir para um aperfeiçoamento do instituto, buscamos também diagnosticar quais os seus obstáculos práticos e teóricos a partir da realidade brasileira. Como forma de auxiliar a verificação desses problemas de aplicação do instituto, realizamos consulta ao órgão do Ministério da Justiça responsável pela tramitação de todos os pedidos de transferência no Brasil, ocasião em que foram colhidos dados ainda não divulgados oficialmente e que permitiram observar tendências e desmistificar algumas hipóteses formuladas a partir do senso comum.

Não existe no Brasil publicação oficial com os dados acerca do instituto da transferência internacional de pessoas condenadas e esse é um dos maiores problemas enfrentados no seu estudo. Sobre o tema havia, até então, apenas algumas informações fornecidas a Artur de Brito Gueiros de Souza, em entrevista que lhe foi concedida em 20 de

demonstrar a efetividade (ou a falta dela) no que se refere às normas jurídicas mais abstratas. Por fim, o garantismo designa ainda uma filosofia política que serve para a crítica do Direito desde o ponto de vista externo, em especial *ex parte populi*, exigindo do Estado e do Direito uma justificação que se fundamente nos bens e nos interesses que se promete tutelar. Cf.: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 785-789. Esses três significados são, como ressalta o próprio Ferrajoli, conexos e, por essa razão, ao nos referirmos ao garantismo estaremos recapitulando toda a teoria geral do garantismo desse autor.

¹⁴ CAFFARENA, Borja Mapelli; CANO, María Isabel Gonzalez. **El traslado de personas condenadas entre países**. Madrid: McGraw Hill, 2001

¹⁵ Consulte-se: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Presos estrangeiros no Brasil**: aspectos jurídicos e criminológicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

setembro de 2005 pela Diretora do Departamento de Estrangeiros Izaura Maria Soares Miranda. Esses dados foram publicados no livro *Presos Estrangeiros no Brasil*¹⁶ e comentados no quarto capítulo. Para atualizar esses números e tentar colher outras informações, realizamos pessoalmente consulta ao Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça, entre 16 e 20 de abril de 2012, ocasião em que nos foram apresentadas planilhas relacionadas aos pedidos de transferências ativas e passivas e também outras com o número de transferências efetivamente realizadas.

Cotejamos esses dados com as estatísticas também colhidas disponibilizadas pelo Ministério da Justiça sobre a população carcerária no Brasil. Esses últimos dados estão publicados no site do próprio órgão estatal¹⁷ e compõem o sistema de informações estatísticas penitenciárias, chamado *Infopen-estatística*. Não olvidamos da precariedade desses dados para espelharem a realidade. A possibilidade de falhas nos registros efetuados pelos órgãos estatais não pode ser absolutamente descartada. Contudo, sendo o Departamento de Estrangeiros o órgão no qual devem tramitar todos os procedimentos de transferência internacional de pessoas condenadas, ao menos em relação ao número de transferências concretizadas, julga-se não haver discrepância significativa com a realidade.

Nessa senda, definimos os capítulos da pesquisa, de acordo com os objetivos acima especificados e com o método utilizado.

Assim, no primeiro capítulo, serão estabelecidos os parâmetros teóricos a partir dos quais o tema central da dissertação tem sido estudado. Depois de discorrer sobre o controvertido objeto de estudo do Direito Penal Internacional, em sentido amplo, será justificada a opção pela localização do instituto em uma nova e mais específica disciplina jurídica.

Indagar-se-á, nesse capítulo, em que ramo do Direito deve ser inserido um trabalho destinado a investigar peculiaridades da cooperação jurídica internacional e, em especial, da transferência de pessoas condenadas. As respostas a esse questionamento, de caráter mais didático, serão, contudo, indispensáveis para a exata compreensão do objeto

¹⁶ CF.: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Presos estrangeiros no Brasil**: aspectos jurídicos e criminológicos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 260-261.

¹⁷ Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJC4D50EDBPTBRNN.htm>. Acesso em: 30 out. 2012.

central deste estudo, pois, a depender das respostas, diversificadas serão as formas de se examinar o objeto de estudo e os dispositivos legais a ele aplicáveis.

Estabelecido o *locus* a partir do qual o tema será estudado, o que contribuirá para conferir maior sistematicidade à pesquisa, esclarecer-se-á que a transferência de pessoas condenadas ao ser tratada como um mecanismo de cooperação jurídica internacional é influenciada pela construção prática e teórica dos outros instrumentos de auxílio mútuo entre os Estados mais desenvolvidos, tais como a extradição e o auxílio direto. Pretende-se com esse capítulo demonstrar quais princípios e regras gerais aplicados para os outros instrumentos de cooperação podem ser também aplicados à transferência.

Tendo em vista que a transferência de pessoas condenadas é considerada um mecanismo de cooperação jurídica internacional, depois de definir os princípios que decorrem da inclusão dessa matéria no âmbito do Direito (Processual) Penal Internacional, verificaremos se esses princípios, de fato, orientaram a regulação da assistência mútua internacional de um modo geral. Para tanto, inicialmente, discorreremos sobre a evolução histórica da cooperação penal internacional no âmbito da União Européia e, posteriormente, no Brasil.

Em seguida, examinar-se-ão os aspectos introdutórios do instituto, iniciando-se com o debate em torno da sua conceituação e de sua classificação, perpassando, ainda, pelos antecedentes históricos. Tomar-se-á como exemplo para análise dos requisitos para a transferência o modelo de tratado definido pela ONU, por ocasião do VIII Congresso sobre Prevenção de Delitos e Tratamento de Delinquentes, realizado em 1990, como sugestão para adoção pelos seus países membros, e a Convenção sobre Transferência de Pessoas Condenadas, celebrada no âmbito do Conselho da Europa, em Estrasburgo no ano de 1983.

No capítulo quarto, serão examinados os tratados a respeito da transferência internacional de pessoas condenadas já assinados e em vigência no Brasil, buscando identificar qual o contorno jurídico-normativo que o país tem conferido ao instituto assim como a tendência nas negociações com os demais países.

Nesse capítulo, pretende-se expor a forma como autoridades públicas brasileiras compreendem o instituto da transferência internacional de pessoas condenadas e como elas o aplicam em casos práticos. Assim, depois de examinar conceitos elementares presentes na

doutrina e em textos oficiais, serão examinados os conteúdos dos tratados bilaterais celebrados pelo Brasil e analisados casos concretos de transferência. Além disso, buscar-se-á identificar os entraves para uma aplicação mais eficiente do instituto, sugerindo-se possíveis caminhos para o seu aperfeiçoamento.

No último capítulo, testaremos a hipótese central da dissertação que é o entendimento de que a transferência internacional de estrangeiros condenados constitui-se em direito subjetivo do cidadão estrangeiro como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana. Para tanto, inicialmente, discorreremos sobre como se pode compreender a cláusula geral da dignidade da pessoa humana, para, em seguida, estudar quais as consequências jurídicas da assunção dessa hipótese.

Discorrer-se-á sobre como a transferência, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, deveria ser aplicada, com sugestões, a título de conclusão do estudo, pretendendo, ao fim do trabalho, haver contribuído, ainda que minimamente, para uma nova visão sobre o instituto da transferência internacional de pessoas condenadas.

1. A TRANSNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO (PROCESSUAL) PENAL: A FORMAÇÃO DE UMA NOVA DISCIPLINA?

O incremento dos meios de transporte e de comunicação aliado ao processo de abertura econômica e social conduziram a um maior tráfego de pessoas e de mercadorias entre as fronteiras dos Estados e a um maior intercâmbio de informações e valores, especialmente por meio eletrônico, entre as mais diversas localidades do globo. Esses fenômenos (o da globalização econômica e o da integração supranacional) são, como analisa Jesus-María Silva Sánchez, típicos das sociedades pós-industriais e a eles correspondem a elevação da ocorrência de crimes que, pelo local da ação ou do resultado, também transcendem os limites territoriais de um determinado Estado¹⁸.

Estar-se-ia, desse modo, na atualidade, assistindo, ainda de acordo com a visão de Silva Sanchez, a uma mudança de paradigma que abalaria todo o edifício constituído pelas garantias formais e materiais do Direito Penal e do Direito Processual Penal clássicos¹⁹. O Direito Penal da globalização econômica e da integração supranacional seria um direito crescentemente unificado e também menos garantista, com flexibilização das regras de imputação²⁰. Esse novo padrão do Direito Penal seria mais voltado à punição de crimes vagos, definidos, em geral, por normas penais em branco incriminadoras de condutas omissivas que põem em risco bens jurídicos supraindividuais como a saúde, a ordem financeira e econômica, o meio ambiente, entre outros.

O objeto desse Direito Penal da globalização econômica seriam crimes classificados criminologicamente como *crimes of the powerful*, o que demandaria efetivamente uma revisão estrutural do Direito Penal clássico que teria se assentado, segundo Silva Sanchez, no exame dos *crimes of the powerless* (como o homicídio e os crimes contra o patrimônio individual como o roubo, o furto ou o estelionato)²¹.

Ainda que se admita como correto o diagnóstico elaborado por Silva Sanchez, não se pode afirmar que a mudança no processo de criminalização primária, com a incriminação

¹⁸ SANCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 75.

¹⁹ SANCHEZ, Jesús-María Silva. **Op. Cit.** P. 74-75.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ SANCHEZ, Jesús-María Silva. **Op. Cit.** P. 77.

de condutas ligadas à criminalidade econômica, à criminalidade organizada e à corrupção, implique, de imediato e diretamente, uma mudança radical no processo de criminalização secundária. Ainda que se tipifiquem condutas que, em tese, seriam atribuídas a quem detém poder econômico ou político ou a quem se pode considerar hipersocializado, é possível que as pessoas preferencialmente ou efetivamente levadas a julgamento sejam ainda as pertencentes às camadas mais baixas da sociedade, ou seja, os hipossuficientes.

Isso porque, mesmo nesse novo perfil de criminalidade do Direito Penal da globalização econômica, os executores das condutas violadoras das normas penais, que são mais fácil e visivelmente identificáveis (e mais comodamente perseguidos em ações judiciais), são, em geral, pessoas que ocupam cargos de baixo nível na organização criminosa. Com efeito, quem se submete ao transporte da droga entre as fronteiras dos Estados não são os líderes das organizações criminosas. Quem executa o corte de árvores ou a degradação ambiental não são os proprietários das construtoras. Do mesmo modo, quem executa as transferências bancárias, os pagamentos e depósitos financeiros podem não ser os verdadeiros proprietários do capital.

Os executores desses atos, em geral, são pessoas que obedecem ordens, legais ou não, como contraprestação de uma remuneração muitas vezes pequena, mas essencial para sua sobrevivência. Portanto, pelos delitos qualificados como *crimes of the powerful* ainda são responsabilizadas as mesmas pessoas que cometiam os *crimes of the powerless*. Desse modo, pode-se inferir que ao fenômeno da internacionalização do Direito Penal corresponde o da internacionalização dos problemas sociais da aplicação da pena e dos problemas jurídicos do desenvolvimento de processos de natureza transnacional.

Para que a política criminal expansionista em âmbito global não implique em graves e desproporcionais prejuízos aos cidadãos envolvidos ou afetados pela persecução transnacional, é necessária a identificação de princípios que possam nortear a construção normativa dessa atuação concertada dos Estados em matéria processual penal.

1.1. Razões para a busca de um locus adequado para o instituto.

A definição de um instituto jurídico como objeto de estudo de um dos ramos do Direito implica sempre um certo grau de arbitrariedade, pois a crescente complexidade das

relações humanas não mais permite uma rígida separação entre as disciplinas jurídicas ou entre os diversos ramos do Direito. As célebres dicotomias entre o direito público e o privado, o direito interno e o internacional e entre o direito material e o processual cedem espaço hoje a abordagens interdisciplinares e a discussões sobre temas jurídicos que interessam a mais de um ramo do Direito. Não se pode deixar de reconhecer, contudo, que subsiste ainda interesse didático e metodológico na identificação de um instituto jurídico como pertencente a esta ou aquela disciplina jurídica, pois, a depender dessa definição, todo conjunto normativo e principiológico que orienta a hermenêutica da disciplina escolhida norteará também a sua interpretação e aplicação prática.

Esse lastro teórico se mostra ainda mais relevante nas hipóteses de inovação do ordenamento jurídico. Com efeito, as mudanças legislativas promovidas politicamente podem não produzir os efeitos esperados se desacompanhadas de um respaldo técnico-dogmático. O fenômeno da internacionalização do Direito Penal, por implicar uma necessária revisão das bases rigidamente territoriais desse campo do conhecimento jurídico, desafia, desde algum tempo, os estudiosos das ciências criminais a fundamentarem a extensão transfronteiriça da persecução penal em pilares teóricos mais sólidos. A propósito, desde 1928, Pereira da Silva já demonstrava a insuficiência das teorias que até então buscavam explicar o fenômeno do Direito Penal Internacional. Em sua obra *A sociedade das nações e o Direito Penal Internacional*, Pereira da Silva reconhecia no utilitarismo penal uma tendência nova entre os internacionalistas que seria mais compatível com a realidade do que as anteriores teorias do classicismo penal e do idealismo penal²². Ele destaca os avanços alcançados por aquela corrente mais pragmática, apesar da ausência de preocupações de doutrina e da inexistência de aspirações de escola entre os seus seguidores. Com uma atuação coordenada entre os Estados, no sentido de obter uma repressão penal internacional conjunta, o utilitarismo penal apresentava resultados proveitosos com o surgimento de vários acordos, convenções e

²² Em relação ao classicismo penal, o autor ressalta a insuficiência do vetusto conceito de soberania para explicar as relações entre os ordenamentos envolvidos em crimes que superam a fronteiras de um mesmo Estado, nos limites das quais poderia este exercer o seu poder de império. Do mesmo modo, o autor não aceita a tese do idealismo penal, segundo a qual a responsabilidade pelos delitos internacionais de lesa-humanidade deveria ser atribuída ao Estado delinquente, já que este seria, na sociedade das nações, a célula, a individualidade com capacidade de agir. Para ele, essa teoria se afastaria demasiadamente da realidade, especialmente ao não admitir o Estado como uma realidade objetiva, mas sim como um produto do agrupamento humano. Além disso, acaso admitida tese do Estado delinquente, nos crimes chamados internacionais, os indivíduos que expressaram e concretizaram a vontade delituosa do Estado não poderiam ser punidos, o que para ele seria absurdo, por ilógico e irreal. Cf.: SILVA, Pereira da. **A sociedade das nações e o direito penal internacional**. Lisboa: Livraria Ferrin, 1928, p. 11-22.

congressos, dos quais se lograva uma cooperação internacional para punição de formas universais de delinquência. Essa tendência pecaria, contudo, não por defeito, mas por ausência absoluta de princípios. E sem estes, afirma Pereira da Silva:

não pode haver sistematização. Sem esta, não póde haver regularidade ou continuidade, por carencia total de metodo. É certo que tem dado alguns resultados uteis; necessita, porém, de uma directriz que trace o caminho à consolidação dos êxitos alcançados [*sic*]²³.

É o que se pretende neste capítulo: inserir o instituto da transferência de pessoas condenadas no âmbito da ciência do Direito, buscando, dentre as disciplinas já existentes ou em construção, aquela cujos princípios, doutrina e legislação permitam conferir a pretendida compreensão sistêmica desse novo instituto, evitando-se, destarte, incongruências, contradições e equívocos na sua aplicação prática. Como se verá ao longo da dissertação, entretanto, não serão dispensados os conhecimentos produzidos no âmbito da criminologia, da política criminal e dos demais ramos das ciências criminais.

Para a melhor localização do instituto, inicialmente, necessário se faz identificar a sua natureza jurídica. Como já visto, cuida-se de um mecanismo de cooperação jurídica internacional em matéria penal por meio do qual se permite que uma pessoa condenada em um determinado Estado possa cumprir o restante de sua pena no seu país de origem ou onde tenha ela a sua residência. Assim, considerando que esse instituto pressupõe a execução de uma sanção penal, poder-se-ia, inicialmente, inseri-lo no âmbito do Direito Processual Penal interno. Contudo, como o cumprimento da pena ocorrerá em um Estado distinto daquele da condenação, inegável é o seu caráter internacional. É justamente por esse caráter internacional que se suscita a dúvida: a transferência internacional de pessoas condenadas pode ser compreendida na seara de um Direito Penal Internacional em sentido amplo ou melhor seria estudá-la no âmbito de um Direito Processual Penal Internacional em formação?

Esse questionamento se justifica porque na atualidade nota-se uma tendência à unificação de todos os aspectos da internacionalidade do Direito Penal no âmbito de uma

²³ SILVA, Pereira da. **A sociedade das nações e o direito penal internacional**. Lisboa: Livraria Ferrin, 1928, p. 17. Diante desse quadro e da insuficiência das teorias anteriores, Pereira da Silva defende, então, que, para uma escoreita explicação do Direito Penal Internacional, mister seria adotar o que chamou de “realismo social”, isto é, a aplicação dos conceitos dogmáticos à realidade como forma de explicar o novo fenômeno e suas implicações jurídicas, sem desconsiderar a única realidade que é o indivíduo, como unidade da vida social.

única e ampla disciplina: o Direito Penal Internacional.

Nesse sentido, em estudo intitulado *O objeto do Direito Penal Internacional e sua mais recente evolução*, Hans-Heinrich Jeschek sustentou que seria possível construir um conceito puramente pragmático de Direito Penal Internacional, que compreenderia “todas aquelas normas de natureza penalística que se refiram à inserção do Estado na comunidade dos povos e dos Estados e a defesa dessa comunidade e de seus supremos bens jurídicos”²⁴. Com esse conceito mais amplo, estariam incluídos: a regulação da aplicação da lei penal no espaço e a disciplina dos eventuais conflitos entre as leis penais de Estados diversos; a cooperação jurídica internacional e todos os mecanismos de assistência judiciária mútua em matéria penal, com destaque para a extradição; o conjunto de normas que prevêm os crimes internacionais e prescrevem a respectiva sanção, classificadas pelo autor como medidas penais para proteção da paz, dos direitos do homem e de outros bens jurídicos supranacionais; normas relativas ao Direito Penal regional ou da Comunidade Européia; e, por fim, as normas que regulamentassem uma Corte Internacional Penal, que não havia sido ainda criada na época em que elaborado o artigo comentado.

Esse posicionamento foi acompanhado mais recentemente por Kai Ambos, que, em uma obra dedicada explicitamente a buscar “bases para uma elaboração dogmática” do Direito Penal Internacional (“Völkerstrafrecht”), defendeu que por tal deve-se compreender o conjunto de todas as normas de direito internacional que estabelecem consequências jurídico-penais²⁵. Para ele, a entrada em vigor do Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional no âmbito das Nações Unidas, teria contribuído para a codificação do Direito Penal Internacional, que englobaria: normas materiais (definição de crimes internacionais de competência do TPI e de suas consequências sancionatórias); normas adjetivas do direito processual penal; normas de organização judicial; e o que chamou de zonas acessórias do Direito Penal (direito sancionatório, execução penal e cooperação internacional e assistência judicial)²⁶.

²⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich. O objeto do direito penal internacional e sua mais recente evolução. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 6, p.7-20, abr./jun. 1972, p. 7.

²⁵ AMBOS, Kai. **La parte general del derecho penal internacional**: bases para una elaboración dogmática. Trad. Ezequiel Malarino. Montevideo: KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V., 2005, p.34-35.

²⁶ *Ibidem*.

Em que pese a consolidação desse entendimento unificador do Direito Penal Internacional²⁷, não se pode negar que, de fato, ele incorpora normas de natureza significativamente distintas²⁸, que tornam ainda mais complexos o seu estudo e sua aplicação sistemática. Com efeito, as normas relativas à regulação dos conflitos de leis penais no espaço e aquelas destinadas à disciplina dos mecanismos de cooperação jurídica internacional têm por fundamento noções mais rígidas de soberania, território e jurisdição e, de um modo geral, caracterizam-se por sua origem interna. Por outro lado, as normas que prescrevem crimes internacionais propriamente ditos e suas consequências jurídicas compõem uma ordem jurídica internacional e só indiretamente podem ser consideradas integrantes do quadro de leis de um determinado Estado. Ademais, a supranacionalidade dos órgãos jurisdicionais responsáveis pela proteção de bens jurídicos considerados de relevância internacional implica uma mitigação daquelas mesmas noções de soberania, território e jurisdição nacionais. A repartição dessas normas de natureza diversa permitiria uma redução da complexidade acima referida e uma maior sistematização dos institutos jurídicos relacionados a cada uma dessas disciplinas.

A propósito, deve-se notar que, na citada obra de Kai Ambos, a qual teria por ideal a elaboração dogmática da parte geral do Direito Penal Internacional em sentido amplo, isto é, compreendido nos seus aspectos penais, processuais penais e de regulação do conflito de leis penais, não se identifica uma construção teórica para além de normas de caráter material. Os seus capítulos se referem, de um modo geral, às normas que definem: os crimes internacionais; a responsabilidade individual; as formas de participação dos agentes; a consumação e a tentativa; o erro; as causas de exclusão da culpabilidade. Ao relegar, ao menos nessa ocasião, a um segundo plano o tratamento dogmático das normas que definem os mecanismos de cooperação jurídica internacional e as normas sobre conflitos de leis penais, o

²⁷ Nesse sentido, citando M. Cherif Bassiouni, Carlos Eduardo Adriano Japiassu chega a afirmar que a distinção entre Direito Penal Internacional e Direito Internacional Penal, hoje, possuiria mero valor histórico e sentido puramente metodológico. Além disso, essa distinção só encontraria maior ressonância em países com idiomas provenientes do latim. Cf.: JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. **O tribunal penal internacional: a internacionalização do direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 22-23.

²⁸Franz Von Liszt, em seu “Tratado de Direito Penal Alemão”, já reconhecia a divergência semântica em relação à expressão Direito Penal Internacional, expondo que sob essa denominação se costumavam compreender idéias inteiramente distintas, ora para designar as regras sobre a eficácia da lei penal em relação ao espaço, ora para abranger os acordos internacionais sobre a proteção de bens jurídicos pela lei penal. LISZT, Franz Von. (1881). **Tratado de direito penal alemão**. Tradução José Higinio Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003, p. 185.

doutrinador revela, de certo modo, as dificuldades de compilar em uma mesma obra matérias tão diversas.

Por essas razões, julgamos necessário insistir na categorização da problemática da internacionalização das ciências criminais, ao menos, em quatro disciplinas: o Direito Penal Internacional, o Direito Processual Penal Internacional, o Direito Internacional Penal e o Direito Internacional Processual Penal²⁹.

1.2. O objeto de estudo do Direito Penal Internacional e do Direito Internacional Penal.

O Direito Penal Internacional surge mesmo a partir da necessidade de serem dirimidos conflitos sobre a aplicação extraterritorial das normas penais internas, o que, como destaca João Marcello Araújo Júnior, teria se iniciado com os Códigos Penais da França e da Alemanha do século XIX³⁰. A propósito, como também aponta Araújo Júnior, Donnedieu de Vabres já chegou a definir esse ramo do Direito como “a ciência que determina a competência das jurisdições penais do Estado em confronto com as jurisdições estrangeiras, a aplicação de suas leis penais e os efeitos dos julgamentos criminais estrangeiros”³¹.

Sob esse viés, o Direito Penal Internacional mais se aproximaria do objeto de estudo do Direito Internacional Privado³². Nesse sentido, Jacob Dolinger sustenta que a

²⁹ Nesse sentido: SANTOS, António Furtado. Direito internacional penal e direito penal internacional. Boletim do Ministério da Justiça, n. 92, jan., 1960, p. 200. *Apud* LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. **A relação extradicional do direito brasileiro**. Belo Horizonte, Del Rey, 2001. p. 76.

³⁰ ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. Introdução à teoria geral do direito penal internacional. In: **Ciência Penal**: coletânea de estudos : homenagem a Alcides Munhoz Netto. Curitiba: JM, 1999. p.247.

³¹ DE VABRES, Donnedieu. Les principes modernes Du droit penal international. Paris: Sirey, 1928, p. 3. *Apud* ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. Introdução à teoria geral do direito penal internacional. In: **Ciência Penal**: coletânea de estudos : homenagem a Alcides Munhoz Netto. Curitiba: JM, 1999. p.247. No mesmo sentido: JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. Op. Cit. P. 23.

³² Nesse sentido, Haroldo Valladão define o Direito Internacional Privado como o “ ramo da ciência jurídica que resolve os conflitos de leis no espaço, disciplinando os fatos em conexão no espaço com leis divergentes e autônomas”. VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado**: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos estados americanos. Vol I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974, p. 38. Do mesmo modo, Zaffaroni e Pierangeli afirmam que: “a relação do direito penal com o direito internacional denomina-se direito internacional penal e direito penal internacional (Sánchez de Bustamante), conforme seja com o direito internacional público ou privado, respectivamente”. ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 151-152.

concepção francesa mais ampla sobre o objeto do Direito Internacional Privado abrangeria a disciplina de quatro matérias: nacionalidade; condição jurídica do estrangeiro; o conflito de leis e o conflito de jurisdições e direitos adquiridos na sua dimensão internacional³³. Em que pese a inadequação do qualificativo privado para a disciplina, Dolinger sustenta expressamente que o Direito Internacional Privado não mais se restringiria a instituições de direito privado, disciplinando igualmente questões normalmente tratadas, internamente, no âmbito do direito público, como questões penais que assumem aspectos internacionais³⁴. A esse respeito, é interessante notar que, de fato, a extradição – o mecanismo mais desenvolvido de cooperação jurídica internacional em matéria penal -, normalmente é tratado no âmbito de obras de Direito Internacional Privado³⁵ e, no Brasil, é regulamentada na Lei nº 6.815/80, que trata, em geral, da condição jurídica do estrangeiro.

Não se pode deixar de se ressaltar, entretanto, que parece equivocado tratar normas de qualquer modo relacionadas ao Direito Penal como normas de Direito Privado. Essa impropriedade terminológica se deve, como esclarecem Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daullier e Alain Pelet, à origem da distinção das disciplinas ligadas ao Direito Internacional. Segundo esses autores, o qualificativo “público” teria sido inicialmente acrescentado ao vocábulo “direito internacional” na tradução francesa, publicada em 1802, da obra *An introduction to the principles of Moral and Legislation*, de Bentham. Posteriormente, a expressão “direito internacional privado” teria sido cunhada na obra do francês Foelix, chamada *Traité de droit international privé*. A diferença entre as disciplinas se referiria ao objeto distinto: o direito internacional público regularia as relações entre os Estados e o direito internacional privado regularia as relações entre particulares e pessoas jurídicas privadas que apresentassem um elemento de estraneidade³⁶. Os próprios autores reconhecem, contudo, que essa distinção é cientificamente artificial, mas destacam que, apesar de se reconhecer um aumento nas relações estabelecidas entre indivíduos e Estados no plano

³³ DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado**: parte geral. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1. No mesmo sentido: VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado**: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos estados americanos. Vol I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974, p. 42.

³⁴ *Idem*, p. 3.

³⁵ Nesse sentido, confira-se o capítulo XLVII, intitulado “O direito penal internacional. A extradição” do volume II do seguinte manual de Oscar Tenório, atualizado por Jacob Dolinger: TENORIO, OSCAR. **Direito internacional privado**. Vol. II. 11ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 395 e ss.

³⁶ DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. Trad. Vitor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 32-39.

internacional, a distinção entre direito internacional público e direito internacional privado continua consagrada nos programas de ensino nas faculdades de Direito.

Em que pese essa constatação fática, entendemos inapropriado o estudo do conflito de leis penais no âmbito do Direito Internacional Privado, uma vez que a natureza das relações jurídicas envolvidas nas matérias cíveis e penais são bem distintas: naquelas prevalece uma relação interpessoal e a disputa por bens frequentemente patrimoniais; nestas, relacionam-se, como regra em contradição, o Estado, de um lado, e o indivíduo, de outro, com possibilidade de limitações graves aos direitos de liberdade deste.

Portanto, melhor é compreender o objeto do Direito Penal Internacional como o estudo do conflito de leis penais e dos aspectos internacionais das normas de direito penal interno. Assim, possível seria também incluir como objeto do Direito Penal Internacional as normas que definem delitos que têm entre suas circunstâncias constitutivas elementos estrangeiros significativos (autores, co-autores ou associações criminosas internacionais; *iter criminis* transfronteiriço; resultados em territórios estrangeiros etc.) ou cuja repressão constitui interesse internacional delegado ao poder persecutório dos Estados nacionais.

Nesse ponto, é importante destacar que não somos adeptos de definições materiais de crime. Um ato desviante não é criminoso por sua própria natureza. Ele o será se e somente se uma lei o definir como tal. Assim, a diferença entre crimes locais e internacionais é estabelecida pela escolha do ordenamento jurídico aplicável e do aparelho persecutório utilizado para a repressão penal. Se um determinado fato for definido como crime apenas nas leis penais internas e a sua repressão for atribuída exclusivamente aos órgãos locais, cuidar-se-á, então, de crime local sujeito às regras e princípios do Direito Penal interno. Por outro lado, se, apesar de ser definido nas leis penais internas como crime, um determinado fato apresentar um elemento estrangeiro significativo que torne a sua repressão um interesse que transcende os limites de um determinado Estado, mas não chega a possibilitar a sua repressão por uma Corte Penal Internacional, então, tratar-se-á de crime local com aspectos internacionais, sujeito às regras e princípios do Direito Penal Internacional. Por fim, se, mesmo apresentando circunstâncias exclusivamente locais, um fato for considerado por uma norma de caráter internacional, como o Estatuto de uma Corte Penal Internacional, crime cuja repressão está sujeita à jurisdição desse tribunal supranacional, então ele deverá ser

caracterizado como crime internacional e, nessa hipótese, sua repressão ocorrerá por meio do aparelho persecutório de um tribunal penal internacional, constituindo-se objeto do Direito Internacional Penal.

Nesse sentido, ao examinar a aplicação da lei penal no espaço, em recente estudo, Cláudio Brandão sustenta que, especialmente após o Tratado de Roma de 1988, seria possível conceber a coexistência, nos dias atuais, de um Direito Internacional Penal ao lado do Direito Penal Internacional. Segundo ele:

Se é antigo o estudo da aplicação da lei penal de um determinado Estado fora de seu território, o que se convencionou chamar de Direito Penal Internacional, é recente o estudo de um Direito Internacional Penal. Este último supõe uma autêntica jurisdição internacional na esfera criminal, que importa a determinação de crimes internacionais e de penas internacionais, não vinculados a um ordenamento jurídico determinado, mas oriundos de normas próprias do Direito Internacional sobre a matéria.³⁷

De fato, a criação de uma jurisdição internacional independente dos tribunais internos de um determinado Estado e de todo um sistema de princípios de Direito Penal, que não necessariamente se coadunam com o sistema de Direito Penal nacional, é um fenômeno bem mais recente do que a aplicação extraterritorial das leis penais nacionais e pode servir de objeto de estudo para uma disciplina autônoma.

Os primórdios desse chamado Direito Internacional Penal remetem, quando muito, ao início do século XX³⁸, com o julgamento dos crimes cometidos durante a I Guerra

³⁷ BRANDÃO, Cláudio. A lei penal no tempo e no espaço. *In: Ciências Criminais no século XXI: estudos em homenagem aos 180 da Faculdade de Direito do Recife*. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2007, p. 101-138, p. 122.

³⁸ É bem verdade que Carlos Eduardo Japiassú, citando mais uma vez Bassiouni, refere-se ao julgamento de Peter Von Hagenbach, governador da cidade de Breisach, em 1474, na Alemanha, pelos crimes cometidos contra os cidadãos dessas cidades em nome do Duque Charles de Borgonha. Com a derrota do Duque de Borgonha em batalha contra França, Áustria e forças do Alto Reno, Peter von Hagenbach foi julgado por um Tribunal formado por 27 juízes provenientes da Alemanha, da Suíça, da Alsácia e da própria Áustria. Esse julgamento, contudo, como destaca o próprio Japiassú não pode ser considerado um precedente de um Tribunal Internacional, pois todos os juízes tinham relação com o Sacro Império Romano- Germânico, consistindo, portanto, em um tribunal mais confederado que internacional. Ele se refere também à proposta de Gustav Moynier, fundador do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, para a criação de um tribunal internacional que seria competente para julgar os crimes de guerra, isto é, aqueles que violassem as Convenções de Genebra de 1864. Essa proposta, contudo, não foi acolhida de imediato. JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. Op. Cit. P. 38. No mesmo sentido: CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. A culpabilidade no direito internacional penal. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XIV, n. 51, p. 51-65, out./dez., 2010, p. 54.

Mundial. Primeiramente, foi instalada, em 1919, a *Comission on the Responsablities of the Authors of the War and the Enforcement of Penalties for Violations of the Laws and Costume of War*, que pretendia apurar os crimes relacionados ao massacre de cerca de 600.000 armênios pelo Império Turco-Otomano, em 1915. Para tanto, foi celebrado o Tratado de Sèvres, de 10 de agosto de 1920, que, contudo, não chegou a ser ratificado. Também em razão dos crimes de guerra havidos nesse período, o Tratado de Versalhes, de 1919, previu no seu art. 227 a possibilidade de se julgar o *kaiser* Guilherme II, em um tribunal especial que seria composto por cinco juízes, um dos Estados Unidos da América, um do Reino Unido, um da França, um da Itália e um do Japão. No entanto, com o fim da guerra, Guilherme II refugiou-se na Holanda e, embora tenha sido solicitada a sua extradição, foi ela negada. O art. 228 do mesmo Tratado de Versailles previa, ainda, a possibilidade de outras pessoas também acusadas por crimes de guerra ser julgadas por tribunais militares, que, contudo, não tinham caráter internacional.

Os primeiros Tribunais Penais Internacionais efetivamente instalados foram o Tribunal Militar Internacional para Europa, conhecido como Tribunal de Nuremberg, e o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, o Tribunal de Tóquio. Essas Cortes Internacionais *ad hoc* seriam responsáveis pelos julgamentos dos crimes de guerra cometidos durante a II Grande Guerra Mundial. A primeira delas foi criada a partir de um acordo internacional, celebrado em Londres, em 8 de agosto de 1945; a segunda foi instituída por um Estatuto editado pelo Comandante Supremo das Forças Aliadas no Extremo Oriente, em 19 de janeiro de 1946. Em Nuremberg, como destaca Margarida Cantarelli, decidiu-se por julgar apenas os casos dos grandes criminosos, cujas ações não tinham localização geográfica precisa, iniciando-se, assim, um processo de desterritorialização, pois aqueles casos em que fosse mais simples a identificação dos limites territoriais deveriam ser julgados pelos tribunais nacionais³⁹. Por seu turno, em Tóquio, foram julgados os acusados de crimes contra a paz, crimes contra as Convenções e leis de guerra e crimes contra a humanidade.

Apesar dos esforços para que fossem respeitados os princípios gerais de defesa nos julgamentos desses tribunais internacionais, as críticas são contundentes e dizem respeito, primeiramente, à própria natureza transitória dos tribunais. A sua constituição *post factum* e a

³⁹ CANTARELLI, Margarida de Oliveira. **Da territorialidade à transnacionalidade:** a desterritorialização da jurisdição penal. Recife, 30 cm. 2v.; Tese (doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco. CCJ/FDR, Recife, 2000, p. 226.

sua composição por juízes indicados pelas forças aliadas reforçaram os argumentos daqueles que atribuíam ao tribunal de Nuremberg a qualidade de um tribunal de vencedores contra vencidos. Ainda que no tribunal de Tóquio alguns equívocos da experiência de Nuremberg tenham sido corrigidos, como a inclusão de juízes de países neutros, a sua instituição por ato militar (estatuto editado por ato do comandante do extremo oriente) retira-lhe grande parte da legitimidade. Além disso, é comum também atribuir-se aos julgamentos de Nuremberg e de Tóquio a violação aos princípios da legalidade e da retroatividade da lei penal, consagrados no brocardo jurídico *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, proevia, certa e stricta*. Isso porque, até então, considerava-se que não havia textos legais de natureza internacional que discriminassem com precisão e anterioridade os crimes imputados às pessoas submetidas às Cortes e as respectivas penas.

A solução encontrada em Nuremberg foi a edição de um conjunto de regras que serviriam como base orientadora para os trabalhos da Corte fundamentada nos costumes internacionais. Argumentava-se que, embora não houvesse uma lei internacional definindo como crime o holocausto, em todos os Estados envolvidos no conflito, o homicídio seria crime, não se podendo cogitar, desse modo, em qualquer hipótese, o assassinato de milhares de civis como juridicamente autorizado. Essas regras, como ressalta Margarida Cantarelli, conhecidas como “Princípios de Nuremberg”, apesar de todas as críticas a elas dirigidas, foram aprovadas na Assembléia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução nº 95, de 11 de dezembro de 1946, e podem ser consideradas o primeiro arcabouço jurídico com vigência internacional apto a fundamentar o surgimento de um Direito Internacional Penal.

No seio da então recém criada Organização das Nações Unidas, foi instituída a Comissão de Direito Internacional cuja finalidade precípua era a elaboração de um projeto de código de delitos contra a paz e a segurança da humanidade⁴⁰. Nessa Comissão também se

⁴⁰ Como destaca Cantarelli, esse Projeto de Código foi elaborado por M. Cherif Bassiouni, que reconheceu as dificuldades de se estabelecer um enfoque criminalizador assistemático para condutas que têm muito pouco em comum. CANTARELLI, Margarida. **Op. Cit.** P. 239. Como afirma Lyal S. Sunga, a Comissão de Direito Internacional, teve que apreciar em seu trabalho para elaboração do projeto de código de crimes contra a paz e a segurança da humanidade uma diversidade de crimes, tais como ameaça de agressão, intervenção, dominação colonial, recrutamento, uso e financiamento de mercenários, terrorismo internacional, e tráfico internacional de drogas. SUNGA, Lyal S. A competência *ratione materiae* da Corte Internacional Criminal: art. 5 a 10 do Estatuto de Roma. *In*: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (org.). **Tribunal penal internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 193.

discutiu a possibilidade de criação de um Tribunal Penal Internacional permanente, mas, diante da diversidade de sistemas jurídicos nacionais de direito penal e especialmente da resistência de alguns dos Estados membros do Conselho de Segurança da ONU, nem o código nem a Corte permanente foram aprovados antes que se vislumbrasse a necessidade de submeter responsáveis por graves violações aos direitos humanos a tribunais internacionais penais *ad hoc*, o que aconteceu nos casos dos delitos internacionais praticados na antiga Iugoslávia e em Ruanda.

O Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia (ICTY, na sigla em inglês) foi criado em 25 de maio de 1993 por meio da Resolução nº 827 do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Seu objetivo era processar e julgar os crimes cometidos durante conflito armado havido no território da antiga Iugoslávia no período que se estendeu durante toda a década de 1990, a partir de janeiro de 1991. A intenção da instituição desse Tribunal era a apuração da responsabilidade das pessoas que praticaram fatos graves caracterizados como uma depuração étnica empreendida por parte da população sérvia contra muçulmanos e outras etnias que buscavam independência da Iugoslávia, como os bósnios, os macedônios, os croatas, entre outros⁴¹.

Apesar das críticas relacionadas ao fato de haver sido constituído por meio de ato do Conselho de Segurança (e não por convenção ou tratado internacional) e à sua natureza provisória, buscou-se na organização desse tribunal *ad hoc* corrigir alguns dos problemas havidos nas experiências anteriores. Assim, os juízes eram de distintas nacionalidades e originários de países não envolvidos diretamente no conflito e foi criada uma câmara de apelação, o que não havia em Nuremberg nem em Tóquio.

O Estatuto do ICTY (*International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia*), o conjunto de regras de processo e de prova bem como os precedentes dos casos por ele julgados⁴² constituiriam importante fonte de normas para a formação do Tribunal Penal

⁴¹ Nesse sentido, confira-se: JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. **O tribunal penal internacional: a internacionalização do direito penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 97.

⁴² O Estatuto do tribunal, as regras de procedimento e de prova bem como as informações sobre os casos por ele julgados estão disponíveis em: www.icty.org. Acesso em 21 de maio de 2012. Segundo o relatório anual relativo ao período de agosto de 2010 a julho de 2011, até então, foram julgadas 126 pessoas das 161 levadas à Corte. Das 35 pessoas ainda não julgadas definitivamente, 16 aguardam julgamento na Câmara de Apelação, 14 ainda se encontram sob julgamento em primeira instância e 5 estão em uma fase pré-processual. O relatório completo encaminhado pelo Presidente da Corte à Assembléia Geral e ao Conselho de Segurança das Nações Unidas, por força do art. 34 do Estatuto do Tribunal, pode ser encontrado em:

Internacional permanente e também conformam objeto de estudo do Direito Internacional Penal. Em especial, decisões como a manifestada no caso de Dusko Tadic – um Presidente do Conselho Local do Partido Democrático Sérvio durante os conflitos, acusado, entre outros crimes, de tortura, homicídios e da transferência forçada de civis para campos de detenção – servem como conformação de conceitos elementares para o estudo do Direito Internacional Penal, tais como a forma de estabelecimento dos tribunais e a possibilidade de concorrência entre a jurisdição dos tribunais internacionais e a dos tribunais locais.

Com efeito, como ressalta Japiassu, nesse caso, a defesa de Tadic sustentou que o Tribunal fora estabelecido de forma ilegal, uma vez que criado por ato do Conselho de Segurança da ONU e não por um tratado internacional. Além disso, a defesa argumentou que não havia justificativa para conferir primazia ao Tribunal Internacional em detrimento das cortes nacionais, já que se tratava de conflito interno⁴³. Em sua decisão a Corte asseverou que o Conselho de Segurança da ONU dispunha de competência para tomar medidas para manter e restaurar a paz, de sorte que a criação do Tribunal, como um mecanismo para alcançar esses objetivos, estaria entre as atribuições daquele órgão internacional, não havendo, pois, ilegalidade quanto à forma de sua constituição. Ademais, os atos praticados pelo ICTY teriam sido seguidamente aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Por fim, quanto à primazia da Corte Internacional em relação aos tribunais locais, afirmou-se, de modo pragmático, que seria ela necessária em razão das dificuldades freqüentemente criadas para a cooperação penal internacional com os Estados envolvidos no conflito⁴⁴.

O Tribunal Penal Internacional para Ruanda também contribuiu para a formação do objeto de estudo do Direito Internacional Penal, apesar de seu caráter transitório. Sua criação, semelhantemente ao que ocorreu com o ICTY, foi aprovada por meio da Resolução nº 955 do Conselho de Segurança da ONU, para apurar as graves violações aos direitos humanos ocorridas durante o conflito armado naquele país entre ruandeses da etnia dos Hutus e seus vizinhos da etnia Tutsi. A respeito da contribuição jurídica desse Tribunal, Japiassu destaca que foram discutidos com originalidade os conceitos de crime de genocídio, de crimes

http://www.icty.org/x/file/About/Reports%20and%20Publications/AnnualReports/annual_report_2011_en.pdf
Acesso 21 de maio de 2012.

⁴³ JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. **Op. Cit.** P. 101.

⁴⁴ *Idem*, p. 102.

contra a humanidade, de crimes de guerra e de obediência hierárquica⁴⁵. As críticas dirigidas ao Tribunal são semelhantes àquelas destinadas ao ICTY e dizem respeito primordialmente à forma de sua constituição e ao ser caráter transitório.

Como forma de se tentar superar algumas dessas críticas, durante toda a década de 1990 e início do século XXI, buscou-se no âmbito das Nações Unidas a constituição de um Tribunal Penal Internacional permanente. Em que pese os esforços da Comissão de Direito Internacional e de juristas no âmbito da Associação Internacional de Direito Penal, a criação desse Tribunal permanente sofreu e ainda sofre grande resistência. Além de questões políticas e diplomáticas, as dificuldades para a sua constituição também se relacionavam às notórias divergências e mesmo incompatibilidades existentes entre os sistemas jurídicos orientais e ocidentais e, entre estes, especialmente, entre o sistema da common Law e da civil Law. Logrou-se, em que pese todos esses obstáculos, na Conferência de Plenipotenciários da ONU ocorrida em Roma, entre os dias 15 de junho e 17 de julho de 1998, a aprovação de um Estatuto para o Tribunal Penal Internacional, cuja sede foi estabelecida em Haia. O Tribunal foi aprovado por 120 votos a favor, 7 contrários (Estados Unidos, Filipinas, China, Índia, Israel, Sri Lanka, Turquia) e houve 21 abstenções. Embora não se possa olvidar o avanço que significa a só implementação de um Tribunal Penal Internacional permanente em relação às experiências anteriores, a ausência de países como Estados Unidos e China, que integram o Conselho de Segurança da ONU e que juntamente com a Índia compõem a tríade de países mais populosos do mundo, retira grande parte de sua legitimidade, ainda mais se considerarmos que esses países estão envolvidos, não raramente, em conflitos armados e são acusados de violações graves aos direitos humanos⁴⁶.

De qualquer sorte, o Estatuto de Roma consiste, hoje, na principal fonte de estudo do Direito Internacional Penal, justamente por haver obedecido ao procedimento reconhecidamente válido de composição de normas de direito internacional e pela previsão de diversas normas de natureza penal material e processual. De fato, nesse Estatuto, pela

⁴⁵ *Idem*, p. 108.

⁴⁶ A respeito das denúncias de violações de direitos humanos por esses países, que já foram levadas ao conhecimento da ONU, confirmam-se as seguintes notícias, extraídas do *site* oficial das Nações Unidas, e que dão conta de infrações dessa natureza em Guantánamo (disponível em: <http://www.unric.org/pt/direitos-humanos-actualidade/3261>, Acesso em 14 jul. 2011); na China (<http://www.un.org/wcm/content/site/chronicle/home/archive/issues2011/7billionpeople1unitednations/humanrightsandtheunprogressandchallenges>, acesso em 22 maio 2012); e na Índia (<http://www.un.org/en/events/tenstories/08/printable/humanrights.shtml>, acesso em 22 maio 2012).

primeira vez, conseguiu-se estabelecer um órgão supranacional com jurisdição para aplicar as sanções nele previstas. O Estatuto de Roma, além de oferecer normas para a formação de uma parte especial do Direito Internacional Penal, com a tipificação de delitos internacionais (art. 5º ao 8º), previu ainda normas que podem constituir uma parte geral desse Direito Internacional Penal, tendo sido regulamentadas, por exemplo, hipóteses de erro de fato ou erro de direito (art. 32) e de exclusão da culpabilidade (art. 31). Com isso conformou-se um objeto autônomo de estudo que dá ensejo ao surgimento de uma disciplina ou ramo do Direito com grau razoável de autonomia.

O mesmo Estatuto previu, ainda, normas de caráter eminentemente processual. Assim, mesmo tendo por fonte um mesmo diploma jurídico, é possível sustentar também a autonomia do objeto de estudo do Direito Internacional Processual Penal, como se demonstrará a seguir.

1.3. O objeto de estudo do Direito Processual Penal Internacional e do Direito Internacional Processual Penal.

Como já dito, não se pode negar certa arbitrariedade na definição dos ramos da ciência do Direito. A separação das disciplinas jurídicas, contudo, pode contribuir para uma maior sistematização das idéias e institutos que circunscrevem o objeto de seu estudo. A identificação desse objeto singular é o primeiro passo na formação de novos ramos da ciência jurídica.

A distinção entre normas de direito material e de direito processual também se sujeita a um certo grau de discricionariedade. Especialmente, no âmbito do direito penal democrático, a relação entre as normas materiais e as processuais é ainda mais estreita, uma vez que a sanção oficial somente pode ser aplicada legitimamente pelo Estado por meio de um devido processo legal. Apesar disso, há utilidade didática e metodológica nessa separação e é essa utilidade que norteia a distinção que ora sustentamos.

Se no âmbito interno está, de certo modo, consolidada a separação entre o Direito Penal e o Direito Processual Penal, apesar de suas mútuas implicações⁴⁷ especialmente no que tange à execução da pena, não vislumbramos razão para que essa diferenciação também não ocorra no plano internacional. Assim, se, como visto nos tópicos anteriores, é possível sustentar uma distinção entre o Direito Penal Internacional e o Direito Internacional Penal, do mesmo modo, perfeitamente admissível é destacar, ao menos para fins didáticos – insista-se -, o Direito Processual Penal Internacional e o Direito Internacional Processual Penal de seus correspondentes no plano do conjunto de normas materiais.

Nesse contexto, o Direito Processual Penal Internacional teria por objeto o conjunto das normas que definem a competência internacional em matéria penal e aquelas que regulamentam os processos submetidos à jurisdição nacional que apresentam algum elemento estrangeiro significativo (domicílio e/ou residência no estrangeiro do réu nacional, nacionalidade estrangeira do réu, localização no estrangeiro de meio de prova relevante para o processo etc.). A diferenciação com as normas que disciplinam o processo com características exclusivamente nacionais pode ser observada, por exemplo, a partir de um paralelo entre a transferência interna de nacionais durante a execução da pena (isto é, entre estados de uma federação ou províncias) e a transferência internacional de pessoas condenadas. Na primeira hipótese, não há, em princípio, nenhum elemento estrangeiro significativo que demande uma excursão por normas não previstas no ordenamento jurídico interno, de modo que esse instituto poderá ser inteiramente regulamentado e estudado no âmbito do direito processual penal interno. Por outro lado, a transferência internacional de pessoas condenadas pressupõe que o interessado (a pessoa condenada) tenha nacionalidade estrangeira ou domicílio em outro país, o que demandará a intervenção de outro Estado na execução da medida e a regulamentação por normas previstas em tratados bilaterais ou multilaterais.

⁴⁷A esse respeito, Jorge Figueiredo Dias afirma que o direito processual penal só pode constituir uma parte do direito penal, se este for compreendido como direito penal “total”, cuja função seria a de proteção de bens fundamentais de uma comunidade por meio da perseguição e punição do crime e do criminoso. Essa unidade só poderia ser concebida se admitida a relação mútua de complementaridade funcional entre as normas penais e processuais penais. Trata-se de províncias de um mesmo ordenamento jurídico, mas ainda assim de províncias distintas, o que justificaria a autonomia do processo penal relativamente ao direito substantivo. Essa autonomia poderia ser aduzida do pressuposto funcional de que depende o concreto nascimento de uma pretensão jurídico-substantiva ou de uma jurídico-processual: para aquela é necessário existir a realização/cometimento de um tipo de crime; para esta basta a notícia/suspeita da infração. Cf.: DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. Reimpressão da 1ª edição (1974). Lisboa: Coimbra Editora, 2004, p. 23-33.

Em sentido semelhante ao aqui sustentado, Maria Rosa Guimarães Loula defende a possibilidade de se definir o objeto de um Direito Processual Internacional como normas que disciplinam a competência internacional do Estado, da litispendência internacional, do procedimento para citação, oitiva de testemunhas, coleta de provas e atos de impulso processual e para homologação e execução de decisões estrangeiras. Estes últimos atos são exatamente os que compreendem, como regra geral, as hipóteses de cooperação jurídica internacional⁴⁸.

No Relatório Geral preparado para o Congresso Internacional de Direito Processual, em 1994, Ada Pellegrini Grinover destacou a processualidade dos instrumentos de cooperação jurídica internacional, revelada tanto pela constatação de que os pedidos de extradição, de carta rogatória e de execução de sentenças estrangeiras, por exemplo, desenvolvem-se jurisdicionalmente como pela necessidade de se assegurar, nesses procedimentos, a participação do cidadão envolvido, o que angularizaria a relação procedimental, e, por conseguinte, permitiria a formação de verdadeiros processos⁴⁹.

Em outra ocasião já chegamos, inclusive, a sustentar que a extradição, como um dos mecanismos de cooperação jurídica internacional em matéria penal, deveria ser estudada exclusivamente sobre a ótica do direito processual penal interno, já que, comumente, os ordenamentos jurídicos internos têm regramentos específicos sobre os processos de extradição⁵⁰. Hoje, contudo, a partir de uma reflexão mais aprofundada sobre a matéria, alteramos essa opinião. Embora a extradição, certamente por ser o mais antigo meio de cooperação jurídica entre as nações, tenha, na maior parte dos ordenamentos jurídicos,

⁴⁸ Cf.: LOULA, Maria Rosa Guimarães. **Auxílio direto**: novo instrumento de cooperação jurídica internacional civil. Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 42. Registre-se que a autora, embora reconheça a existência de algumas diferenças entre o direito processual internacional civil e o penal, sustenta a possibilidade de formação de uma teoria geral do direito processual internacional, que englobaria normas cíveis e penais. Discordamos, contudo, dessa possibilidade. O processo penal e o processo civil atendem a funções nitidamente distintas. O processo civil, como regra, visa a solução de conflitos ou a composição de interesses relativos a direitos patrimoniais, em uma relação na qual se presume a igualdade entre os sujeitos envolvidos no litígio de tal forma que se admite, inclusive, o julgamento à revelia, isto é, sem um efetivo contraditório. O processo penal, por seu turno, tem por objeto a liberdade (quando não a vida) de um sujeito, que, mesmo desejando, não pode aliená-la. Além disso, a relação entre as partes não é exatamente de igualdade, pois a acusação, como regra, é ato do Poder Estatal que se utiliza de todo seu aparato persecutório contra cidadãos, não raramente, carentes de recursos. Assim, parece correta a assertiva de Aury Lopes Jr. no sentido de que “são a ausência de liberdade e a relação de poder instituída (em contraste com a liberdade e a igualdade) os elementos fundantes da diferença insuperável entre o processo civil e o penal. Cf.; LOPES Jr. Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 33.

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Processo penal transnacional: linhas evolutivas e garantias processuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 3, n. 9, jan./mar., 1995, p. 44.

⁵⁰ CF.: LEÃO, André Carneiro. **A relação extraditacional no Brasil: uma releitura a partir do devido processo legal**. Recife: Faculdade Damas. Monografia de final curso de pós-graduação lato sensu. 2011.

regulação específica e desenvolvimento teórico já enraizado no direito processual penal interno, havendo, no caso brasileiro, inclusive, norma de matiz constitucional sobre a matéria, o mesmo não pode ser dito em relação aos outros instrumentos de cooperação internacional.

Além disso, até mesmo a extradição está sujeita a normas e princípios desenvolvidos no âmbito da ordem internacional, como o princípio do dever de cooperar e o princípio da reciprocidade, apenas para citar alguns, e inegavelmente depende do relacionamento harmônico entre os Estados e do respeito à autodeterminação dos povos para subsistir. Ademais, é possível sim identificar peculiaridades também no processo de extradição que o diferenciam do processo penal interno, como a nacionalidade estrangeira do concernido e a mitigação da garantia da ampla defesa. Parece, pois, justificado o estudo da extradição e das demais formas de cooperação penal internacional no âmbito de um Direito Processual Penal Internacional.

Por outro lado, deve ser reconhecida também a relativa independência do Direito Internacional Processual Penal do seu correspondente no plano das normas materiais. Como já apregoadado, o Direito Internacional Processual Penal é o ramo do Direito Internacional que tem por objeto o conjunto de normas que definem e disciplinam o processo penal no âmbito dos tribunais penais internacionais⁵¹. O estudo mais apurado e autônomo dessa disciplina jurídica foi especialmente incentivado a partir da entrada em vigor, na ordem internacional, do Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional permanente e previu normas tanto de direito material como de direito processual. A relevância acadêmica do Estatuto de Roma está no fato de, pela primeira vez, como destaca Hasn-Jörg Behrens, terem sido os grandes sistemas legais do mundo convidados a estabelecer um código de processo que fosse aceitável por todos eles⁵².

Ainda segundo Behrens, que foi membro da delegação alemã e do Comitê de Redação da Conferência de Roma, na qual foi discutido e aprovado o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, diferentemente do que ocorreu nos estatutos dos tribunais *ad hoc* para a antiga Iugoslávia e para Ruanda, que adotaram, sem maiores debates, o sistema processual da common law, no caso do Estatuto de Roma, houve diversas discussões em torno de qual o

⁵¹ Na mesma direção do que defendido no texto, embora referindo-se ao Direito Internacional Processual em sentido mais amplo, confira-se: LOULA, Maria Rosa Guimarães. **Auxílio direto**: novo instrumento de cooperação jurídica internacional civil. Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 40.

⁵² BEHRENS, Hans-Jörg. Investigação, julgamento e recurso. *In*: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, KAI (org.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 63.

sistema seria adotado, tendo-se buscado adaptações que permitissem a aprovação pelo maior número possível de Estados-membro⁵³. Logo, o texto final representa, ao menos, uma tentativa de se estabelecerem normas processuais universalmente aceites, que não podem ser caracterizadas como pertencentes a um determinado sistema processual antes existente. A formação desse novo sistema processual, além de conferir autonomia ao objeto de estudo do Direito Internacional Processual Penal, pode contribuir também para o aperfeiçoamento dos sistemas nacionais de processo penal.

Estabelecidas essas diferenciações, é possível, agora, concluir que, ao menos nesse quadro de disciplinas jurídicas, considerando que a transferência de pessoas condenadas é um mecanismo de cooperação jurídica, constitui-se ela, de fato, objeto próprio do Direito Processual Penal Internacional, embora reconheçamos, como, aliás, se perceberá ao longo desta dissertação, que ela sofre influências dos demais ramos do Direito aqui mencionados e de outros como o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitários, apenas para citar alguns exemplos.

Encontrado o *locus* de estudo do instituto objeto desta dissertação, impende, agora, identificar os princípios e normas gerais a ele aplicáveis, os quais poderão contribuir para a solução das lacunas legislativas eventualmente existentes nas regulamentações específicas da transferência internacional de pessoas condenadas.

2. DOGMÁTICA DO DIREITO PROCESSUAL PENAL INTERNACIONAL: POR UMA TEORIA GARANTISTA DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL.

2.1. Fundamentos jurídicos para a Cooperação Jurídica Internacional: os limites da jurisdição penal do Estado

Vimos que a cooperação jurídica internacional em matéria penal constitui-se no objeto por excelência do chamado Direito Processual Penal Internacional. Para estudá-la dogmaticamente, é necessário, em primeiro lugar, identificar os fundamentos jurídicos que justificaram o seu surgimento.

Nesse sentido, é possível afirmar que a cooperação jurídica internacional pressupõe o reconhecimento dos limites territoriais da atuação judicante e administrativa do

⁵³*Idem*, p. 64.

Estado e o respeito mútuo aos princípios da autodeterminação dos povos e da não intervenção. Sem estes, por evidente, seriam desnecessários pedidos de auxílio judicial, bastando ao Estado desejoso de aplicar extraterritorialmente suas leis a extensão das atribuições de seu aparato jurisdicional para além de suas fronteiras. Não se falaria, por exemplo, em extradição, mas tão somente em captura do criminoso refugiado fora dos limites territoriais de um determinado Estado. Assim, mesmo em um contexto contemporâneo no qual se preconiza uma tendência à universalização da jurisdição penal, as noções jurídicas de soberania e jurisdição ainda são essenciais para a compreensão do funcionamento da repressão penal em nível internacional. Por essa razão, entendemos fundamental uma breve revisão sobre esses temas, que servirão de base para os próximos debates desta dissertação.

O princípio da territorialidade da aplicação da lei penal é aquele segundo o qual a lei penal de um Estado incide sobre todos os fatos ocorridos em seu território, independentemente da nacionalidade do agente ou da vítima. A aplicação em termos absolutos desse princípio, que poderia ser expresso também no brocardo latino *leges non obligant extra territorum*, implicaria, conforme destaca Inês Ferreira Leite, dois outros sentidos não usualmente explorados pela doutrina⁵⁴. Primeiramente, desse princípio decorreria a idéia de que a lei penal estrangeira não pode ter eficácia no território nacional, eis que esse seria o espaço de regulação exclusiva da lei penal nacional. Do mesmo modo, alargando o sentido do princípio em questão, não se poderia admitir a aplicação extraterritorial da lei penal nacional, já que evidente seria nessa hipótese o conflito com a legislação da lei penal do território em que ocorrido o fato.

Na definição dos critérios de aplicação de suas respectivas legislações criminais, contudo, os Estados não são uniformes, não sendo a territorialidade o único princípio aplicável. É comum, por exemplo, para evitar as hipóteses de impunidade em relação a fatos que violam bens jurídicos de interesse primordial de um Estado, ocorridos em outro, adotar-se o princípio da proteção. De acordo com esse princípio, bens de maior relevância para o Estado, tais como a vida do Chefe de Estado, a integridade física dos

⁵⁴ A autora destaca que, contrariamente ao que se pode imaginar em razão da origem latina desse brocardo jurídico, a paternidade do princípio da territorialidade não deve ser atribuída ao Direito Romano. Citando F. Meili, a autora ressalta que o Direito Romano se alicerçava mais na relação entre os sujeitos e seu sistema jurídico e na proteção dos bens jurídicos romanos. Assim, se praticado crime contra cidadãos romanos ou contra bens jurídicos protegidos pelo Direito Romano, independentemente do local do fato, aplicável seria o sistema penal romano. Por outro lado, se o crime fosse praticado por estrangeiros, ainda que no território romano, aplicável seria o *jus gentium*. Cf.: LEITE, Inês Ferreira. **O conflito de leis penais: natureza e função do Direito Penal Internacional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 23-28.

agentes estatais em missões oficiais, a moeda nacional etc., devem ser protegidos ainda quando distantes do território nacional. Assim, nas hipóteses de violações a esses bens jurídicos, ainda quando estas ocorram fora dos limites do território nacional, deve ser aplicada a lei penal de origem do titular do bem jurídico.

De fato, mesmo nos casos em que se pretende aplicar extraterritorialmente a lei penal nacional, como tentou empreender a jurisdição espanhola no caso Pinchochet, a cooperação jurídica internacional mostra-se fundamental. Sem a cooperação com as autoridades do Reino Unido, em cujo território encontrava-se o general Pinochet, a lei penal espanhola não poderia lhe ser eficazmente aplicada, não em razão da limitação espacial da aplicação da lei penal, mas em função dos limites territoriais da execução de atos estatais de coerção.

De um modo geral, a definição dos critérios de aplicação da lei penal no espaço estão associados à noção de soberania. A soberania foi inicialmente concebida como um poder originário, ilimitado e incondicionado do Estado, isto é, como o poder dos Estados de definirem livremente as suas competências, o que Jellinek chamava de a competência da competência. Como apontam Diniz, Daillier e Pellet, a noção de soberania teria surgido como uma forma de fundamentar a independência de algumas nações europeias em relação ao Sacro Império Romano-germânico⁵⁵. Desenvolveu-se, portanto, inicialmente, em sua dimensão externa, expressada no brocardo *suprema potestas superiorem non recognoscens* (poder supremo que não reconhece outro acima de si mesmo). Essa é também a ordem de desenvolvimento das ideias em torno da soberania sustentada por Luigi Ferrajoli. Contudo, para ele, o responsável pela criação dessa noção de soberania externa seria Francisco de Vitória, que a teria concebido para justificar a conquista do Novo Mundo⁵⁶. Apenas posteriormente, ter-se-ia desenvolvido também a dimensão interna da soberania, que corresponderia à ideia sustentada por Bodin de *summa in cives ac súbditos legisbusque soluta potestas* (o mais alto poder sobre os cidadãos e os súditos, livre da obediência às leis)⁵⁷.

Se essa fosse a noção de soberania ainda predominante, teriam razão Kelsen e Ferrajoli ao sustentarem, por motivos diversos, que, especialmente, desde a constituição da

⁵⁵DINIZ, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Op. Cit.** p. 443.

⁵⁶ Para uma análise da importância da obra de Francisco de Vitória para o Direito Internacional, confira-se: CANTARELLI, Margarida. Francisco de Vitória, a doutrina colonial para o novo mundo. In: BRANDÃO, Claudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (coord.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 162-174.

⁵⁷ Cf.: FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 1-8.

ordem jurídica internacional, não haveria mais Estados soberanos. Com efeito, para Kelsen, se compreendida a expressão soberania como autoridade suprema, isto é, como um poder efetivo de emitir comandos obrigatórios acima do qual não existe qualquer outro, então, sob a perspectiva da teoria monista, somente a ordem jurídica internacional, da qual as ordens jurídicas nacionais retiram o seu fundamento de validade, seria soberana. Por conseguinte, admitindo-se a existência dessa ordem internacional, não haveria Estados soberanos, já que as ordens jurídicas desses Estados estariam subordinadas à ordem jurídica internacional. Nessa hipótese, somente se poderia falar em soberanias relativas⁵⁸.

Por sua vez, Luigi Ferrajoli defende que a ideia de soberania apresentaria três aporias. A primeira, de cunho filosófico, residiria no fato de ter a noção de soberania surgido como uma construção jusnaturalista e servir, hoje, para uma concepção juspositivista do Estado. Assim, um resquício pré-moderno estaria na origem da modernidade jurídica e, ao mesmo tempo, em contraste com esta. A segunda, de caráter histórico, teórico e prático, relacionar-se-ia ao fato de as duas dimensões da soberania, a externa e a interna, apresentarem uma divergência em sua cronologia: enquanto a história da soberania externa seria a de sua progressiva absolutização, tendo culminado com as duas grandes guerras mundiais; a da interna seria a de sua progressiva limitação e dissolução, na medida em que se vão consolidando os princípios do Estado de Direito e, desse modo, de subordinação também dos governantes ao império da lei. Por fim, a terceira aporia diria respeito a uma suposta antinomia irreduzível entre soberania e direito, tanto no âmbito do Direito interno como no âmbito do Direito internacional, já que ele não compreenderia como uma soberania poderia ser de qualquer forma limitada, o que ocorreria, internamente, diante da supremacia da Constituição e da necessidade de respeito aos direitos fundamentais, e, externamente, diante das limitações impostas ao Estado em razão da necessidade de se respeitarem os direitos humanos⁵⁹.

De fato, na forma como esses autores a compreendem, isto é, na sua concepção estrita, como um poder superior a qualquer outro, a soberania dos Estados seria incompatível com a ideia de uma ordem internacional e com a noção de Estado de Direito, pois ou os Estados estão submetidos a essa ordem internacional e assim não seriam soberanos ou se

⁵⁸. Cf.: KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 544-548.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Op. Cit. passim**. Essas aporias são mencionadas na introdução, mas desenvolvidas ao longo de todos os demais capítulos desse opúsculo do autor italiano.

considera que são eles todos soberanos e, desse modo, não haveria uma ordem que lhes fosse superior. Contudo, essa é apenas uma das formas de compreender a ideia de soberania. Atualmente, já se aceita a definição de soberania como um poder discricionário em áreas limitadas pela ordem jurídica internacional. Reconhece-se, desse modo, aos Estados uma autoridade que lhes é característica e que não pode ser compartilhada por nenhum outro ente que não possua a sua mesma natureza. Essa autoridade, contudo, é limitada no tempo e no espaço pelo Direito internacional por meio da noção de território.

É com fundamento nessa noção mais recente de soberania que Ian Brownlie define os corolários da soberania dos Estados como sendo: a jurisdição, em princípio exclusiva, sobre um território e sobre a população permanente que nele vive; a obrigação de não intervenção na área de jurisdição exclusiva (leia-se, território) dos outros Estados; a subordinação às normas do Direito internacional, resultantes do costume internacional e dos tratados e convenções internacionais⁶⁰.

No âmbito do Direito Internacional, consolidou-se o entendimento de que a jurisdição, em princípio exclusiva, sobre um território e sobre a população permanente que nele vive é um dos principais corolários da ideia de soberania. Por jurisdição se entende, em termos simplificados, o poder de dizer o direito no caso concreto. Esse poder, todavia, não é ilimitado, pois é uma das características da soberania do Estado, a qual, por sua vez, é exercida sobre um povo estabelecido em um determinado território. É comum, portanto, vincular-se a jurisdição aos limites territoriais do Estado.

Embora na Idade Média, como anota Barbas Homem, fosse comum aderir à noção de jurisdição as limitações territoriais⁶¹, hoje (ou melhor, desde os Códigos Penais da França e da Alemanha do Séc. XIX), reconhece-se ser possível estender essa jurisdição para fatos ocorridos extraterritorialmente. A possibilidade de extensão do âmbito de jurisdição, contudo, também não é infinita. Ela se conforma exatamente pela necessidade de respeito à soberania de outros Estados nacionais e, por conseguinte, às suas respectivas jurisdições. Nesse sentido, esclarece Antenor Madruga que:

Por mais larga que seja, a medida de discricionariedade na extensão extraterritorial da jurisdição não é total. A liberdade do Estado na fixação extraterritorial dos limites de sua jurisdição encontrará evidentes barreiras

⁶⁰ BROWNLIE, Ian. **Princípios de direito internacional público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 309.

⁶¹ Cf.: HOMEM, António Pedro Barbas. **História das relações internacionais: o direito e as concepções políticas na Idade Moderna**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 97.

na soberania dos demais Estados. Em algumas situações, o próprio exercício da jurisdição executiva sobre o conflito localizado no território de outro Estado será, per se, uma agressão à soberania alheia⁶².

Ao definir o que entende por cooperação jurídica internacional em matéria penal, Fábio Ramazzini Bechara também reconhece que ela se mostra necessária a partir das limitações territoriais de soberania, aduzindo ainda que a expressão “cooperação internacional” deve ser explicada pela ausência de jurisdição e competência de um Estado no território de outro⁶³.

De fato, se compreendermos a jurisdição penal como um dos poderes elementares decorrentes do reconhecimento da soberania de um Estado⁶⁴ e admitirmos que a discussão em torno do problema da jurisdição tem especial sentido justamente quando ela se estende para além das fronteiras domésticas, isto é, sobre *matters not exclusively of domestic concern*⁶⁵, e, desse modo, quando o exercício da jurisdição penal de um Estado põe-se em rota de colisão com outras possíveis jurisdições, perceber-se-á que o respeito mútuo à noção de soberania é um dos principais fatores que fundamenta as limitações à jurisdição do Estado e,

⁶² MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. **A renúncia à imunidade de jurisdição pelo estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 84.

⁶³ Cf.: BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 42-43.

⁶⁴ A vinculação entre soberania do Estado e jurisdição não é aceita por todos. Pedro Caeiro, por exemplo, contesta a assertiva, apontando como exemplos de entidades não estatais que possuiriam jurisdição penal as comunidades moçárabes e as comunas hebraicas e mudéjares residentes na Península Ibérica e as tribos indígenas dos Estados Unidos da América, embora ele próprio reconheça que a noção em questão é a mais usual na doutrina. Cf: CAEIRO, Pedro. **Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado: o caso português**. Coimbra: WoltersKluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, p. 47-50. O autor, contudo, adota um conceito de jurisdição penal que não inclui o poder de executar as sanções penais aplicadas pelos tribunais (*jurisdiction to enforce*) e trabalha com a noção de jurisdição central (jurisdições do tipo estatal) e jurisdição periférica (jurisdições de outras entidades não-estatais). Se incluído aquele poder na definição de jurisdição penal e excluída essa separação teórica, já que as jurisdições centrais continuam sendo executáveis sobre as periféricas, a contestação, sob nossa perspectiva, não prospera.

⁶⁵ A expressão é de Frederick Mann, citado por Pedro Caeiro, e refere-se às situações ou matérias que não interessam apenas aos limites de um determinado espaço. São as situações com elemento de *estraneidade* (extraterritorialidade do fato, a nacionalidade estrangeira dos intervenientes, o encabeçamento da titularidade dos interesses em causa num outro Estado ou num cidadão estrangeiro etc.). Ressalte-se que Pedro Caeiro, ao comentar a definição de jurisdição fornecida por F. Mann, defende que, atualmente, já não se poderia limitar a noção de jurisdição às situações com elemento de *estraneidade*, pois também haveria limitações internas à jurisdição estatal, tais como previsões internacionais sobre a impossibilidade de reputar fatos como crime e a aceitação depois do Tribunal de Nuremberg de que situações puramente internas podem ensejar crimes contra o direito internacional submetidos a uma jurisdição penal internacional. Sobre o assunto, confira-se: CAEIRO, Pedro. **Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado: o caso português**. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, p. 24-28. Embora reconheçamos que o problema da jurisdição já não se limita a seus aspectos internacionais, insistimos que, ainda hoje, as questões por ele suscitadas predominantemente referem-se a aspectos com elementos de *estraneidade*.

por conseguinte, aquilo que dá ensejo juridicamente à cooperação internacional em matéria penal.

Embora existam apóstolos do fim do Estado (e, por conseguinte, do fim de uma jurisdição limitada), por esgotamento de sua funcionalidade em um mundo dito “pós-moderno” e como culminação de um processo universal de integração entre os povos do globo, a realidade demonstra-nos que esse é um prognóstico, no mínimo, bastante distante. Nesse mesmo sentido, Rui Cunha Martins, citando Bruce Maazlish, também reconhece que as nações não estão prestes a desaparecer e que o Estado ainda é o maior ator da cena internacional e global⁶⁶.

De fato, a desintegração da União Européia, com a possibilidade de saída da Grécia, logo diante da primeira crise econômica enfrentada após o Tratado de Lisboa, e as ausências de ratificação do Estatuto do Tribunal Penal Internacional por países como os EUA, a China e a Índia desacreditam o anúncio do fim do Estado e das nacionalidades em prol de uma comunidade única mundial, pois nem o projeto de formação de um estado europeu unificado nem o projeto de governança global estão garantidos. Haveria, quando muito, novas fronteiras, por natureza, adaptáveis às contingências econômicas, políticas e sociais, e novas definições sobre os conceitos antigos de soberania e território, em um processo de articulação entre as escalas nacionais e transnacionais, o que não implica a superação do modelo antigo, mas um processo(complexo) de compatibilização. Sobre o modo de mudança típico da contemporaneidade e sobre como este se aplicaria para o problema do Estado no mundo atual, Rui Cunha Martins assevera que:

Sendo certo que esta tendencial compatibilização decorre sob o impulso da também gradual denúncia do verdadeiro sentido dos finalismos (consubstanciada, por exemplo, no aviso de que “se está a assistir, não ao fim da história, mas tão-só, ao fim das filosofias do fim da história”) e de uma gradual percepção da deriva essencialista onde se inscrevem tanto a maioria dos discursos do fim da história

⁶⁶Sobre os desafios da chamada “pós-estatalidade” e sobre as formas como se acredita que o Estado permanecerá (e, portanto, não se findará) com adaptações conceituais e alargamento do dispositivo da fronteira, confira-se: MARTINS, Rui Cunha. **O método da fronteira: radiografia histórica de um dispositivo contemporâneo** (matizes ibéricas e americanas). Coimbra: Almedina, 2008, p. 217. Do mesmo modo, Margarida Cantarelli sustenta que: “embora, hoje, muitos doutrinadores prevejam o fim do Estado, na realidade, o que ao final todos concordam, é que vêm se operando profundas transformações tanto no âmbito interno quanto nas relações externas, variando, entretanto, o grau de tais transformações, pelas mais diferentes razões, tais como o nível de integração, o modelo político, o grau de desenvolvimento e até mesmo a localização geográfica”. Cf.: CANTARELLI, Margarida. **Da territorialidade à transnacionalidade: a desterritorialização da jurisdição penal**. Tese de doutorado em direito da UFPE, 2000, p. 48. Em sentido diverso, sustentando que a soberania é um conceito inaplicável à realidade dos Estados contemporâneos e que caminhamos para um constitucionalismo universal, consulte-se: FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Trad. Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 53-64.

quanto a crítica pós-histórica desses discursos, deverá reconhecer-se que ela traduz, sobremaneira, o reconhecimento de uma impossibilidade, qual seja a de, hoje, pensar a mudança enquanto superação, isto é, verticalmente, como um processo em que o novo corresponde, sobretudo, à substituição do que existe, preferindo-lhe, ao invés, um pensamento novo enquanto lateralidade, expresso em situações de compatibilidade e concomitância, em que, para o dizer de uma maneira consagrada, o novo não tem de ser dar no sentido do mais, podendo dar-se no sentido do de outro modo⁶⁷.

Mesmo em um contexto de desenvolvimento das esferas supranacionais de articulação jurídica, enquanto a lógica estatal de soberania territorial vigorar, não se poderá falar propriamente de superação do modelo moderno de Estado e, por conseguinte, de fim da cooperação jurídica internacional, mas sim de um processo de adaptação dos institutos antigos e surgimento de novos mecanismos que alteram o modo como se operacionaliza o processo de jurisdição penal do Estado. Seguimos, portanto, compreendendo que a cooperação jurídica internacional será mesmo na contemporaneidade necessária.

Portanto, é para um mundo com fronteiras nacionais, isto é, em que sobrevivem os Estados nacionais com suas respectivas limitações jurisdicionais que se cogita a necessidade de uma teoria geral da cooperação jurídica internacional.

A cooperação internacional também se fundamenta dogmaticamente, tanto no plano do Direito Internacional como no âmbito do Direito Interno.

Nesse sentido, os propósitos e os princípios definidos no primeiro capítulo da Carta das Nações Unidas revelam que o modelo eleito para a manutenção da paz é o de cooperação de esforços entre as nações soberanas, de modo que ele próprio pressupõe a continuidade da existência dos Estados. Confira-se, a esse respeito, o texto dos itens 2 e 3 do art. 1º (propósitos) e o item 1 do art. 2º (princípios):

Art. 1º. Os propósitos das Nações Unidas são:

[...]

2 - Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal;

3 - Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e

⁶⁷ MARTINS, Rui Cunha. **O método da fronteira**: radiografia histórica de um dispositivo contemporâneo (matizes ibéricas e americanas). Coimbra: Almedina, 2008, p. 221.

Art. 2º A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios:
1 - A Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus Membros.⁶⁸

Importa destacar, nesse ponto, que, nos termos da Carta da ONU, a cooperação internacional tem dois objetivos claros e vinculados: (i) resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e (ii) promover e estimular o respeito aos direitos humanos e à liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião. Percebe-se, portanto, que mesmo a cooperação internacional para resolver os problemas sociais da criminalidade transnacional está vinculada ao respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, o que, para ir além do discurso retórico de busca por legitimação política, necessita ser concretizado por meio do reconhecimento de garantias efetivas de participação do sujeito envolvido no processo que lhe concernir e dos princípios dogmáticos que orientam a aplicação do Direito Penal construído no marco dos direitos humanos.

Essa vinculação entre cooperação internacional e respeito aos direitos humanos também conforma a estrutura de como ela deve ser havida no âmbito do ordenamento jurídico nacional. Com efeito, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, estabelece em seu art. 4º os princípios norteadores das relações internacionais do Estado brasileiro. Por meio deles, declara-se a soberania do Estado brasileiro (princípio da independência nacional) e reconhece-se a de outros Estados (princípios da autodeterminação dos povos; da não-intervenção e da igualdade entre os Estados), estabelecendo-se um método para resolução dos casos em que houver choque entre seus interesses e os dos demais Estados soberanos: a solução pacífica dos conflitos (inciso VII) por meio da cooperação entre os povos (inciso IX), tendo como valores fundamentais a prevalência dos direitos humanos (inciso II) e a defesa da paz (inciso VI).

Como compatibilizar a necessidade de cooperação entre os povos, a soberania nacional e a prevalência dos direitos humanos é o desafio para o qual se espera ofertar alguma contribuição com as linhas que se seguem.

⁶⁸ UNITED NATIONS. **Charter of the united nations.** Disponível em <http://www.un.org/en/documents/charter/chapter1.shtml>. Acesso 29 maio 2012

2.2. Noções preliminares acerca da cooperação jurídica internacional

A depender da função que se atribua ao processo penal, distinta será a forma de conceituar a cooperação jurídica internacional em matéria penal e de interpretar as normas a esta aplicáveis. Com efeito, se se entende que a função do processo penal é a de servir como meio para o exercício do poder de punir do Estado, então a cooperação jurídica internacional deve ser definida como o conjunto de mecanismos que possibilitam o exercício desse poder quando necessário for recorrer ao auxílio de um Estado estrangeiro. Nessa hipótese, destaca-se a relação inter-estatal e a finalidade persecutória do processo penal, constituindo-se o cidadão acusado mero objeto da cooperação, sem direito à participação efetiva no processo internacional.

Essa parece ser a orientação que tem prevalecido na redação dos tratados mais recentes sobre a matéria assinados pelo Brasil. Com efeito, tanto na Convenção Interamericana sobre Assistência Mútua em Assuntos Penais, de 23 de maio de 1992, como no Protocolo de Assistência Mútua em Matéria Penal do Mercosul, de 25 de junho de 1996, bem como no tratado bilateral pactuado com os Estados Unidos, de 14 de outubro de 1997, por exemplo, há expressa disposição no sentido de que as normas ali previstas aplicam-se unicamente à prestação de assistência mútua entre os Estados Partes e não autorizam os particulares a obter ou excluir provas nem a impedir o cumprimento de qualquer pedido de assistência.

Por outro lado, se o processo penal for compreendido como uma limitação ao poder punitivo estatal e, portanto, como uma garantia dos cidadãos de que não serão julgados sem que lhe tenham sido assegurados o contraditório e a ampla defesa, com oportunidades iguais às da acusação para influenciar efetivamente na convicção do juiz, então, a definição de Raúl Cervini parece mais adequada. Para ele, a cooperação jurídica internacional deve ser entendida como:

um conjunto de atividades processuais, regulares, concretas e de diverso nível, cumpridas por órgãos jurisdicionais em matéria penal, pertencentes a distintos Estados soberanos, que convergem 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 requerido⁶⁹.

Esse marco de garantias é o que assegura a participação ativa do cidadão envolvido no processo de cooperação jurídica internacional e, por conseguinte, o que permite tanto a sua insurgência contra eventuais violações aos princípios decorrentes do respeito ao devido processo legal, como o reconhecimento de que não se pode pretender a proteção de bens jurídicos de uma parcela da sociedade com a violação desproporcional da dignidade da pessoa humana perseguida penalmente com a cooperação internacional. Embora reconheçamos que nem todas as garantias individuais se encontram previstas expressamente nos acordos e convenções relacionados especificamente à cooperação jurídica internacional, comungamos da definição de Raúl Cervini por se encontrar ela amparada em uma interpretação sistemática de outros regramentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto de São José da Costa Rica, assim como nos textos constitucionais dos Estados democráticos, que prevêm a necessidade de se respeitar no processo penal o contraditório e a ampla defesa. Essas idéias quanto à legitimidade da participação ativa do indivíduo nos processos de cooperação serão melhor analisadas ao tratarmos dos princípios que devem orientar a cooperação jurídica internacional.

Estabelecida a definição, é necessário, ainda, justificar a utilização da nomenclatura cooperação jurídica internacional no lugar de expressões assemelhadas, como cooperação judicial e auxílio mútuo internacional em assuntos penais. Optamos pela primeira denominação por considerarmos ser ela a mais abrangente. Com efeito, quando se fala em cooperação judicial internacional não se costuma incluir as hipóteses de cooperação entre órgãos administrativos (isto é, órgãos estatais sem poderes jurisdicionais) e entre estes e as autoridades com poderes jurisdicionais. Aliás, é justamente no plano da cooperação direta entre órgãos sem poder jurisdicional que se tem identificado os maiores avanços nos mais recentes acordos sobre a matéria⁷⁰.

⁶⁹ CERVINI, Raúl. **Das garantias do concernido na cooperação judicial penal internacional**. *Ob.ct.* p. 444.

⁷⁰ Citem-se, como exemplo, os diversos acordos sobre auxílio direto, de que é exemplo o *Mutual Legal Assistance Treaty-MLAT*, celebrado entre Brasil e EUA, em vigor por força do Decreto nº 3.810/01. De fato, a cooperação entre órgãos judiciais, com os clássicos mecanismos da extradição e da carta rogatória, que tradicionalmente envolviam também a via diplomática, já se mostraram insuficientes para atender os anseios modernos por celeridade. Assim, para aumentar a velocidade do Direito Penal, aposta-se, agora, no intercâmbio direto entre autoridades policiais e entre órgãos de acusação, por exemplo, como caminho mais eficaz para a persecução penal internacional.

Além disso, a expressão assistência mútua internacional em assuntos penais, utilizada na Convenção Americana e no Protocolo do Mercosul acima referidos, abrange corriqueiramente apenas a entre-ajuda em medidas processuais penais, excluindo, por exemplo, a extradição e a transferência internacional de pessoas condenadas, que são tratadas em acordos específicos.

Quanto à natureza jurídica, considerando a definição que acima adotamos, necessário é reconhecer que a cooperação jurídica internacional tem índole eminentemente processual-funcional, no sentido de que sempre se relacionará com um outro processo principal que já tramita ou que se pretende instruir para ser formalizado no Estado requerente. Mesmo os atos de cooperação para fins investigatórios visam, em última instância, a instrução de uma futura ação penal.

Esclarecidos esses pontos, antes de passarmos ao exame mais aprofundado da matéria, julgamos ser útil ainda assentarmos algumas distinções/classificações que serão utilizadas no texto e que poderiam causar alguma incompreensão se não apresentadas, desde logo.

Assim, em primeiro lugar, é preciso distinguir a cooperação ativa da cooperação passiva. Trata-se em verdade apenas de pontos de vistas diversos sobre o mesmo instituto. De fato, se tomarmos como referência o Estado brasileiro, a cooperação será ativa quando for uma autoridade brasileira a solicitante da cooperação. Para ilustrar, se, no curso de uma ação penal que tramita em um tribunal nacional, for necessária a oitiva de uma testemunha localizada no território de outro país, a cooperação requerida pela autoridade brasileira ao órgão estrangeiro competente será qualificada como ativa. Na direção inversa, se o pedido de cooperação for demandado por uma autoridade estrangeira para que seja executado um ato no território brasileiro, então, estar-se-á diante de hipótese de cooperação passiva. Note-se que essa classificação, embora desprovida de conteúdo científico, tem relevante interesse prático e didático, e serve para identificar, desde logo, a posição do Estado de referência e dos demais sujeitos envolvidos na narrativa dos fatos.

Outra classificação possível é a que diferencia a cooperação judicial da cooperação extrajudicial. Essa proposta de categorização também é apresentada por Fábio Ramazzini Bechara, segundo quem estaria ela relacionada à qualidade de quem coopera⁷¹.

⁷¹ BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal**: eficácia da prova produzida no exterior. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 44-46.

Esse autor, a propósito, destaca quatro critérios para a classificação da cooperação jurídica internacional: iniciativa da solicitação; qualidade de quem coopera; finalidade e procedimento⁷². O segundo relaciona-se justamente à dicotomia cooperação judicial e extrajudicial, que o autor denomina, respectivamente, como cooperação jurídica judicial e cooperação jurídica administrativa. O acréscimo da expressão “jurídica”, embora possa parecer redundante quando posta em conjunto com a expressão “judicial”, pode fazer sentido se a intenção do autor, não expressamente declarada em sua obra, tiver sido enfatizar que ele não está se referindo às hipóteses de cooperação técnica. Melhor seria, contudo, reservar o termo administrativa apenas para as hipóteses de cooperação técnica⁷³, utilizando expressão mais clara como cooperação “extrajudicial” para os casos de cooperação jurídica em que estão envolvidos órgãos sem poder jurisdicional.

De fato, a cooperação jurídica pode realizar-se entre autoridades judiciais ou entre autoridades sem poder jurisdicional. Para a primeira hipótese, citam-se os casos em que são utilizados os mecanismos tradicionais de cooperação jurídica, tais como extradição, carta rogatória e homologação de sentença estrangeira. Como regra geral, quando necessária for a constrição ou a restrição de direitos dos cidadãos localizados no território de um determinado Estado em decorrência de ato praticado por órgão com poder jurisdicional de outro Estado, tratar-se-á de hipótese de cooperação judicial internacional. Por outro lado, se dispensável for a participação de qualquer órgão com poder jurisdicional para a prática de atos relacionados a uma demanda criminal, bastando a intervenção de autoridades representativas dos Estados envolvidos, então, estar-se-á diante de hipótese de cooperação extrajudicial internacional. Como exemplo, podem-se mencionar os casos de cooperação entre os órgãos de investigação

⁷² O primeiro desses critérios refere-se à distinção entre cooperação ativa e passiva, já comentada. O terceiro fundamenta-se na teoria dos níveis ou graus de cooperação, que será examinada no tópico seguinte. O quarto, na verdade, não é propriamente uma classificação, pois nas categorias criadas só pode ser incluído um único objeto, cuidando-se, portanto, mais propriamente de uma individualização de procedimentos. De fato, segundo o autor, levando em consideração o quarto critério, a cooperação jurídica poderia ser classificada de acordo com o procedimento da extradição (só a extradição obedece a esse procedimento); procedimento de pedido de homologação de sentença estrangeira (só a homologação de sentença estrangeira obedece a esse procedimento); procedimento de carta rogatória (só a carta rogatória obedece a esse procedimento); e procedimento de pedido de auxílio direto (somente o auxílio direto obedece a esse procedimento). Cf. BECHARA, Fábio Ramazzini. *Op. Cit.* p. 46.

⁷³ Nesse sentido, Patrícia Núñez Weber argumenta que a cooperação penal internacional administrativa em sentido próprio ou estrito seria aquela que não estaria vinculada a qualquer feito criminal específico e que seria destinada apenas ao aprimoramento tecnológico, à troca de informações, banco de dados, estratégias de atuação geral, sem referir-se a um caso concreto. Cf.: WEBER, Patrícia Núñez. **A cooperação jurídica internacional em medidas processuais penais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 55.

policial para a remessa de documentos relacionados a investigações sobre fatos comuns relacionados ou praticados em ambos os territórios⁷⁴.

Como na expressão cooperação jurídica internacional incluímos tanto a cooperação judicial como a extrajudicial, é àquela designação mais abrangente que faremos referências nos tópicos seguintes.

A cooperação jurídica internacional pode ser ainda classificada de acordo com o nível ou grau de intervenção na esfera de liberdade do cidadão.

A teoria dos níveis de cooperação relaciona-se diretamente com a compreensão do papel do indivíduo no processo de cooperação internacional e, por conseguinte, da necessidade de se assegurar, proporcionalmente ao grau de intervenção em sua esfera de liberdade, maiores garantias processuais.

A observância dos chamados níveis de cooperação penal internacional relaciona-se ao princípio da gradualidade dos requisitos. Para Raul Cervini, que se ampara na doutrina especialmente italiana sobre a matéria, haveria três níveis de assistência mútua entre os Estados⁷⁵.

Em um primeiro nível, estariam as medidas de cooperação internacional de caráter eminentemente instrutório, direcionadas à averiguação de fatos ocorridos no Estado requerido ou à obtenção de provas que se localizam no território desse Estado. Como exemplo, poderiam ser citadas as realizações de perícias, a obtenção de informações e documentos, o traslado voluntário de pessoas para prestar depoimento etc.⁷⁶. Em um segundo nível, estariam as medidas de assistência processual suscetíveis de causar gravame

⁷⁴ Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva adota classificação semelhante, embora raciocinada para a cooperação jurídica internacional em matéria civil. Para ele, as diversas formas de cooperação internacional podem ser divididas segundo o sujeito processual que a requer e conforme a natureza do provimento requerido. Assim, para ele, tomando como referência o primeiro desses critérios, a cooperação internacional pode ser qualificada como de iniciativa das partes ou de iniciativa do juiz, e, considerando o segundo critério, pode ser classificada ainda como jurisdicional, quando for reclamado ato dessa natureza, ou como administrativa, quando os atos demandados não importarem em provimento com natureza jurisdicional. Como hipótese de cooperação administrativa de iniciativa do juiz, o autor indica a solicitação de juiz estrangeiro para citação ou intimação de testemunha no território nacional e os pedidos de informação sobre o Direito nacional ou de cópias de documentos e autos processuais. SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Cooperação jurídica internacional e auxílio direto*. **Revista CEJ**, Brasília, n 32, p. 75-79, jan./mar. 2006, p. 76-77. A classificação sugerida por esse autor, contudo, não pode ser simplesmente importada para a seara criminal, tendo em vista a evidente diferença em relação à alienabilidade dos bens jurídicos envolvidos no processo penal (a liberdade, que é inalienável) e no processo civil (a propriedade, o patrimônio, bens que são em regra alienáveis). Além disso, a iniciativa probatória do juiz não deve ser admitida em um processo penal democrático, se almejadas realmente a separação entre as partes e a menor parcialidade possível do juiz.

⁷⁵ CERVINI, Raul; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 66-67.

⁷⁶ CERVINI, Raul. **Op. Cit.** p. 68.

patrimonial às pessoas envolvidas. Seriam os casos de seqüestros, embargos, registro ou qualquer tipo de interdição ou entrega de algum bem⁷⁷. O terceiro nível englobaria todas as medidas que pudessem provocar diretamente uma séria restrição ao direito de liberdades dos cidadãos envolvidos. Seriam os casos de extradição e de execução de sentença penal estrangeira⁷⁸

Cervini registra ainda que, dada a gravidade da afetação dos direitos do cidadão em decorrência da extradição, doutrinadores como Lavasseur e Didier Operti consideram essa espécie tradicional e mais desenvolvida de assistência judicial entre os Estados como um instituto que deveria ser tratado de forma separada dos meios de cooperação penal internacional, sugerindo, inclusive, um estudo mais aprofundado no âmbito de um Direito Extradicional⁷⁹. Ele, contudo, não considera conveniente a separação proposta, pois ela tenderia a reservar um tratamento mais garantista apenas para os atos de extradição, “deixando um tanto desprotegida a situação dos indivíduos envolvidos em medidas de simples assistência”⁸⁰.

Nesse ponto, é importante ainda distinguir os mecanismos de cooperação jurídica internacional em matéria penal em duas categorias de sentido: em sentido amplo ou em sentido estrito. Esta última se refere apenas aos instrumentos de cooperação normalmente associados à idéia de assistência internacional ou a auxílio mútuo, previstos em tratados bilaterais, conhecidos em sua sigla em inglês por MLATs (*Mutual Legal Assistance Treaty*), e em convenções internacionais como a Convenção de Estrasburgo, a Convenção Interamericana e o Protocolo do Mercosul. São as hipóteses que admitem auxílio direto e que se referem a medidas processuais que não demandam restrição à liberdade (medidas de primeiro e segundo grau). Em sentido amplo, a expressão cooperação jurídica internacional engloba a extradição, a homologação de sentença estrangeira, a transferência de processo, a transferência internacional de pessoas condenadas, além do auxílio direto e da carta rogatória.

Tomando como referência a Convenção Interamericana e o Protocolo do Mercosul, podem-se mencionar como mecanismos mais modernos de cooperação em sentido estrito os seguintes: notificação de atos processuais; recepção e produção de provas, tais como testemunhos ou declarações, realização de perícias e exames de pessoas, bens e lugares;

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ CERVINI, Raul. **Op. Cit.** p. 68-69.

⁷⁹ *Idem*, p. 69.

⁸⁰ *Idem*, p. 70.

localização ou identificação de pessoas; notificação de testemunhas ou peritos para o comparecimento voluntário a fim de prestar testemunho no Estado requerente; traslado de pessoas sujeitas a um processo penal para comparecimento como testemunhas no Estado requerente ou com outros propósitos expressamente indicados na solicitação, conforme o Protocolo; medidas acautelatórias sobre bens; cumprimento de outras solicitações a respeito de bens, como por exemplo o seqüestro; entrega de documentos e outros elementos de prova; apreensão, transferência de bens confiscados e outras medidas de natureza, similar; retenção de bens para efeitos do cumprimento de sentenças judiciais que imponham indenizações ou multas impostas por sentença judicial; qualquer outra forma de assistência em conformidade com os fins desse Protocolo que não seja incompatível com as leis do Estado requerido.

Além desses instrumentos de assistência mútua que usualmente eram realizados por meio de cartas rogatórias, pode-se mencionar, agora, como mecanismos de cooperação jurídica internacional em sentido amplo, os mais tradicionais como a extradição e a homologação de sentença penal estrangeira, e os mais novos como a transmissão de processos, vigilância de pessoas condenadas ou libertas condicionalmente, e transferência de pessoas condenadas⁸¹.

Neste capítulo, embora tratemos de princípios aplicáveis especialmente aos mecanismos de cooperação jurídica em sentido estrito, entendemos que eles podem ser aplicáveis, de um modo geral, a todos os instrumentos de cooperação jurídica em sentido amplo.

Esclarecidas essas noções iniciais, cumpre, agora, observar o processo histórico de construção da cooperação jurídica internacional no ambiente em que ela alcançou maior desenvolvimento, o da União Europeia, e, em seguida, analisar como esse processo ocorreu no Brasil.

2.3. Desenvolvimento histórico da cooperação jurídica internacional na União Européia e no Brasil

⁸¹ A tipologia dos mecanismos de cooperação jurídica internacional em sentido amplo aqui adotada fundamentou-se naquela apresentada por Ada Pellegrini Grinover no Relatório Geral que ela apresentou no Congresso Internacional de Direito Processual, realizado em setembro de 1994, na região de Taormina, Itália, sobre o tópico Cooperação Internacional no Processo Penal, publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais. Cf.: GRINOVER, Ada Pellegrini. Processo penal transnacional: linhas evolutivas e garantias processuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 3, n. 9, jan./mar., 1995, p.56-72.

O desenvolvimento da cooperação jurídica entre os Estados em matéria penal sempre esteve associada a uma resposta à internacionalização da criminalidade⁸². Diz-se, inclusive, que a cooperação penal internacional teria surgido desde o momento em que se vislumbrou a necessidade de duas ou mais nações unirem forças para possibilitar a responsabilização penal de um indivíduo que ultrapassasse as fronteiras de um Estado com intuito de refugiar-se da repressão penal. É comum, nesse sentido, atribuir-se a origem remota dos mecanismos de cooperação jurídica internacional a um tratado de paz celebrado em 1280 a.C. entre Ramsés II, rei do Egito, e Hatussilli, rei dos Hititas, por meio do qual se permitia a extradição daqueles que houvessem praticado um crime contra os interesses dos respectivos reinos e se refugiado no território do outro⁸³.

Entretanto, as razões que justificavam a cooperação entre as nações nesse tempo eram resumidas, como destaca Russomano, ao receio que se tinha das ameaças recíprocas de invasão e de violência⁸⁴. Hodiernamente, embora se reconheça que a violação à soberania de um Estado pode resultar também em retaliações (inclusive, beligerantes), o dever de cooperar se fundamenta basicamente na compreensão da necessidade, por vezes de origem econômica, de se estabelecer um regime de solidariedade entre os povos para a manutenção dos interesses comuns de uma ordem comunitária internacional, que se pretende pacífica e harmoniosa. Além disso, já não se limita a entre-ajuda estatal apenas às hipóteses de extradição, tendo-se desenvolvido outros mecanismos de natureza especialmente instrutória e acautelatória.

A respeito do aprimoramento desses outros instrumentos de assistência processual penal mútua entre os Estados, citando Guillermo Fierro, Raul Cervini destaca que o desenvolvimento da cooperação jurídica na forma como ela é compreendida hoje remontaria

⁸² Nesse sentido, Raul Cervini argumenta que o aperfeiçoamento dos diversos mecanismos de cooperação consiste em uma reação estatal ao fenômeno da criminalidade organizada, que utilizaria deliberadamente as restrições jurídicas impostas à aplicação transfronteiriça da lei penal como forma de assegurar maior impunidade. Cf.: CERVINI, Raul; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 p. 46-47. Se bem examinada a história das relações entre os ordenamentos jurídicos dos diversos Estados, perceber-se-á que mais apropriado seria associar essa aproximação jurídica à integração econômica entre os povos. Isso porque é a partir da abertura aos fluxos migratórios e da economia regional para a livre circulação de pessoas, mercadorias e serviços que se intensifica a criminalização do estrangeiro. A internacionalização da criminalidade organizada acompanhou, de certa forma, a intensificação do comércio, primeiramente, regional e, posteriormente, global.

⁸³Cf.: ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. Introdução à teoria geral do direito penal internacional. In: **Ciência penal**: coletânea de estudos: homenagem a Alcides Munhoz Netto. Curitiba: JM, 1999. p.245.

⁸⁴ RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. **A extradição**: no direito internacional e no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 16.

para os fins do sec. XIX. O tema teria constituído o foco dos debates do Primeiro Congresso Penitenciário, realizado em Londres, em 1872, e dos posteriores, havidos em Roma (1885) e em Paris (1895). Nesses encontros, ter-se-ia já reconhecido a necessidade de se lograr uma união entre as polícias dos diferentes Estados com o propósito de facilitar a detenção dos criminosos furtivos e uma conexão entre os juizes da Europa com o fim de enfrentar esse problema⁸⁵.

O penalista uruguaio ressalta, ainda, nesse esboço histórico, a realização em abril de 1916, do Primeiro Congresso de Polícia Judicial, organizado por Alberto I, de Mônaco, que teria reunido representantes de 14 países para debater estratégias comuns para o enfrentamento do delito internacional. Quatro pontos teriam sido debatidos nesse encontro: meios adequados para conferir mais eficiência à detenção de delinquentes; aperfeiçoamento dos métodos de identificação; elaboração de um fichário central internacional e unificação dos procedimentos instrumentais da extradição. Nessa ocasião, teriam sido fixadas ainda as bases para a formação da futura Organização Internacional de Polícia Criminal (Interpol), que, contudo, somente foi efetivamente instalada em 1946⁸⁶.

O desenvolvimento dos outros instrumentos de cooperação penal internacional foi especialmente incrementado após a Segunda Guerra Mundial com a formação das comunidades europeias de Estados e com o surgimento da Organização das Nações Unidas. Com efeito, como anota José Augusto Garcia Marques, foi sob o impulso das relações internacionais do pós-guerra que o Conselho da Europa deu início, desde 1957, a um corpo de convenções sobre a matéria⁸⁷. O exemplo mais significativo desse esforço comum de

⁸⁵CERVINI, Raul; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 p. 44-45.

⁸⁶Interessante destacar que, citando o mesmo Guillermo Fierro, Raul Cervini menciona que esse encontro realizado em Mônaco, poderia ter duas motivações. A que teria constado como motivação oficial seria a constatação de um crescente número de criminosos que recorriam aos cassinos de Mônaco e aí operavam impunemente. A outra, não tão honrosa, teria sido uma motivação pessoal de Alberto I que teria sido ludibriado por uma suposta condessa alemã, de nome Sofia, que teria lhe contado uma história shakespeariana e o convencido a acomodá-la, juntamente com seu noivo, em sua residência real. Em uma noite, enquanto a condessa desviava a atenção do anfitrião, o amigo subtraía bens da residência e, pouco tempo depois, antes que a polícia monegasca pudesse reagir, o casal teria deixado as fronteiras do pequeno território. CERVINI, Raul; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.44-45.

⁸⁷MARQUES, José Augusto Garcia. Cooperação judiciária internacional em matéria penal: algumas considerações sobre a matéria no quadro multilateral e no domínio das relações bilaterais entre Portugal e Espanha. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, v. 18, n. 72, p.31-54, out./dez. 1997, p. 31-32.

integração jurídica foi a celebração da Convenção Européia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal, em 20 de abril de 1959, em Estrasburgo, França⁸⁸.

Por meio dessa convenção, os Estados-membros do Conselho da Europa passaram a dispor de uma normatização internacional que previa mecanismos básicos de cooperação penal entre Estados, tais como carta rogatória em matéria penal (arts. 3º a 6º); transferência de informações e traslado de testemunhas, peritos e pessoas detidas provisoriamente para prestar depoimento (arts. 7º a 12); e intercâmbio de antecedentes criminais (art. 13 e 22) e de notícias-crime (art. 21). Além de padronizar o procedimento relativamente a esses instrumentos de auxílio mútuo, a referida Convenção simplificou a troca de informações entre esses Estados, pois dispensou a tradução oficial dos documentos (art. 16, item 1) e as formalidades de legalização (art. 17) – procedimentos que costumam atrasar os pedidos de cooperação e torná-los dispendiosos.

Paralelamente à produção do Conselho da Europa, que não tinha (como ainda não tem) caráter comunitário ou supranacional, o processo de integração econômica entre alguns Estados da Europa incentivou também a adoção de medidas compensatórias à abertura de mercados e à livre circulação de pessoas. Nesse sentido, Sidney Alves Costa esclarece que o processo de integração jurídico-penal entre os países da Europa foi iniciado no âmbito do Conselho da Europa, mas foi incrementado a partir da formação do bloco regional denominado Benelux (grupo formado por Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo) e do Conselho Nórdico, que reunia os países escandinavos, cujos tratados bilaterais serviram de base para a elaboração dos textos regionais multilaterais do Conselho da Europa⁸⁹.

A colaboração intergovernamental em matéria penal, especialmente no que se refere aos delitos que já segunda metade do século XX afetavam semelhantemente os países europeus, ensejou a criação do chamado “Grupo TREVI” (terrorismo, radicalismo, extremismo e violência internacional), que consistia na reunião dos Ministros da Justiça e do Interior com o escopo de facilitar a cooperação policial dos Estados-membros da Comunidade

⁸⁸ Como ressalta Sidney Alves Costa, foi também no marco do Conselho da Europa que foram celebradas as Convenções europeias de extradição, de 1957, e sobre Transferência de Pessoas Condenadas, de 1983. Para ele, o Conselho da Europa, especialmente por meio do *International Center of Economic Penal Studies*, desempenhou (e ainda desempenha) papel de extrema importância no desenvolvimento da cooperação europeia em matéria penal, por intermédio da promoção de formas de interação intergovernamental sem caráter supranacional. COSTA, Sidney Alves. Cooperacion penal internacional em el marco europeo. In: **Curso de cooperacion penal internacional**. Montevideo: Carlos Alvarez Editor, 1994, p. 181-182.

⁸⁹ Cf.: COSTA, Sidney Alves. Cooperacion penal internacional em el marco europeo. In: **Curso de cooperacion penal internacional**. Montevideo: Carlos Alvarez Editor, 1994, p. 180-181.

Econômica Européia (CEE) contra o terrorismo, o tráfico de drogas e a imigração organizada não autorizada⁹⁰. O passo seguinte foi a institucionalização da cooperação política europeia por meio do Ato Único Europeu, de fevereiro de 1986, pelo qual se pretendeu conferir mais simplicidade e operacionalidade, no âmbito dos doze países signatários, aos tratados e convenções celebrados no âmbito do Conselho da Europa.

Ainda no plano de medidas de segurança compensadoras da abertura alfandegária, a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen também constitui um marco importante no desenvolvimento da cooperação jurídica em matéria penal no âmbito da União Européia. Como destaca Fátima Adélia Martins, os arts. 52 e 53 dessa convenção permitiram a simplificação do procedimento de auxílio mútuo ao possibilitar a transmissão direta de peças processuais por via postal do território de um Estado-membro para o do outro e a formulação de pedidos de auxílio judiciário dirigidos diretamente de uma autoridade judiciária para outra, o que, sob o pálio da Convenção de 1959, só era admitido em casos de urgência.

Até aqui ainda predominava o método intergovernamental de cooperação, isto é, a definição de políticas comuns nos fóruns internacionais e a regulação nacional e independente em cada um dos Estados dos procedimentos aplicáveis. A criação da União Européia, por meio do Tratado de Maastricht, de 1992, não alterou imediatamente essa realidade no plano penal, mas fomentou o início da mudança para o método comunitário de padronização normativa em uma esfera supranacional.

O Tratado de Maastricht previu que a Comunidade Europeia se fundamentaria em três pilares: o comunitário, o da política externa e de segurança comum e o da cooperação judicial e policial em matéria penal. Embora esses dois últimos pilares ainda fossem orientados pelo método intergovernamental de decisão, a definição da integração regulatória da Justiça e de Assuntos Internos (Título VI do Tratado) como um dos objetivos maiores da Comunidade Européia permitiu elevar o tema da cooperação policial e judicial ao centro dos debates políticos dos Estados-membros, estando disposta ao lado de outras matérias igualmente relevantes como a política de imigração e de concessão de asilo, nos termos do art. K1 do Tratado. A determinação para a colaboração interinstitucional no plano europeu foi ainda reforçada no art. K3 do Tratado, que conferiu também ao Conselho Europeu a

⁹⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luis Lopes. **Para uma política criminal europeia**: quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da união europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 21.

capacidade para tornar-se um espaço possível de consulta e troca de informações e ainda de coordenação de ações nessa matéria. Além disso, a supranacionalidade das instituições de cooperação já começa a ser desenhada nesse diploma internacional, com a criação da EUROPOL, prevista no item 9 do art. K1, como uma Unidade Europeia de Polícia destinada à organização de um sistema de intercâmbio de informações policiais.

Embora pouco comentado em textos relacionados à cooperação, não se pode deixar de registrar que, já nesse primeiro marco regulatório, as políticas de combate à criminalidade e todas as demais previstas no citado art. K1, como políticas de imigração e de concessão de asilo, deveriam estar associadas, por força do disposto no art. K2, aos preceitos instituídos na Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de novembro de 1950, e da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, assinada em Genebra em 28 de julho de 1951. A propósito, Euclides Dâmaso Simões ressalta que o grande desafio da União Europeia nessa matéria é justamente “assegurar que as vantagens do progresso e da liberdade de circulação possam ser desfrutadas em condições de segurança”⁹¹.

Essa matéria, aliás, foi reforçada no Tratado de Amsterdam, de 1997, no qual se buscou evidenciar que a Comunidade Europeia não se limitava apenas ao mercado comum, mas também intentava a construção de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, com a instituição da cidadania da União, assegurando-se a livre circulação desses cidadãos em conjugação com medidas de controles na fronteira externa e de prevenção e combate à criminalidade (art. 2º do Tratado). Nesse Tratado, avança-se no processo de comunitarização da cooperação jurídica, pois, como destacam Ana Paula Rodrigues e Luís Lopes Mota, os temas ligados à livre circulação das pessoas e à cooperação jurídica em matéria civil foram incluídos no âmbito das matérias passíveis de regulação comunitária, embora a cooperação em matéria penal tenha sido ainda relegada, nessa ocasião, para o âmbito de decisões intergovernamentais⁹². Esses temas, contudo, foram interligados pela definição no

⁹¹ SIMÕES, Euclides Dâmaso. Cooperação judiciária em matéria penal no seio da União Europeia. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, Ano 22 n° 86, p. 99-106, abr./jun. 2011, p. 99.

⁹² O termo “comunitarização” foi utilizado pelos autores portugueses com o intuito de expressar o processo de delegação de parcela do poder decisório e regulatório dos Estados-membros aos órgãos e fóruns comunitários europeus. Cf.: RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luis Lopes. **Para uma política criminal europeia**: quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da união europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 38-39.

mencionado art. 2º do objetivo comum da União de construir um espaço orientado pelo trinômio justiça-liberdade-segurança.

Como resultado desse processo crescente de harmonização legislativa em matéria de cooperação jurídico-penal e do reconhecimento da necessidade de tornar ainda mais funcionais os mecanismos de entre-ajuda, no ano 2000, o Conselho da União Europeia na área de Justiça e Assuntos Internos procedeu a uma revisão da Convenção sobre Auxílio Mútuo de Estrasburgo, de 1959, e editou uma nova Convenção no âmbito mais restrito da União Europeia, conhecida como Convenção de Auxílio Judiciário Mútuo entre os Estados Membros da União Europeia em Matéria Penal, ou, simplesmente, “Convenção 2000”.

Essa Convenção modificou significativamente a prática da cooperação em medidas processuais penais entre os países da União Européia⁹³. Em primeiro lugar, alterou-se a regra de definição da legislação de regência da produção de provas no território de outro Estado. Antes, na vigência da Convenção de 1959, o Estado requerido aplicava a sua própria disciplina legal no procedimento da colheita da prova solicitada. A divergência entre os ordenamentos tornava não raras vezes ineficaz a utilização dessa prova no Estado requerente, quando não observado na sua produção requisito legal como a presença de advogado representante dos interesses do réu na oitiva de uma testemunha. Assim, para evitar o desperdício de esforços, o art. 4º da Convenção 2000 passou a prever que o Estado-membro destinatário de um pedido deve respeitar as formalidades e procedimentos expressamente indicados no pedido de cooperação.

Além disso, a nova Convenção permitiu que o Estado requerente estabelecesse um prazo para o cumprimento da medida almejada, devendo o Estado requerido informar imediatamente ao solicitante eventuais obstáculos ao cumprimento do prazo. Na vigência da Convenção de 1959, bastava ao Estado requerido, quando expressamente solicitado pelo Estado requerente, informar a data e o local da execução da carta rogatória.

Por fim, merecem destaque também as alterações na forma de relacionamento direto entre as autoridades judiciárias. A nova Convenção tornou regra o que antes era apenas uma faculdade: a transmissão direta de todos os pedidos de auxílio entre as autoridades judiciárias territorialmente competentes. Essa medida também contribui para a celeridade do procedimento, pois evita o trâmite nem sempre eficiente dos pedidos pela via diplomática.

⁹³ Nessa senda, confira-se: MARTINS, Fátima Adélia. Cooperação judiciária internacional em matéria penal: a rede judiciária européia. **Revista do Ministério Público**. n. 100, pp. 103-133, Ano 25, out./dez. 2004, p. 106-107.

Ademais, de forma até então inédita, permitiu-se a troca espontânea de informações e de notícias-crime, transformando o auxílio mútuo de um procedimento exclusivamente reativo a um procedimento também proativo⁹⁴.

O conjunto dessas inovações conferiu maior operacionalidade à chamada Rede Judiciária Européia (RJE), que fora adotada pelo Conselho de Ministros da Justiça e de Assuntos Internos da União Européia e criada por meio da Ação Comum de 29 de junho de 1998⁹⁵. Ela se encontra fundamentada na lógica da facilitação da troca de informações entre os diversos pontos de enlace de cada Estado devidamente conectados por avançados instrumentos de comunicação.

O desenvolvimento dessa Rede de cooperação jurídica foi uma recomendação do Plano de Ação contra o Crime Organizado, aprovada pelo Conselho Europeu de Amsterdam, de 28 de abril de 1997. Foi no âmbito dessa Rede que se instituíram mecanismos como o Atlas Judiciário Europeu, as *cover notes*, as fichas belgas, o *compendium*, a lista de pontos de contatos, os instrumentos legais, o *solon* e os *announcements*⁹⁶. Todos esses

⁹⁴ *Idem*, p.108-109.

⁹⁵ Nas palavras de Fátima Adélia Martins, que foi ponto de contato da RJE, a “Rede Judiciária Européia é uma estrutura dinâmica, desconcentrada, de carácter horizontal, possuindo apenas o nível de integração necessário para o seu normal funcionamento. É caracterizada pela sua flexibilidade e pelo seu modo informal de funcionamento”. Cf.: MARTINS, Fátima Adélia. Cooperação judiciária internacional em matéria penal: a rede judiciária européia. **Revista do Ministério Público**. n. 100, pp. 103-133, Ano 25, out./dez. 2004, p. 110.

⁹⁶ Esses recursos digitais são disponibilizados aos magistrados e pontos de contatos por meio do site da RJE. Fátima Adélia Martins esclarece a função de cada um. De acordo com suas informações, a lista de pontos de contatos é uma base de dados com informações para a localização dos pontos de contatos de cada Estado membro (nome, endereço, telefone, fax, e-mail), sendo pesquisável por Estado, por ordem alfabética do sobrenome, e por região. Os instrumentos legais são uma compilação de textos legais, que incluem tanto convenções e tratados como resoluções, recomendações e decisões elaborados no âmbito da União Européia e de outras instituições como o Conselho da Europa e a ONU sobre auxílio judiciário em matéria penal. As fichas belgas são um conjunto de fichas técnicas do tipo padrão que contém informação legal, processual e operacional sobre medidas de investigação mais frequentemente utilizadas, elaboradas com o intuito de permitir um rápido conhecimento mútuo sobre os diferentes sistemas processuais penais, sem a necessidade de se recorrer a um estudo exaustivo de direito comparado. O Atlas Judiciário Europeu é um mecanismo de busca que permite o cruzamento de dados (como área geográfica, organização judiciária, tipo de crime, tipo de medida requerida e instrumentos internacionais aplicáveis) para a identificação exata da autoridade competente para a execução dos pedidos de cooperação de informática. O *compendium* é um sistema informático que permite construir um pedido de cooperação padronizado e pronto para ser enviado diretamente à autoridade competente por meio da combinação das informações fornecidas pelos instrumentos anteriores (Atlas, fichas belgas, lista de pontos e instrumentos legais). O *solon* é uma espécie de glossário de correspondências jurídicas em matéria penal destinado a facilitar as traduções nos pedidos de cooperação e a identificação da dupla incriminação. As *cover notes* consistem em um aviso de recebimento que é encaminhado juntamente com o pedido de cooperação e que deve ser preenchido e devolvido pela autoridade requerida. Por fim, os *announcements* constituem uma compilação de notícias que pretende refletir a atividade da cooperação jurídica em geral e da RJE em especial com o objetivo de atualizar os operadores dos mecanismos de auxílio sobre aquilo que está sendo desenvolvido nos demais Estados. MARTINS, Fátima Adélia. Cooperação judiciária internacional em matéria penal: a rede judiciária européia. **Revista do Ministério Público**. n. 100, pp. 103-133, Ano 25, out./dez. 2004, p. 118-121.

instrumentos são recursos tecnológicos baseados em aplicativos informáticos que permitem o cruzamento de dados e a oferta simplificada de resultados de pesquisas que facilitam o procedimento de cooperação e auxiliam os operadores do sistema para a transmissão de informações mais precisas e de forma direta.

Mais recentemente foram instituídos ainda dois importantes instrumentos facilitadores da cooperação jurídica em matéria penal no âmbito comunitário da União Européia: os magistrados de enlace e a EUROJUST. Esta última é resultado das conclusões da reunião extraordinária do Conselho Europeu, havida em Tampere, em outubro de 1999. Como esclarece Euclides Dâmaso Simões, a EUROJUST consiste em uma unidade integrada por magistrados, procuradores ou agentes de polícia com atribuições equivalentes, indicados por cada Estado-membro, que objetiva coordenar as atividades das autoridades repressivas nacionais e apoiar as investigações criminais em processos de crimes organizados, com base nas análises da EUROPOL e de modo conjunto com RJE⁹⁷.

Não se pense que a instituição dessa rede e que o seu funcionamento foram perfectibilizados apenas porque se logrou, no âmbito europeu, a assinatura de tratado sobre a matéria. As dificuldades para a criação e manutenção eficiente desse espaço continuam e foram bem sintetizadas por Anabela Miranda Rodrigues e José Luis Lopes da Mota, *verbis*:

[Essas dificuldades] Tinham a sua origem, não só nas diferenças culturais em sede de repressão penal, mas também em uma certa forma de nacionalismo que caracteriza a acção judiciária, particularmente em matéria penal, pouco compatível com o sentimento de confiança mútua que deve ser inerente a toda e qualquer forma de integração política⁹⁸.

De fato, se o Direito Penal visa a proteção dos bens jurídicos considerados mais relevantes por uma determinada comunidade, então, a pretensão de unificação desse ramo específico do Direito, que se objetiva na construção de um espaço supranacional como o da União Européia, atinge diretamente a soberania das nações na escolha e definição de seus próprios valores essenciais e, talvez, por isso, não tenha sido ainda alcançada. O reconhecimento dessa dificuldade aliado à necessidade punitivista de aperfeiçoar os instrumentos de repressão aos delitos que afetam conjuntamente essas mesmas comunidades induz, por outro lado, ao interesse no desenvolvimento de meios eficazes de cooperação

⁹⁷ SIMÕES, Euclides Dâmaso. Cooperação judiciária em matéria penal no seio da União Europeia. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, Ano 22 n° 86, p. 99-106, abr./jun. 2011, p. 101.

⁹⁸ Cf. RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luis Lopes. **Para uma política criminal europeia: quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da união europeia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 5.

policial e judicial, o que justificou as insistentes e criativas tentativas de superação dos obstáculos à integração entre os diversos ordenamentos jurídicos.

As experiências europeias serviram de modelo na construção de outras convenções de cooperação penal, adaptadas às realidades dos demais processos de integração. Como destaca Raul Cervini, a convenção europeia de cooperação judicial em matéria penal assinada em Estrasburgo serviu, por exemplo, de fundamento para a elaboração do protocolo de cooperação jurídica internacional em matéria penal do MERCOSUL⁹⁹.

A história recente da cooperação jurídica entre os Estados do Cone Sul também acompanhou as fases iniciais de predominância de acordos bilaterais até a fase mais moderna de celebração de convenções multilaterais. Nesse sentido, ainda com base na experiência vivenciada por Raul Cervini, deve-se destacar que um dos primeiros acordos bilaterais de cooperação jurídica internacional, em matéria penal¹⁰⁰, foi o celebrado entre o Brasil e o Uruguai consistente no Tratado de Extradicação de Delinqüentes assinado no Rio de Janeiro, em 27 de dezembro de 1916.

Sobre a evolução da matéria na ordem jurídica brasileira, João Marcello de Araújo Junior destaca que a extradicação teria surgido a partir de uma Circular do Segundo Barão de Cayru, Bento da Silva Lisboa, Ministro das Relações Exteriores, expedida em 4 de fevereiro de 1847, que teria implantado o sistema administrativo de extradicação¹⁰¹.

À exceção da extradicação, da carta rogatória e da homologação de sentença estrangeira em matéria civil, os demais mecanismos de cooperação penal, contudo, no âmbito da América do Sul e, em especial, dos países signatários do MERCOSUL, têm desenvolvimento bem mais recente. Com efeito, os primeiros acordos bilaterais sobre troca de informações e antecedentes penais foram assinados pelo Uruguai com a Argentina apenas no início dos anos 80. A execução de atos de natureza penal, por meio de auxílio judiciário mútuo, por sua vez, só passou a ser admitida no Brasil com a ratificação da Convenção das Nações Unidas sobre tráfico ilícito de entorpecentes de 1988, que já previa, em seus arts. 6º a 10, alguns instrumentos de cooperação jurídica até então inéditos em nosso ordenamento¹⁰².

⁹⁹CERVINI, Raul; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000 p. 90.

¹⁰⁰ O desenvolvimento da cooperação jurídica em matéria civil foi mais acelerado, sendo exemplar a Convenção Interamericana sobre Rogatórias, assinada em 1975, no Panamá.

¹⁰¹ 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**, Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 3, nº 10, abr./jun., 1995, p. 106.

¹⁰²A Convenção foi promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991. Algumas

Ainda no plano multilateral, Cervini ressalta que um dispositivo, aparentemente isolado no Protocolo de Las Leñas sobre assistência jurisdicional em matéria civil, de 1992, tem relevância penal. Cuida-se do art. 18, que em sua parte final prevê a possibilidade de reconhecimento e execução de sentenças penais sobre reparação de danos e restituição de bens. No plano nacional, entretanto, a produção de efeitos civis da sentença penal estrangeira já era possível desde a redação originária da parte geral do Código Penal brasileiro, que é de 1940.

O Brasil é ainda signatário de outras duas convenções multilaterais que tratam especificamente sobre auxílio mútuo, a Interamericana e a do MERCOSUL. A primeira, celebrada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, foi assinada, em 1994, mas só foi ratificada em 2007. A segunda, conhecida como Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Matéria Penal do Mercosul ou simplesmente Protocolo de São Luís, foi assinada em 1996 e promulgada no Brasil por meio do Decreto nº3.468, de 17 de maio de 2000. Por fim, de acordo com as informações fornecidas pelo Ministério da Justiça, sobre essa matéria, o Brasil possui ainda acordos bilaterais com Itália, Portugal, França, Estados Unidos, Colômbia, Ucrânia, China, Cuba, Espanha, Canadá e Suíça.

Pela evolução recente das assinaturas de acordos nessa matéria é possível perceber que o Brasil tem optado pela celebração de acordos bilaterais em detrimento de convenções multilaterais. O relacionamento com a Europa é bem característico dessa política de cooperação. Nas últimas duas décadas, o Brasil assinou 11 acordos bilaterais, dos quais mais da metade (seis, mais precisamente) foram com países europeus. Seria possível, contudo, ao menos desde o ano 1959, ter aderido à Convenção Europeia sobre a matéria e com isso ter ampliado o leque de possibilidades de cooperação.

previsões merecem destaque. O art. 6º da Convenção prevê a possibilidade de extradição em casos de tráfico de drogas entre os países signatários, ainda que entre estes existam países que não tenham acordo de extradição entre si, prevendo a possibilidade de a própria Convenção ser utilizada como base jurídica para o pedido de extradição, quando não seja admitida a extradição por reciprocidade. Por sua vez, o art. 7ª da Convenção prevê as hipóteses de auxílio judiciário mútuo, dispondo sobre a possibilidade de designação de autoridades centrais e, em casos de urgência, de realização de pedidos oralmente, desde que formalizados em seguida por escrito. A Convenção permite, ainda, no seu art. 8º, a transferência de processos para a melhor produção de prova e faculta a celebração pelas partes de outras formas de cooperação na investigação e processamento de casos de tráfico ilícito de entorpecentes. Por fim, o art. 10ª, de particular interesse para o Brasil, estabelece formas de compensação e de ajuda técnica e financeira para os chamados países de trânsito, em especial para aqueles que se encontram ainda em fase de desenvolvimento econômico-social, com o objetivo de evitar a entrada e saída de entorpecentes através de suas fronteiras. Embora o Brasil também seja um país no qual se produzem e se consomem substâncias ilícitas, seus portos e aeroportos servem não raras vezes como rota do tráfico internacional, de modo que a previsão convencional, a ser mantida a atual política belicista de guerra contra as drogas, bem se lhe aplica.

Esclarecida a forma como se desenvolveu a cooperação jurídica no espaço da União Europeia, que, como dito, serve de referência para os demais países ocidentais, entre eles o Brasil, é necessário ainda comentar os princípios que orientam de um modo geral a matéria e que servirão como norte para a interpretação e aplicação do instituto da transferência internacional de pessoas condenadas como espécie do gênero cooperação jurídica internacional.

2.4. Princípios da Cooperação Jurídica Internacional: entre a eficiência das medidas, a soberania dos Estados e as garantias individuais.

A cooperação jurídica internacional desenvolve-se em torno da tentativa de conciliar três ideias que são aparentemente antagônicas entre si. Com efeito, como visto, a cooperação entre os Estados é apresentada como uma resposta ao crescimento da criminalidade transnacional, que se valeria da existência de fronteiras e de obstáculos jurídicos à persecução penal transfronteiriça para o exercício impune de atividades ilícitas. Assim, para superar esses obstáculos, busca-se o aperfeiçoamento dos instrumentos de repressão, conferindo-lhes mais eficiência. Para conter, por outro lado, o uso abusivo do aparelho punitivo estatal, estão reconhecidos internacionalmente direitos e garantias individuais, que limitam a intervenção repressora do Estado na esfera de liberdade dos cidadãos.

Entre os interesses punitivistas, de um lado, e os interesses garantistas, de outro, no plano internacional, são conformados os ordenamentos jurídicos nacionais, que revelam o plexo axiológico de cada comunidade. Esses conjuntos de valores distintos espelha a diversidade de nações e cada uma destas busca proteger o seu conjunto valorativo por meio de normas jurídicas tidas como fundamentais que compõem o conceito indeterminado de ordem pública, a qual, por sua vez, é resguarda sob o manto da soberania e da autodeterminação dos povos.

É, portanto, entre a eficiência pretendida nos atos de cooperação, as garantias individuais do sujeito envolvido e a necessidade de respeito recíproco à soberania dos Estados que devem se desenvolver os atos de cooperação e, por conseguinte, é considerando esses

aspectos que buscaremos agrupar os princípios que orientam a cooperação jurídica internacional em assuntos penais. Para tanto, tomaremos como referência a obra de Raúl Cervini, em primeiro lugar, porque foi a sua definição de cooperação jurídica internacional que consideramos a mais próxima das idéias do garantismo jurídico utilizado nesta pesquisa como modelo paradigmático de exame da matéria; e, em segundo lugar, porque suas idéias, neste assunto, foram construídas sobre o Protocolo do Mercosul e, assim, sobre um contexto normativo mais próximo da realidade brasileira, que também é aqui tomada como ponto de partida.

Como representação da tensão entre o efficientismo e o garantismo penal, isto é, entre os interesses de uma assistência judicial internacional eficaz e os interesses do indivíduo concretamente envolvido, Raul Cervini separa os princípios aplicados à cooperação jurídica internacional em dois grupos. De um lado, os princípios funcionais que visam, de um modo geral, conferir efetividade aos pedidos de cooperação. De outro, estão os princípios garantidores que servem de limite à atividade estatal e que levam em consideração os direitos e garantias fundamentais do indivíduo¹⁰³.

A partir desses princípios e de outros também aplicáveis à cooperação, distinguiremos três grupos: os princípios de eficiência, o princípio do respeito à soberania e às diferenças entre os ordenamentos e os princípios de garantia do indivíduo.

2.4.1. Princípios de eficiência das medidas.

No primeiro grupo, enquadram-se três princípios apontados por Raúl Cervini como pertencentes aos funcionais: o princípio da primazia das normas processuais de fontes supranacionais ou internacionais sobre as de fonte interna; o princípio da aplicação de ofício do direito comunitário e o princípio da eficácia.

¹⁰³ Esses princípios desenvolvidos por Raul Cervini podem ser encontrados em duas obras suas. Tanto em CERVINI, Raul; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 102-162. Como também em: CERVINI, Raul. *Et al.* **Curso de cooperacion penal internacional**. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994, p. 27-75. Os princípios de garantias e o de confidencialidade foram também analisados em CERVINI, Raul. Los atributos de la defensa en la cooperacion judicial penal internacional del Mercosur, **Revista de Derecho**, No. 06, Montevideo, Universidad Católica Dámaso Larrañaga. Uruguay- IKonrad Adenauer Stiftung, dez. 2011. Utilizamos no texto os princípios na forma como analisados na primeira publicação citada.

O primeiro desses princípios, como o próprio Cervini reconhece, não foi expressamente adotado nem no Acordo de assistência mútua entre Brasil e Uruguai nem no Protocolo do Mercosul¹⁰⁴. Também não se pode dizer que tenha sido previsto explicitamente em qualquer dos tratados sobre cooperação adotados pelo Brasil.

Como destaca Natacha G. Viada, esse princípio encontra, por outro lado, respaldo na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, que vigora no Brasil por força do Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, e que prevê, em seu art. 27, a impossibilidade de as partes invocarem as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado¹⁰⁵. Esse princípio não pode, contudo, ser interpretado de maneira absoluta. Nos Estados dualistas, como o Brasil, para que um tratado internacional seja utilizado pelas partes e por órgãos judiciais, requer-se um ato formal de recepção e ainda o exame da compatibilidade material com os ditames da Constituição, especialmente no que se refere aos princípios decorrentes do devido processo legal, tais como o do contraditório, o da ampla defesa, o da presunção de inocência, o do direito de não produzir prova contra si mesmo, o de se fazer representar no processo por um defensor etc.

Esses princípios estão igualmente assegurados em tratados internacionais de direitos humanos, de modo que o eventual conflito de normas internacionais deve ser resolvido, nos termos da própria Convenção de Viena, em favor de interpretação que confira primazia às normas de *jus cogens*.

A esse respeito, o art. 53 da Convenção de Viena estabelece que:

Art. 53. É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.

Outro princípio incluído entre os de eficiência é o da aplicação de ofício do direito comunitário¹⁰⁶. De acordo com esse princípio, o direito comunitário deve ser aplicado como se

¹⁰⁴ CERVINI, Raul; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.104-105.

¹⁰⁵ VIADA, Natacha G. **Derecho Penal y globalización: cooperación penal internacional**. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 109-110.

¹⁰⁶ CERVINI, Raul; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.105

fosse direito nacional e deve ser interpretado pelos tribunais nacionais como o seria pelas Cortes comunitárias.

Tanto o da primazia das fontes internacionais sobre as nacionais como este princípio da aplicação de ofício do direito comunitário têm pouca utilidade prática no âmbito do Mercosul, que adotou o modelo intergovernamental em detrimento do supranacional, de sorte que as normas de direito comunitário, assim como as de cunho internacional só são aplicadas internamente quando submetidas ao processo de incorporação ao ordenamento jurídico nacional. Isso se deve, como mencionado anteriormente, em função da adoção nos países latino-americanos do modelo dualista. Por outro lado, como ressalta Cervini, com base nas ideias de Raúl Cavernali Rodríguez, na comunidade da União Europeia, que assumiu, em diversos aspectos ligados à cooperação internacional, o modelo supranacional de legislação comunitária, o referido princípio tem aplicação usual¹⁰⁷.

De qualquer sorte, é válido registrar que, com base na jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, podem ser inferidos quatro critérios para a aplicação desse princípio: o dispositivo legal a ser aplicado deve ter sido criado conforme as exigências do direito comunitário; da própria natureza desses dispositivos deve ser possível evocar direitos e obrigações pelas partes envolvidas; a recepção no ordenamento nacional não deve estar sujeita a qualquer processo de transformação ou compatibilização de normas jurídicas internas previamente vigentes; os dispositivos devem ser claros e de aplicação imediata, sem deixar margem a discricionariedades dos Estados¹⁰⁸.

Um princípio com maior aplicabilidade à modalidade de cooperação jurídica internacional praticada no Brasil é o da eficácia ou da efetividade das medidas de cooperação. A esse princípio Raúl Cervini vincula a instituição das chamadas Autoridades Centrais, órgãos estatais que normalmente compõem a estrutura dos Poderes Executivos dos Estados que pactuam a cooperação internacional e que são responsáveis por conferir tanto maior celeridade na tramitação dos pedidos e dos documentos a estes vinculados como pelas informações acerca do direito nacional e estrangeiro¹⁰⁹.

As Autoridades Centrais, como afirma Maria Rosa Guimarães Loula, são órgãos centralizadores da cooperação jurídica internacional, que criam um caminho novo, menos

¹⁰⁷ CERVINI, Raul. **Op. Cit.** P. 106.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ CERVINI, Raul; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.107.

formal e mais especializado que a antiga via diplomática, com a intenção de conferir maior celeridade à tramitação dos pedidos de cooperação¹¹⁰.

No Brasil, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Internacional, órgão que compõe o Ministério da Justiça no quadro do Poder Executivo, criado por meio do Decreto nº 4.991/04, é a quem normalmente se atribuem as funções de Autoridade Central. Entretanto, em alguns tratados de cooperação internacional, outros órgãos, inclusive, fora da estrutura do Poder Executivo, como a Procuradoria Geral da República, também exercem essa função. É o caso do tratado bilateral em matéria penal entre Brasil e Portugal (Decreto nº 1.320/94) e o celebrado entre Brasil e Canadá (Decreto nº 6.747/09), nos quais a autoridade central é a Assessoria de Cooperação Jurídica Internacional, órgão da Procuradoria Geral da República.

Na seara penal, considerando que o processo penal é composto essencialmente por três sujeitos processuais (órgão acusador, réu/defensor e juiz), entendemos que a qualidade de Autoridade Central deve ficar afastada de qualquer um destes sujeitos, tendo em vista que, ao indicar o direito estrangeiro aplicável, por exemplo, a Autoridade Central, de certo modo, já transmite a interpretação que ela confere a esse direito, o que pode desequilibrar a dialética processual ou prejudicar a pretendida imparcialidade do órgão julgador¹¹¹.

¹¹⁰ LOULA, Maria Rosa Guimarães. **Auxílio direto:** novo instrumento de cooperação jurídica internacional civil. Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 68-69. De acordo com Loula, a Autoridade Central não deve se limitar a uma espécie de cartório da cooperação jurídica internacional ou como mais uma instância burocrática, cabendo-lhe também, por exemplo, negar seguimento a pedidos de cooperação quando inadequadamente instruídos. Cf. LOULA, Maria Rosa Guimarães. **Op. Cit.** P. 70. Em sentido semelhante, ressaltando o papel da Autoridade Central no aperfeiçoamento da cooperação jurídica regional, Eduardo Tellechea Bergman sustenta que uma reunião regional entre as Autoridades Centrais seria de grande utilidade para conferir maior uniformidade às práticas de assistência mútua. Cf. BERGMAN, Eduardo Tellechea. *Cometidos y funcionamiento de la autoridad central em el tratado de asistencia jurídica mutua em asuntos penales entre la republica oriental del Uruguay y Estados Unidos de America, especialmente em lo relativo al rehusamiento de la cooperacion impetrada.* In: CERVINI, Raul. **Et al. Curso de cooperacion penal internacional.** Montevideo: Carlos Alvarez, 1994, p. 217.

¹¹¹ Essa é também a avaliação de Raúl Cervini, que sobre a possibilidade de a Autoridade Central ser localizada no Poder Judiciário, afirma: “Considera-se inconveniente sua localização dentro do Poder Judiciário em razão de que, quando informa o direito estrangeiro ou direito nacional, sua interpretação, sentido e alcance poderiam estar vinculados, perigosamente, através de um precedente, à autoridade judicial nacional. Para dizer em poucas palavras, a localização da Autoridade Central dentro do Poder Judiciário desvirtuaria o caráter dos informes dados pelo organismo, que geralmente não são vinculantes para o Estado que os presta nem para o Estado que os solicita”. CERVINI, Raul; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.109. Em outro sentido, considerando que, como regra, os tratados de auxílio mútuo só se destinam à produção de provas e ao atendimento de pedidos da acusação, Viviane Dallasta sustenta que, para conferir paridade de armas, a Defensoria Pública, órgão que atua no processo penal predominantemente no papel de defesa dos réus que não constituíram advogado particular, poderia figurar como Autoridade Central em tratados que visassem também a produção de provas em favor da defesa. DALLASTA, Viviane. *Análise acerca da (im)possibilidade de cooperação jurídica internacional penal em matéria de defesa pela via do auxílio direto: o mito de janus e o futuro da cooperação penal.* **Revista das Defensorias Públicas do MERCOSUL,** Defensoria Pública da União,

A figura da Autoridade Central está prevista no art. 3.1 do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais do Mercosul (PAJMAP). Esse dispositivo atribuiu às Autoridades Centrais exclusivamente a responsabilidade por receber e transmitir os pedidos de assistência mútua, o que deve ser feito por comunicação direta entre elas. O Acordo Adicional a esse Protocolo, contudo, acrescentou competências às Autoridades Centrais que tornaram ainda mais desequilibrado o processo de cooperação jurídica internacional.

Com efeito, ao menos no que se refere à assistência jurídica mútua, o desequilíbrio processual é previsto expressamente nos dispositivos dos tratados bilaterais assinados pelo Brasil e no Protocolo do Mercosul. Nesse sentido, em primeiro lugar, o PAJMAP do Mercosul prevê logo no item 2 de seu primeiro artigo que:

Art. 1.2. As disposições do presente Protocolo não conferem direitos aos particulares para a obtenção, supressão ou exclusão de provas, ou para se oporem ao cumprimento de uma solicitação de assistência.

Esse dispositivo retira do indivíduo qualquer possibilidade de participação ativa ou reativa no processo de cooperação, o que vai de encontro aos princípios do contraditório e da ampla defesa, conforme se comentará a seguir, quando serão analisados os princípios de garantia. Ademais, ao excluir a participação do indivíduo ao qual concerne o processo originário e, por conseguinte, também o procedimento de cooperação, o Protocolo retira o caráter de processualidade ou de trilateralidade dos atos de cooperação, o que faz caminhar a política legislativa em sentido contrário aos princípios da dogmática jurídico-penal.

Além disso, reafirmando a ilegitimidade ativa da defesa para a solicitação direta de assistência jurídica mútua, o art. 4º do Protocolo prevê que:

Art. 4. As solicitações transmitidas por uma Autoridade Central com amparo no presente Protocolo se basearão em pedidos de assistência de autoridades judiciais ou do Ministério Público do Estado requerente encarregadas do julgamento ou investigação de delitos.

Pode-se argumentar que a participação do indivíduo estaria assegurada pela possibilidade de a sua defesa técnica solicitar a realização de uma determinada diligência em

N. 2, dez. 2011, p. 47-85, Brasília: Defensoria Pública da União, 2011, p. 78. Embora compartilhem as críticas quanto ao desequilíbrio em favor da acusação proporcionado pela forma como os tratados de assistência mútua estão hoje redigidos e aplicados, entendemos que, em razão das funções restritas e não-jurisdicionais das Autoridades Centrais, o pretendido reequilíbrio processual não seria alcançado apenas com a atribuição dessas funções a um órgão voltado para a defesa. Para tanto, é necessário alterar dispositivos dos tratados ou a interpretação que a eles tem sido atribuída.

outro país por intermédio da autoridade judiciária brasileira. Contudo, o tratamento desigual conferido à acusação e à defesa já se evidenciaria, nessa hipótese, somente pelo fato de àquela parte processual ser possível solicitar diretamente os seus pedidos de dilação probatória e à defesa ser necessário submeter o seu pedido à autoridade judiciária brasileira, que poderá deferi-lo ou não. Além disso, há países como os EUA que declaradamente só prestam auxílio jurídico internacional em hipóteses nas quais a medida interesse aos fins persecutórios da acusação¹¹².

Além desses preceitos que, como visto, desequilibrariam a relação processual, o Acordo Adicional a Protocolo Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais do Mercosul previu em seu art. 3 que:

Art. 3. A Autoridade Central do Estado requerido adotará as medidas necessárias para o pronto diligenciamento das solicitações de cooperação. Com essa finalidade, transmitirá o pedido à sua autoridade competente e, se for o caso, realizará gestões administrativas para seu efetivo cumprimento¹¹³.

O acréscimo dessas funções à Autoridade Central, embora possa parecer pouco relevante, pode sim representar, no contexto de uma relação processual já desequilibrada, maiores prejuízos ao direito de defesa e às garantias do indivíduo acusado. Com efeito, não se sabe exatamente em que consistiriam as “gestões administrativas” para o efetivo cumprimento da medida.

Nesse ponto, deve ser ressaltada a distinção entre o efficientismo punitivista e o processual. Se se considera que o processo penal visa a punição de indivíduos aos quais se imputa a prática de um crime, então esse processo será tão eficiente quanto mais indivíduos forem efetivamente punidos ao fim dos atos previstos em seu procedimento. O compromisso, nessa hipótese, é com o resultado do processo e não com o processo em si. Por outro lado, se

¹¹² Nesse sentido, em texto publicado no *Boletim* do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, o advogado Marcos Vidigal Crissiuma defende que: “A autoridade central dos Estados Unidos, o procurador-geral ou pessoa por ele designada, sustenta que o MLAT se presta a servir de auxílio à atividade persecutória do Estado, não podendo ser utilizado para atender interesses da defesa. Esta informação, além de ser comprovada na prática, é também confirmada pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça”. CRISSIUMA, Marcos Vidigal de Freitas. A inconstitucionalidade e ilegalidade do acordo de cooperação mútua internacional firmado entre o Brasil e os Estados Unidos da América (MLAT). In *Boletim IBCCRIM*. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 205, p. 10-11, dez., 2009.

¹¹³ MERCOSUL. Acordo complementar ao acordo de assistência jurídica mútua em assuntos penais entre os Estados parte do Mercosul. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJE8F1423DITEMIDFB580559413E4D7BAA875E9CD20AFB7BPTBRIE.htm>. Acesso em 10 set. 2012.

se compreende o processo penal como o meio pelo qual são apresentadas as imputações aos indivíduos, produzidas as provas e assegurados os mecanismos de defesa do acusado, então, independentemente do resultado, o processo será tão eficiente quanto mais se assegurem a observância efetiva a essas regras em um prazo razoável. O compromisso, agora, é com o processo em si e com sua razoável duração e não com o seu resultado.

Como esclarece Aury Lopes Jr., o princípio da razoável duração do processo, como garantia individual, significa, no processo penal, o direito de ser processado sem dilações indevidas¹¹⁴. Como se trata de uma garantia individual, esse princípio assegura que o processo penal observará o tempo estritamente necessário para garantir a defesa do acusado e a produção das provas necessárias para a formação da convicção do juiz. Assim, o processo não deve ser nem tão célere a ponto de impedir o exercício efetivo do direito de defesa pelo acusado nem tão demorado a ponto de postergar indefinidamente o sofrimento e a ansiedade daquele que tem a plenitude da sua liberdade submetida a julgamento.

Portanto, as “gestões administrativas” da Autoridade Central devem se limitar a garantir que a solicitação seja transmitida com presteza, conferindo primazia ao conteúdo do pedido em relação a meras formalidades, e que, no cumprimento da solicitação de cooperação será observada a razoável duração do processo, sem que haja dilações indevidas. À Autoridade Central incumbe a relevante responsabilidade de garantir a fluidez na comunicação dos atos de cooperação, não se admitindo que pretenda ela interferir no exame sobre a legalidade da medida pela autoridade judiciária nacional.

Em um pedido de sequestro de bens, por exemplo, formulado por uma autoridade judiciária da Argentina, incumbe à Autoridade Central brasileira transmiti-lo à autoridade judiciária brasileira competente e, no máximo, acompanhar a tramitação do pedido para que tão logo seja examinada a sua legalidade e deferida ou não a medida, seja essa decisão comunicada ao órgão solicitante. Admitir, por outro lado, que, a pretexto de promover gestões administrativas para o efetivo cumprimento da medida, possa a Autoridade Central tentar, de qualquer modo, influir no convencimento do magistrado nacional contraria a competência constitucionalmente atribuída ao órgão de acusação e, mais uma vez, implicaria em desequilibrar a relação processual¹¹⁵. Do mesmo modo, por faltar-lhe interesse jurídico no

¹¹⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 135-140

¹¹⁵ Nesse sentido, Raul Cervini afirma que: “A celeridade na prestação de atos de cooperação internacional, em matéria penal, não pode ser admitida ao insuportável custo do menoscabo ou menosprezo de competências

mérito da ação penal, a Autoridade Central também sob esse pretexto de dar efetivo cumprimento à medida não poderia figurar como assistente de acusação.

2.4.2. Princípios de respeito à soberania dos Estados e à ordem pública.

Esse segundo grupo inclui tanto princípios classificados como funcionais como também princípios que Raúl Cervini considera de garantia, além de outros como os princípios da confiança e os da boa fé. Entre os que o autor uruguaio qualifica como funcionais destaca-se o chamado princípio do reconhecimento da diversidade dos sistemas jurídicos nos Estados-partes. Com esse princípio, busca-se harmonizar a cooperação jurídica internacional, reconhecendo a validade de procedimentos que observam as regras e o ordenamento jurídico de um outro país. Cervini identifica a concretização desse princípio em dois dispositivos do Protocolo do Mercosul. O primeiro seria o já citado art. 4º do Protocolo que confere legitimidade tanto ao ministério público como à autoridade judiciária para apresentar pedidos de cooperação. Desse modo, de acordo com a visão de Cervini, estariam compatibilizados ordenamentos que atribuem iniciativa probatória aos Juízes e ordenamentos que atribuem funções jurisdicionais ao ministério público.

Além disso, o art. 7.2 do Protocolo permite também que a medida processual de assistência mútua internacional observe formas e procedimentos especiais não incompatíveis com a lei interna do Estado requerido. Assim, desde que não seja violada a ordem pública do Estado requerido, poderá o Estado requerente indicar no seu pedido de cooperação formas e procedimentos a ser observados na diligência a fim de assegurar-lhe validade e compatibilidade com o seu ordenamento interno. Assim, por exemplo, poderia o Brasil no pedido para oitiva de uma testemunha solicitar a indicação de defensor público ou de um advogado *ad hoc* para representar os interesses do réu¹¹⁶.

Esse princípio pode ser equiparado ao que Fábio Ramazzini Bechara chama de princípio da confiança. Para esse autor, o reconhecimento dos direitos humanos como um constitucionalmente atribuídas”. CERVINI, Raul; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.110.

¹¹⁶ É a seguinte a redação do referido dispositivo: Art. 7.2. A pedido do Estado requerente, o Estado requerido cumprirá a assistência de acordo com as formas ou procedimentos especiais indicados na solicitação, a menos que esses sejam incompatíveis com sua lei interna. MERCOSUL. Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD6765F39ITEMID4B292BAE819F44079CA3B4908C1B1021PTBRIE.htm>. Acesso em 10 set. 2012.

padrão normativo universal conferiria aos Estados que pretendem admitir como válidas medidas processuais adotadas com base nos ordenamentos jurídicos distintos dos outros Estados a segurança de que, apesar das diferenças de ordenamento, na essência, foram assegurados os direitos individuais de natureza processual¹¹⁷.

O princípio da boa fé ou da proibição do abuso pode ser também mencionado como princípio funcional vinculado ao princípio do respeito à diversidade de ordenamentos jurídicos. Por meio do princípio da boa fé, que está na base do Direito Internacional, os Estados se comprometem a cumprir estritamente o que foi acordado nos tratados, presumindo-se que os atos praticados pelo Estado requerido estão em conformidade com a legalidade. Como destaca Natacha G. Viada, a admissão desse princípio se contrapõe justamente à máxima *male captus bene detentus* e é, na verdade, decorrência do princípio do respeito à soberania dos Estados¹¹⁸. Por conseguinte, cuida-se de um dos pressupostos para a cooperação, sendo certo que, na ausência desse princípio, a desconfiança mútua impediria a operacionalidade das medidas de auxílio mútuo.

Na obra aqui tomada como referência para a definição dos princípios que orientam a cooperação jurídica em sentido amplo, Raúl Cervini descreve nove princípios sob o título de princípios de garantia. São eles: (I) princípio da delimitação quanto ao âmbito e/ou alcance; (II) princípio do respeito à ordem pública internacional do Estado requerido; (III) princípio do respeito à lei interna processual e substancial (formas e garantias) do Estado requerido; (IV) princípio da gradualidade nos requisitos; (V) Princípio de reserva política; (VI) princípio do respeito à jurisdição territorial; (VII) princípio do respeito aos sujeitos do

¹¹⁷ Nas palavras do autor: “Se os Estados aderem aos mesmos tratados internacionais de direitos humanos, reconhecem o seu caráter universal e adaptam a ordem interna. Nesse sentido, é mais do que natural que os mesmos Estados possam confiar uns nos outros na solução dos problemas, que interessam a um ou a todos”. BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 140. Não concordamos com algumas dessas premissas, e, por conseguinte, discordamos parcialmente dessa conclusão. É que o autor, embora bem intencionado, confunde a forma como os ordenamentos jurídicos deveriam ser adaptados aos tratados de direitos humanos e o modo como eles efetivamente respondem a esse processo de adaptação. O fato de estarem previstos em declarações e tratados multilaterais e bilaterais direitos humanos com pretensão de universalidade não implica imediata adaptação dos ordenamentos jurídicos nacionais àqueles preceitos internacionais. Além disso, considerando a vagueza e a ambiguidade dos termos com os quais são redigidos esses tratados de direitos humanos, a forma como os legisladores interpretam os chamados direitos humanos podem ser bem diversas a depender, entre outros fatores, do contexto social, econômico e cultural dos Estados encarregados de proceder a essa adaptação legislativa.

¹¹⁸ Cf.: VIADA, Natacha G. **Derecho Penal y globalización: cooperación penal internacional**. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 111.

processo; (VIII) princípio da especialidade com relação ao uso de informações ou prova obtidas; (IX) princípio da responsabilidade.

Desses, o (II) princípio do respeito à ordem pública internacional do Estado requerido, o (III) princípio do respeito à lei interna processual e substancial (formas e garantias) do Estado requerido, o (V) Princípio de reserva política e o (VI) princípio do respeito à jurisdição territorial, por não se relacionarem a garantias do indivíduo, mas sim a limitações à cooperação em respeito a soberania do Estados e à diversidade de seus ordenamentos serão aqui por nós tratados, reservando para o grupo dos princípios de garantia aqueles estritamente relacionados à proteção dos interesses dos indivíduos envolvidos com a cooperação.

Esses quatro últimos princípios podem ser tratados como um único: o princípio do respeito à ordem pública internacional do Estado requerido¹¹⁹. Esse princípio encontra previsão no art. 5.1.e do Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais, segundo o qual:

Art. 5. 1. O Estado parte requerido poderá denegar a assistência quando:

[...]

e) o cumprimento da solicitação seja contrário à segurança, à ordem pública ou a outros interesses essenciais do Estado requerido.

A utilização de conceitos indeterminados como segurança, ordem pública e outros interesses essenciais do Estado para determinar hipóteses de denegação da cooperação jurídica internacional confere discricionariedade exacerbada aos Estados, incumbindo à doutrina e à prática jurídica o estabelecimento de contornos mínimos a fim de evitar a conversão da faculdade de decidir ou de denegar a cooperação em mera arbitrariedade.

Nesse sentido, Cervini define a ordem pública como “um conjunto de valorações de caráter político, social, econômico ou moral, próprias de uma comunidade determinada, que definem sua fisionomia em um dado momento histórico também determinado”¹²⁰. Cuida-se, pois, como se pode aduzir do próprio texto do preceito legal acima

¹¹⁹ Nesse sentido, o próprio Raul Cervini esclarece que procedeu a um desdobramento dele em sua obra por razões quase que exclusivamente didáticas. Confirmam-se as palavras do autor ao comentar o princípio em exame: “Esse medular paradigma ou ‘princípio de portada general’ – ao dizer dos modernos autores italianos – abarca conceitualmente outros princípios que por razões quase exclusivamente didáticas se explicitam separadamente no decurso dessa exposição”. CERVINI, Raul; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 120.

¹²⁰ CERVINI, Raul; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 121.

reproduzido, não de quaisquer valores ou interesses do Estado, mas apenas daqueles considerados essenciais. Consiste, por conseguinte, a ordem pública naquilo que caracteriza e individualiza um Estado na ordem internacional. Do ponto de vista jurídico, compreendendo como essencial aquilo que é imutável, devem ser assim consideradas as cláusulas pétreas que preveem a organização política e os direitos e garantias fundamentais.

Do princípio do reconhecimento da diversidade dos sistemas jurídicos nos Estados-partes e desse princípio do respeito à sua ordem pública, decorrem os princípios da reserva política, do respeito às leis processuais internas do Estado requerido e do respeito à jurisdição territorial.

O princípio da reserva política é aquele segundo o qual o Estado requerido, no exercício de sua soberania, reserva-se à faculdade de postergar ou até mesmo de denegar o pedido de assistência, o que pode ser feito, como visto, sob o fundamento de ser o pedido contrário à segurança, à ordem pública ou a outros interesses essenciais ao Estado. Discute-se, nesse ponto, se poderia a Autoridade Central realizar, como órgão representativo do Poder Executivo, esse exame prévio acerca da inconveniência do pedido de solicitação ou se tal análise incumbiria apenas ao Poder Judiciário.

De um lado, citando o posicionamento de Eduardo Vescovi, Raúl Cervini argumenta que se poderia suscitar a inconstitucionalidade do dispositivo que atribui à Autoridade Central esse juízo preliminar sobre a possibilidade de denegação do pedido em razão da violação à separação dos poderes¹²¹. Isso porque as razões pelas quais a Autoridade Central poderia assim proceder usualmente estariam a cargo dos juízes, especialmente nos procedimentos de extradição (verificação dos requisitos da natureza dos crimes políticos ou conexos, se existente hipótese de *ne bis in idem* ou de violação à ordem pública etc.). Além disso, a utilização de expressões vagas e ambíguas como contrariedade à segurança e a outros interesses essenciais do Estado poderia provocar abusos e arbitrariedade e uma intervenção política indevida em matéria de cunho jurisdicional¹²².

Por outro lado, referindo-se, agora, ao posicionamento de Jules Bertain, Cervini esclarece que há outro setor doutrinário para o qual a existência de um duplo controle

¹²¹ CERVINI, Raul; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 139.

¹²² VESCOVI, Eduardo. Cooperacion judicial em el Mercosul. VII Jornada Nacional de Direito Processual. Montevideu: Ed. Universidade, 1993, p. 379, *apud* CERVINI, Raul; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 139-140.

(político, atribuído ao Poder Executivo, e jurídico, ao Poder Judiciário) não implicaria em qualquer inconstitucionalidade. Para Bertain, seria justamente o Poder Executivo a quem a Constituição atribuiria a função de medir o risco e de ponderar o custo político da denegação de medidas de cooperação solicitadas por uma autoridade judiciária estrangeira, capazes de provocar grave desestabilização de ordem econômica e/ou política na comunidade nacional¹²³.

Embora reconheça alguma utilidade excepcional a esse mecanismo de duplo controle, sem adotar expressamente nenhum posicionamento definitivo sobre o tema, Cervini alerta para a necessidade de se refletir sobre a extensão indevida de atribuições às Autoridades Centrais que, como órgãos administrativos, poderiam eventualmente imiscuir-se em atividades que são estritamente relacionadas com competências de cunho jurisdicional¹²⁴.

Em primeiro lugar, é necessário esclarecer que a atuação da Autoridade Central nessas hipóteses se limita à possibilidade de denegação do pedido ou de postergação para que ele se compatibilize com o ordenamento jurídico nacional. Assim, se entender a Autoridade Central que é o caso de atender à solicitação de cooperação, por não ser ela contrária aos interesses essenciais do Estado, o pedido deverá ser transmitido à autoridade judiciária nacional, que poderá decidir pela concessão ou não do pedido. Nota-se, pois, que a atuação do Poder Judiciário nacional na hipótese de execução da medida de cooperação, na qual poderia haver comprometimento ou violação às garantias do indivíduo, está assegurada, não se vislumbrando, desse modo, qualquer inconstitucionalidade. Essa solução, aliás, é também adotada tradicionalmente nos casos de extradição, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, não tendo sido até hoje declarada formalmente sua inconstitucionalidade.

No Protocolo do Mercosul, prevê-se, ainda, o princípio da limitação ao âmbito material da cooperação jurídica que se concretiza, especialmente no seu art. 5º. Esse dispositivo estabelece, além da reserva política, como já visto, hipóteses de delitos que, por sua natureza, podem não interessar ou mesmo legitimar a atuação do aparelho repressivo do Estado requerido. Assim, no plano material, o Protocolo prescreve que a cooperação poderá ser denegada quando ação penal subjacente se refira a delito tipificado como crime militar

¹²³ BERTAIN, Jules. Spazio giuridico europeo e assistenza giudiziaria. **Revista Penal Interpretada**, vol. 6, Mesina, 1989, p. 42 et seq. *apud* CERVINI, Raul; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 140-141.

¹²⁴ CERVINI, Raul. **Op. Cit.** P. 143.

(art. 5.1.a); crime político, conexo com político ou praticado com finalidade política (art. 5.1.b); ou crime tributário (art. 5.1.c)¹²⁵.

Por fim, os princípios do respeito às leis processuais internas do Estado requerido e do respeito à jurisdição territorial, como corolários do princípio do reconhecimento da diversidade dos sistemas jurídicos nos Estados-partes, encontram-se, efetivamente, concretizados na maior parte dos tratados de cooperação jurídica internacional. Nesses acordos internacionais, como regra, as medidas de cooperação serão executadas de acordo com a legislação interna do Estado requerido, conforme se pode perceber, por exemplo, do disposto nos arts. 7.1¹²⁶, 22.1¹²⁷ e 23.1¹²⁸, todos do Protocolo do Mercosul¹²⁹.

A aplicação de forma absoluta desses dispositivos poderia provocar a inviabilidade da cooperação jurídica, justamente porque a diversidade de ordenamentos poderia tornar ilícita a prova obtida em desconformidade com a legislação interna do Estado requerente. Assim, para tentar compatibilizar o princípio do reconhecimento da diversidade dos sistemas jurídicos nos Estados-partes com o princípio da eficiência das medidas de cooperação, previu-se a possibilidade de o Estado requerente especificar as formalidades necessárias para o cumprimento da medida, que deverão ser satisfeitas pelo Estado requerido desde que não sejam incompatíveis com seu ordenamento¹³⁰. Ademais, em que pese o respeito

¹²⁵ Esses dispositivos estão assim redigidos: Art. 5.1. O Estado Parte requerido poderá denegar a assistência quando: a) a solicitação se refira a delito tipificado como tal na sua legislação militar mas não na legislação penal ordinária; b) a solicitação se refira a delito que o Estado requerido considere como político ou como delito comum conexo com delito político ou realizado com finalidade política; c) a solicitação se refira a delito tributário”. MERCOSUL. Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD6765F39ITEMID4B292BAE819F44079CA3B4908C1B1021PTBRIE.htm>. Acesso em 10 set. 2012.

¹²⁶ O art. 7.1 do Protocolo do Mercosul dispõe que: “Art. 7.1. O processamento das solicitações será regido pela lei do Estado requerido e de acordo com as disposições do presente Protocolo”.

¹²⁷ O art. 22.1 do Protocolo do Mercosul estabelece que: “Art. 22.1. A autoridade do Estado requerido diligenciará a solicitação de cooperação acautelatória, se esta contiver informação suficiente que justifique a procedência da medida solicitada. Essa medida será efetivada de acordo com a lei processual e substantiva do Estado requerido”.

¹²⁸ O art. 23.1 do Protocolo do Mercosul prevê que: “Art. 23.1. A autoridade competente diligenciará a solicitação de cooperação no que se refere a inspeções e entrega de quaisquer objetos, compreendidos, entre outros, documentos ou antecedentes, se esta contiver informação que justifique a medida proposta. Essa medida será efetivada de acordo com a lei processual e substantiva do Estado requerido, sem prejuízo do estabelecido no art. 15, alínea b, e artigo 22, parágrafo 3”.

¹²⁹ MERCOSUL. Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD6765F39ITEMID4B292BAE819F44079CA3B4908C1B1021PTBRIE.htm>. Acesso em 10 set. 2012.

¹³⁰ É o que está previsto no art. 7.2 do Protocolo do Mercosul: “Art. 7.2. A pedido do Estado requerente, o Estado requerido cumprirá a assistência de acordo com as formas ou procedimentos especiais indicados na solicitação, a menos que esses sejam incompatíveis com sua lei interna”.

à jurisdição territorial, também se previu a possibilidade de representantes do Estado requerente acompanharem os depoimentos havidos no território do Estado requerido, o que deverá ser feito mediante autorização deste e em conformidade com a sua legislação¹³¹.

Examinados esses princípios que se relacionam à noção de respeito recíproco à soberania dos Estados, cumpre, agora, analisar os princípios que limitam a atuação do Estado em respeito à dignidade e às garantias dela decorrentes atribuídas ao indivíduo envolvido com o processo de cooperação.

2.4.3. Princípios de garantia ou princípio da trilateralidade dos atos de cooperação.

Em sua obra *Direito e Razão*, Luigi Ferrajoli expõe os fundamentos teóricos e dogmáticos para o que ele chama de teoria do garantismo penal¹³². Como já visto nas linhas introdutórias desta dissertação, o garantismo consiste em um modelo teórico e ideal de como e quando a lei penal deve ser legitimamente aplicada. Como um padrão normativo almejado, ele serve especialmente para a análise do grau de aproximação dos ordenamentos jurídicos vigentes desse ideal. Ferrajoli criou assim o sistema garantista fundado em dez axiomas que revelam garantias penais e processuais¹³³. Embora seja possível didaticamente estabelecer essa separação entre os princípios substanciais (penais) e os instrumentais (processuais), estão eles, como se verá a seguir estreitamente relacionados. Assim, embora a cooperação jurídica internacional tenha natureza eminentemente processual a ela também se aplicam os princípios de índole material.

Nesse sentido, na obra de Raúl Cervini aqui utilizada como referência, há um capítulo destinado exatamente aos limites dogmáticos da cooperação jurídica internacional, que ficou a cargo de Juarez Tavares. Para ele, seriam também aplicáveis à cooperação jurídica internacional, como verdadeiros limites à atuação do Estado em favor dos direitos de liberdade e de dignidade do indivíduo, os seguintes princípios: da dignidade da pessoa

¹³¹ Essa possibilidade de acompanhamento das medidas por representantes do Estado requerente está prevista no art. 17.3: “Art. 17.3. O Estado requerido autorizará a presente das autoridades indicadas na solicitação durante o cumprimento das diligências de cooperação, e lhes permitirá formular perguntas se tal estiver autorizado pelas leis do Estado requerido e em conformidade com essas leis. A audiência terá lugar segundo os procedimentos estabelecidos pelas leis do Estado requerido”.

¹³² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

¹³³ *Idem*, p. 89-95

humana, da delimitação pelo bem jurídico tutelado, da necessidade da pena, da intervenção mínima, da proporcionalidade e das categorias lógico-objetivas¹³⁴.

Neste capítulo, analisaremos apenas os princípios de índole eminentemente processual, sem olvidar da relevância e da aplicabilidade à cooperação, como visto, dos princípios de natureza material.

Dito isto, é necessário ter em mente que a extensão prática das garantias individuais no âmbito da cooperação jurídica internacional dependerá da forma como elas são interpretadas e efetivamente regulamentadas nos ordenamentos jurídicos, nacionais e internacional. Como mencionado alhures, o só fato de declarações e convenções sobre direitos humanos preverem princípios como os da ampla defesa e do contraditório a todos aqueles que forem acusados da prática de um crime não assegura que essas garantias serão plena e equivalentemente observadas na regulamentação dos procedimentos penais nacionais e transnacionais, como é o caso da cooperação jurídica internacional.

Com efeito, a concepção de que a cooperação jurídica internacional consiste em uma relação jurídica entre Estados soberanos da qual são sujeitos de direitos apenas o Estado requerente e o Estado requerido¹³⁵ dá margem à interpretação e à prática atual de exclusão de qualquer participação do sujeito concernido¹³⁶. Nas palavras de Cervini:

¹³⁴ CERVINI, Raul; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 173-211.

¹³⁵ Este é o entendimento de Didier Operti Badan, que, embora reconheça a possibilidade de o particular afetado pelos atos de cooperação insurgir-se contra estes no exercício do seu direito de defesa, afirma expressamente que os Estados são os agentes protagonistas da cooperação, não sendo possível ao particular mover um pedido de cooperação por si mesmo. Nas palavras do autor: “ Los Estados son los agentes protagonistas de la cooperación. [...] Evidentemente, si la cooperación constituye un bien jurídico por si mismo, es natural que no puedan los particulares movilizarla en su próprio beneficio o obstaculizarla en su própria defensa. [...] en materia de asistencia judicial penal, el derecho de defensa no constituye el único valor em juego sino que éste deve ejercerse de modo armónico con los objetivos que inspiran este menamiento y que dan lugar al mismo”. BADAN, Didier Operti. Características de la moderna cooperación penal internacional en asuntos penales con especial referencia a los últimos desarrollos convencionales en el ambito multilateral y bilateral. *In: Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez Editor, 1994, p. 228. A inversão promovida pelo autor no sentido de que o direito de defesa deve ser exercido de modo harmônico com os objetivos da cooperação não se coaduna com o sistema garantista por nós adotado como paradigma nesta dissertação, pois não é o “direito” de defesa que deve ser limitado pelos objetivos da cooperação, mas o contrário. Os atos de cooperação e as pretensões punitivas por eles reveladas é que devem ser limitados pelos direitos fundamentais do indivíduo e suas respectivas garantias.

¹³⁶ Consoante a definição dicionarizada, *concernir* significa ser relativo a alguma coisa, dizer respeito a algo. *Concernido*, por conseguinte, é aquilo que diz respeito a outra coisa, que se relaciona com alguma coisa. A expressão foi utilizada por Raúl Cervini em alguns de seus textos sobre cooperação jurídica internacional com o intuito de identificar, de uma forma geral, os indivíduos eventualmente afetados por medidas de cooperação. Cf.: CERVINI, Raul. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 74 e ss. Consulte-se também CERVINI, Raul. *Et al. Curso de cooperación penal internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994. Assim, ao nos referirmos ao concernido da cooperação penal internacional, queremos significar a pessoa que de algum modo se relaciona com o processo

O tema se considera como mera questão entre Estados, vendo-se como algo desprezível os direitos dos sujeitos concernidos, que se entendem suficientemente custodiados pelos *big Brothers* da cooperação (os Estados), pelo qual não há razão para outorgar-lhe oportunidade de defesa e amparo. Como consequência desta prática, as solicitações de cooperação internacional que solicitam medidas de segundo nível, se expedem, tramitam e são devolvidas, sem notícia nem participação do envolvido, que só tomará ciência tardiamente de que determinados direitos que a Constituição e a lei lhe asseguram foram irrevogavelmente violados, porque já não há possibilidade de deixar sem efeito o ato jurisdicional que ordena a medida, apectivamente qualificada como de cooperação internacional¹³⁷.

Essa concepção acerca da bilateralidade dos atos de cooperação, oriunda do Direito Internacional Público clássico, tem sido, contudo, confrontada com uma visão mais humanista da ordem jurídica internacional, o que é resultado, como visto no capítulo anterior, da construção do sistema internacional dos direitos humanos. Com efeito, as declarações internacionais de direitos humanos põem o indivíduo como fundamento de existência e critério de legitimação de toda a ordem jurídica, não admitindo que o ser humano, em função da dignidade que lhe é reconhecida, seja tratado como mero objeto de qualquer procedimento estatal. O princípio da dignidade humana confere-lhe o protagonismo em todas as relações jurídicas e assegura-lhe garantias contra qualquer tentativa do poder estatal de restringir sua liberdade¹³⁸.

A admissão da legitimidade do indivíduo concernido de participar dos atos de cooperação confere a esta a trilateralidade necessária ao reconhecimento de que se trata efetivamente de atos com natureza processual. Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover esclarece que:

A relação processual é sempre tríplice e dela participam obrigatoriamente os sujeitos do contraditório. Essa afirmação é incontestada na moderna doutrina processual.

penal originário e que pode vir a ser afetado com o ato de cooperação. Pode ser, por exemplo, o extraditando no processo de extradição ou o réu no processo no qual se requereu o auxílio direto para a produção de uma prova ou ainda a pessoa condenada no processo de transferência internacional para cumprimento de pena. Cuida-se, pois, de um gênero dos quais esses últimos sujeitos referidos são espécies

¹³⁷ CERVINI, Raul; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 76.

¹³⁸ Nesse sentido, Raúl Cervini assevera que: “A doutrina penal tem aportado uma nova visão graças a qual a assistência penal interetática, bem como o direito penal interno, cobram sentido e legitimidade a serviço do homem. Projetando naturalmente o pensamento de Zaffaroni, se conclui que, quando os Estados individualmente ou um conjunto de Estados vinculados multi ou bilateralmente em nível de cooperação penal desconhecem o indivíduo como pessoa com atributos de direito, se rompe uma estrutura lógico-objetiva, ficando suas ações num mero exercício de poder, que não é direito”. CERVINI, Raul; TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 145.

Por isso mesmo, não tem sentido perante o fenômeno da processualidade, cogitar-se, de uma relação processual linear, que se estabeleça apenas entre o juiz e o demandante. A angularização da relação processual é a pedra de toque que transforma um mero procedimento administrativo num verdadeiro processo¹³⁹.

Admitida, assim, a qualidade de sujeito de direitos ao indivíduo concernido e, por conseguinte, a sua legitimação para a atuação nos atos de cooperação jurídica internacional, examinemos, agora, os princípios de garantia que limitam as medidas de cooperação em respeito aos direitos do sujeito concernido, tomando, ainda, por base, para ilustrar, o Protocolo do Mercosul.

O primeiro desses princípios é o do *ne bis in idem*, segundo o qual a solicitação de cooperação poderá ser denegada pelo Estado requerido se a pessoa mencionada no pedido já houver sido absolvida ou tenha cumprido condenação no Estado requerido pelo mesmo crime. Ele encontra previsão no art. 5.1.d do Protocolo do Mercosul¹⁴⁰. A forma como redigido esse dispositivo, contudo, é insuficiente sob diversos aspectos.

Em primeiro lugar, o Protocolo não prevê a hipótese de ter sido extinta a punibilidade do agente, seja de acordo com a legislação do Estado requerente ou mesmo a do Estado requerido. Além disso, o Protocolo não regulamentou também a hipótese de ter sido a pessoa em relação a qual se solicita a medida absolvida ou já ter cumprido a pena em terceiro Estado. Por fim, o protocolo também não disciplina a hipótese de o pedido de cooperação jurídica internacional se relacionar à ação de revisão criminal no Estado de origem.

O silêncio quanto a essa matéria pode ser interpretado, gramaticalmente, como propositado, de sorte a se presumir que, nesses casos, o pedido de cooperação não poderia ser denegado, mesmo já declarada extinta a punibilidade, por exemplo, no Estado requerido ou mesmo quando a pessoa envolvida já tenha sido julgada e absolvida em outro Estado pelos mesmos fatos. Por outro lado, esse silêncio pode ser compreendido como um vazio legislativo a ser preenchido pelos mecanismos hermenêuticos cujo paradigma, nesse caso, é a interpretação *in bonam partem*.

¹³⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Processo penal transnacional: linhas evolutivas e garantias processuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 3, n. 9, jan./mar., 1995, p. 44.

¹⁴⁰ Esse preceito legal prevê que: “Art. 5º.1. O Estado Parte requerido poderá denegar a assistência quando: [...] d) a pessoa em relação a qual se solicita a medida haja sido absolvida ou haja cumprido condenação no Estado requerido pelo mesmo delito mencionado na solicitação. Contudo, esta disposição não poderá ser invocada para negar assistência em relação a outras pessoas”. MERCOSUL. Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD6765F39ITEMID4B292BAE819F44079CA3B4908C1B1021PTBRIE.htm>. Acesso em 10 set. 2012.

Nessa última hipótese, primeiramente, é necessário observar que se trata de princípio de caráter humanitário, que visaria evitar a sujeição do indivíduo pelo mesmo fato a tantas ações penais quantos forem os Estados que se julguem competentes para apreciar a matéria. Desse modo, embora uma interpretação gramatical permita aduzir que a denegação, em caso de *bis in idem*, tratar-se-ia, assim como as demais hipóteses previstas no art. 5º do Protocolo do Mercosul, de mera faculdade do Estado requerido, uma exegese teleológica desse dispositivo pode conduzir, por outro lado, o intérprete à conclusão de que se cuida de poder-dever do Estado em benefício do indivíduo concernido.

No caso do Brasil, esse vazio legislativo, se assim for considerado, poderá ser integrado pelas disposições do art. 7º do Código Penal brasileiro¹⁴¹ sobre a extraterritorialidade da lei penal brasileira, de sorte que, salvo nos casos de crimes de competência exclusiva da lei brasileira (art. 7º, I, do Código Penal), estaria impossibilitada a aplicação da legislação penal nacional (e, por conseguinte, de seu aparato persecutório) nos casos de extinção da punibilidade, de absolvição no estrangeiro ou de cumprimento da pena no estrangeiro (no Estado parte ou em terceiro Estado).

Por fim, tendo em mente ainda o processo hermenêutico de integração do ordenamento com fundamento no ordenamento jurídico brasileiro, é possível afirmar que a

¹⁴¹ Para facilitar a consulta do leitor à legislação referida, confira-se, *in verbis*: “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;

II - os crimes:

- a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;
- b) praticados por brasileiro;
- c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.

§ 1º - Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.

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

- a) entrar o agente no território nacional;
- b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;
- 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.

§ 3º - A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior:

- a) não foi pedida ou foi negada a extradição;
- b) houve requisição do Ministro da Justiça”.

solicitação de cooperação poderia ser deferida ainda quando a pessoa já tenha cumprido a pena no Estado requerente se o motivo do pedido for a instrução de ação de revisão criminal em favor do apenado, não se admitindo para a hipótese de *reformatio in pejus*.

O Protocolo do Mercosul ainda possui mais uma disposição em que o sujeito concernido é tratado como sujeito de direitos. Cuida-se da hipótese de traslado da pessoa que responde a processo no Estado requerente ou no Estado requerido para sua oitiva no Estado requerente (vide art. 19 do Protocolo). Nessa hipótese, ser-lhe-ão asseguradas algumas garantias, sendo a principal delas a possibilidade de consentir ou não com esse traslado (art. 19.1)¹⁴². Além disso, garante-se-lhe também a duração razoável do processo (art. 19.4.a e 19.4.e), a contagem como tempo de pena cumprido do período que permanecer custodiado à disposição do Estado requerente (art. 19.4.d), a especialidade e o salvo-conduto, isto é, a possibilidade de retornar ao Estado requerido (Art. 20). A especialidade, nessa hipótese, como garantia, refere-se à impossibilidade de o Estado requerente submeter o sujeito trasladado a outros processos não expressamente previstos no pedido de cooperação.

Se o princípio da especialidade se aplica como garantia do sujeito concernido na hipótese de seu traslado para ser ouvido no Estado requerente, o mesmo não pode ser dito em relação à cooperação para fornecimento de documentos e informações (Art. 12 do Protocolo). É que, nestas hipóteses, embora o Protocolo do Mercosul reconheça a incidência do princípio da especialidade, proibindo que o Estado requerente se utilize dos documentos e informações para outros fins não expressamente especificados no pedido de assistência mútua, a proibição poderá ser superada simplesmente com o consentimento do Estado requerido, não se prevendo sequer a oitiva do sujeito concernido nesses casos. Essa previsão revela o resquício da concepção bilateral dos atos de cooperação, pois trata a matéria como se afetasse exclusivamente os interesses do Estado requerente e do Estado requerido.

Cervini menciona ainda como princípios de garantia o da gradualidade dos requisitos e o princípio da responsabilidade, também conhecido como cláusula uruguaia¹⁴³. O

¹⁴² O art. 19.1 do Protocolo do Mercosul estabelece que: “Art. 19.1. A pessoa sujeita a procedimento penal no Estado requerido, cujo comparecimento ao Estado requerente seja necessário em virtude da assistência prevista no presente Protocolo, será trasladada com esse fim ao Estado requerente, sempre que essa pessoa e o Estado requerido consentam nesse traslado”. MERCOSUL. Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD6765F39ITEMID4B292BAE819F44079CA3B4908C1B1021PTBRIE.htm>. Acesso em 10 set. 2012.

¹⁴³ CERVINI, Raul; TAVARES, Juez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do Mercosul**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 129-138;153-156.

primeiro deles relaciona-se à teoria que classifica as medidas de cooperação de acordo com o nível de afetação dos interesses do sujeito concernido. Assim, seriam exigidos mais requisitos para a cooperação de terceiro nível, que afeta os direitos de liberdade do concernido, como a extradição, e, por outro lado, seriam desnecessárias maiores formalidades para as medidas de primeiro nível, consistentes em diligências processuais sem caráter direta e imediatamente restritivo, como as notificações, as produções de provas documentais etc.)¹⁴⁴.

Como exemplo da aplicação desse princípio no âmbito do Protocolo, Raúl Cervini menciona a exigência da dupla incriminação. Cuida-se de requisito costumeiramente exigido para os casos de extradição, segundo o qual para se admitir a execução da medida é imprescindível que o fato em razão do qual se solicita a entrega do sujeito seja considerado crime tanto no Estado requerente como no Estado requerido. Em razão dos avanços no desejo de cooperar e da extensão do princípio de solidariedade entre os Estados, esse requisito tem sido cada vez menos exigido nos tratados mais recentes, inclusive naqueles que versam sobre extradição.

No mesmo sentido, acompanhando outros tratados de cooperação jurídica mais recentes, o Protocolo do Mercosul não exige, como regra, a observância da dupla incriminação para as medidas de primeiro nível, prevendo-a, excepcionalmente, apenas para as hipóteses de medidas acautelatórias e de entrega de documentos, quando consideradas de segundo nível¹⁴⁵.

É importante mencionar, ainda, que o princípio da trilateralidade ou da processualidade dos atos de cooperação, que implica o reconhecimento da legitimidade do sujeito concernido em todas as hipóteses de cooperação, enseja também a aplicabilidade dos princípios corolários ou do marco de garantias que decorrem do *due process of law* ou da ideia de processo justo, entre os quais destaca-se: presunção de inocência, contraditório, ampla defesa (autodefesa e defesa técnica), igualdade entre as partes (paridade de armas), juiz natural, direito de não produzir provas contra si mesmo e o garantia do duplo grau de jurisdição. Todas estas garantias estão asseguradas na Constituição brasileira e nos tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. Entre esses tratados de índole multilateral,

¹⁴⁴ CERVINI, Raul; TAVARES, Juarez. **Op. cit** p. 131.

¹⁴⁵ É o que dispõe o art. 1.4. do Protocolo, *in verbis*: “Art. 1.4. A assistência será prestada mesmo quando as condutas não constituam delitos no Estado requerido, sem prejuízo do previsto nos arts. 22 e 23”. MERCOSUL. Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD6765F39ITEMID4B292BAE819F44079CA3B4908C1B1021PTBRIE.htm>. Acesso em 10 set. 2012.

ressalta-se a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que, em seus art. 8º prevê expressamente essas garantias judiciais¹⁴⁶.

Por fim, embora se trate de princípio não previsto no Protocolo do Mercosul e tenha por fundamento outro princípio de ordem material, é relevante mencionar que todos os pedidos de cooperação devem se sujeitar ao princípio da proporcionalidade, como critério de legitimação da intervenção do aparelho persecutório do Estado.

Com efeito, como visto no início deste capítulo, a cooperação jurídica internacional foi concebida como resposta aos crimes mais graves de natureza transnacional. Tratando-se de mecanismos para combater os chamados *crimes of the powerful* não deve ser banalizada e utilizada para crimes de menor potencial ofensivo. Nesse sentido, a lei portuguesa de cooperação jurídica internacional (Lei nº 144/99) estabelece expressamente em seu art. 10 que “a cooperação pode ser recusada se a reduzida importância da infracção não a justificar”¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Para facilitar a consulta do leitor reproduz-se a seguir o teor do dispositivo mencionado, extraído do *site* oficial do Poder Executivo brasileiro, a partir de link constante no texto do Decreto nº 678/92, por meio do qual, foi promulgada no Brasil a Convenção Americana dos Direitos Humanos, que permite acesso ao anexo desse Decreto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf. Acesso em 10 set. 2012. Confira-se: “Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça

¹⁴⁷ PORTUGAL. Lei nº 144/99, de 31 de agosto. Disponível em: <http://www.gddc.pt/legislacao-lingua-portuguesa/portugues/Lei144-99rev.html>. Acesso em 10 set. 2012. A propósito essa lei portuguesa, aplicada subsidiariamente aos Tratados de que Portugal seja signatário, para casos de reciprocidade, é a que mais se aproxima do modelo garantista aqui tomado como paradigma. O exame comparativo dessa legislação com a

Estabelecidas as linhas gerais para a compreensão da sistemática da matéria, cumpre, agora, examinar o instituto da transferência internacional de pessoas condenadas, como um dos mecanismos de cooperação jurídica internacional em sentido amplo, que consiste no objeto específico desta dissertação.

prática atualmente vigente no Brasil, embora de extrema valia, extrapola os limites do presente trabalho.

3. A TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL DE PESSOAS CONDENADAS E SUA REGULAMENTAÇÃO NO ÂMBITO DA ONU E DO CONSELHO DA EUROPA.

3.1. Desenvolvimento histórico.

A preocupação com a situação dos presos estrangeiros, em nível internacional, é bastante recente na história da humanidade. Ela está associada ao reconhecimento e à ampliação dos direitos humanos e à conscientização dos limites da intervenção violenta do Estado na vida dos cidadãos, inclusive dos que se encontram por algum motivo detidos. Trata-se, portanto, de um fenômeno decorrente da trágica experiência vivenciada durante as I e II Grandes Guerras Mundiais e dos esforços para positividade internacional desses direitos ditos universais no período pós-guerra.

O primeiro documento de caráter internacional multilateral que se preocupou especificamente com a disciplina do tratamento de presos de outra nacionalidade nos respectivos territórios dos Estados foi a Convenção de Genebra relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra de 1929, que foi revista em conferência diplomática ocorrida em 12 de agosto de 1949¹⁴⁸.

Essa Convenção, nos termos do seu art. 3º, é aplicável, inclusive, em conflitos armados que não apresentem um carácter internacional e que ocorram no território de um dos Estados-partes. Nesses casos, já se assegurava ao menos um tratamento com humanidade, “sem nenhuma distinção de carácter desfavorável baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer outro critério análogo”¹⁴⁹.

Além disso, a Convenção possui dispositivos que proíbem ofensas à integridade física e à honra do prisioneiro de guerra, e, ainda, outros que garantem direitos relacionados: à higiene e à salubridade do ambiente de recolhimento (arts. 22 a 25); à alimentação condigna (arts. 26 e 28); ao vestuário e higiene do prisioneiro (art. 27 e 29); à assistência médica e religiosa (arts. 30 a 37); ao trabalho e às atividades físicas e intelectuais (arts. 38 e 49 a 57); à

¹⁴⁸ O Brasil assinou a referida Convenção em 8 dezembro de 1949 e a ratificou em 29 de junho de 1957. A relação de todos os Estados-parte pode ser consultada na versão em inglês do *site* do Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Disponível em: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=375&ps=P> Acesso em: 23 fev. 2012.

¹⁴⁹ Confira-se o texto integral da Convenção, conhecida como Convenção III de Genebra de 1949, disponível no *site* do Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria Geral da República de Portugal. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-conv-III-12-08-1949.html> Acesso em: 23 fev. 2012.

remuneração e recursos pecuniários dos prisioneiros (arts. 58 a 68) e à comunicação com o mundo exterior, com a família e com as autoridades do seu Estado de origem (arts. 69 a 81).

Chama a atenção a previsão constante na primeira parte do art. 46 da Convenção em exame, que dispõe sobre a transferência do prisioneiro de guerra da seguinte forma:

Art. 46.º A Potência detentora, quando decidir a transferência de prisioneiros de guerra, deverá considerar os interesses dos próprios prisioneiros, tendo em vista, principalmente, não aumentar as dificuldades do seu repatriamento.

É claro que a transferência referida nesse dispositivo não se trata do instituto da transferência de pessoas condenadas que é objeto da presente dissertação. Cuida-se apenas de regra sobre o traslado do prisioneiro entre os campos de guerra do Estado que o detém. De qualquer sorte, deve ser ressaltada a preocupação já existente nessa época e para tais ocasiões de serem considerados os interesses do prisioneiro e de facilitar o seu repatriamento, valores que também norteiam o instituto de cooperação jurídica internacional de que trataremos em seguida.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que se constituiu na primeira tentativa de padronização de direitos fundamentais em âmbito global, tem poucos dispositivos relacionados com os direitos assegurados especialmente aos presos e apenados estrangeiros. Há, contudo, três preceitos que são suficientes para garantir, ao menos formalmente, um tratamento digno ao cidadão recluso, seja ele nacional ou não.

O art. V da Declaração de 1948, além de vedar categoricamente a prática da tortura, assegura que ninguém será submetido a “castigo cruel, desumano ou degradante”. Embora seja difícil a caracterização precisa do que seria um tratamento penal com crueldade, de modo desumano ou em situação degradante, a experiência humana com a execução de penas com essas qualidades, como se demonstrará a seguir, permitiu o estabelecimento no plano internacional de regras mínimas que pretensamente assegurariam sanções toleradas.

Além desse dispositivo, a Declaração Universal, no seu art. IX, proscree ainda a prisão, a detenção ou o exílio arbitrários, e garante, nos dois preceitos seguintes, a necessidade de observância dos princípios decorrentes do devido processo legal, tais como a presunção de não-culpabilidade, a necessidade de um julgamento público por um tribunal independente e imparcial, no qual tenha sido assegurada a ampla defesa do acusado.

Com efeito, o caráter humanitário das disposições da Convenção III de Genebra, de 1949, supera o período de guerra ou de conflitos armados, servindo de norte também, com muito mais razão, ao tratamento que seria mais tarde assegurado em outros documentos internacionais aos presos estrangeiros em tempo de paz, acusados, quando muito, de haver praticado crimes com violência urbana, localizada e individualizada. De fato, a preocupação da ONU com o tratamento que foi conferido aos prisioneiros da Segunda Guerra Mundial e com os detidos em geral conduziu os Estados membros a adotar, em 1955, Regras Mínimas para o Tratamento de Presos, acolhidas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, também realizado em Genebra, de 22 de agosto a 3 de setembro de 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através das suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de Julho de 1957, e 2076 (LXII), de 13 de Maio de 1977, que alterou o ANEXO IA da Resolução anterior¹⁵⁰.

Entre essas regras mínimas, desponta, logo no início, como princípio básico, a determinação para que não haja discriminação quanto à raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política, nascimento, origem nacional ou social, entre outras. No que se refere especificamente ao preso estrangeiro, existem poucas disposições, mas a sua simples existência já denota uma preocupação, ainda que incipiente, das Nações Unidas com o crescente aumento no número de presos encarcerados em todo o mundo.

De fato, o primeiro desses preceitos específicos encontra-se no capítulo destinado à disciplina e às sanções nos estabelecimentos carcerários. O art. 30, 3, das Regras Mínimas assegura ao preso que não fale ou não compreenda a língua do país onde se encontra detido a possibilidade de se defender das acusações de infrações disciplinares com o auxílio de um intérprete. Além disso, há apenas a previsão no art. 38 de que deve ser facilitada a comunicação entre os prisioneiros estrangeiros e as representações diplomáticas e consulares do Estado a que pertençam ou, se forem originários de Estado sem representação, refugiados ou apátridas, a possibilidade de se comunicarem com representações de Estados que se

¹⁵⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. **Normas e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal**. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2009, p. 11-54. É possível encontrar uma versão digital também na Biblioteca Virtual de Direitos Humanos da Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administracao-da-Justica-Protecao-dos-Prisioneiros-e-Detidos-Protecao-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html> . Acesso em 09 fev. 2012.

encarreguem da defesa de seus interesses com autoridades nacionais ou internacionais incumbidas de proteger tais indivíduos.

Em 1966, com o intuito de tornar mais claros os direitos assegurados na Declaração Universal de 1948, foi celebrado também sob o manto das Nações Unidas, o Pacto de Direitos Civis e Políticos,¹⁵¹ que não só repetiu disposições quanto à vedação das penas cruéis e degradantes já estabelecidas na Declaração de 1948, como se percebe do seu art. 7º, como também estabeleceu normas mais específicas sobre o tratamento das pessoas que foram privadas de sua liberdade. Nesse sentido, o art. 10 desse Pacto Internacional prevê expressamente a necessidade de se respeitar, no cumprimento da pena privativa de liberdade, o princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, esse mesmo dispositivo estabelece em seus subitens a necessidade de se separarem os presos provisórios, isto é, aqueles que não foram ainda condenados daqueles que já o foram e, ainda, aqueles que têm menos de 18 anos de idade dos adultos. Por fim, chama a atenção a definição já nessa época e em nível internacional, de um modo mais expreso, do princípio que, na visão dos países signatários do Pacto, deveria nortear o regime penitenciário, qual seja: o da readaptação social do detido. Esse princípio, aliás, encontra-se em consonância com os previstos nas citadas Regras Mínimas de 1955, que, em seu art. 59, já estabeleciam que a finalidade de proteção da sociedade contra o crime só poderia ser alcançada se o encarceramento fosse utilizado para fornecer condições ao apenado de querer e ser capaz de, no seu retorno ao convívio em sociedade, seguir uma vida de acordo com a lei e de prover suas próprias necessidades.

Ainda que seja possível tecer críticas sobre a instrumentalização do indivíduo com a aplicação de pena destinada a ressocializá-lo, não se pode negar que o fato de essa ideia encontrar-se incrustada em documento internacional sobre direitos humanos permite imaginar que, já nessa época, havia, ao menos entre os países ratificadores do Pacto, um consenso em torno desse tema, o que permitiria futuramente a celebração de tratados, inclusive multilaterais, sobre a transferência de pessoas condenadas com o intuito justamente de permitir a estes indivíduos uma melhor “readaptação social”.

¹⁵¹ Deve-se destacar que esse Pacto não foi ratificado pelos países do bloco socialista, em razão da Guerra Fria. Por outro lado, países como os Estados Unidos da América não assinaram o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PDESC), celebrado também em 1966 e ratificado por boa parte do bloco socialista. Este último acordo internacional, contudo, não contém dispositivos diretamente relacionados com a situação do cidadão encarcerado ou com a forma como ele deve ser tratado. O Brasil ratificou ambos os Pactos, que foram promulgados por meio dos Decretos n.ºs. 591, de 6 de julho de 1992 (PDESC). que assinaram no mesmo ano o Pacto

A respeito do surgimento da questão relacionada mais especificamente à transferência de presos estrangeiros, Armida Bergamini Miotto destaca que, inicialmente, a Associação Internacional de Ajuda aos Presos, vinculada à Organização das Nações Unidas, preocupada com o acréscimo injusto de sofrimento aos presos que cumprem pena privativa de liberdade em países que não os seus, decidiu desenvolver mecanismos para minimizar essa injustiça, buscando, para tanto, em primeiro lugar, conhecer o problema. Assim, com a colaboração do Instituto de Pesquisa sobre defesa Social das Nações Unidas (United Nations Social Defense Research Institute) – UNSDRI, promoveu um levantamento de dados em diversos países nos anos que antecederam ao V Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinquentes (realizado em Genebra, de 1975)¹⁵².

Ainda segundo a narrativa histórica de Armida Miotto¹⁵³, para a realização desse levantamento, o UNSDRI elaborou dois questionários, um para os presos e outro para os funcionários ou representantes da administração das prisões. O dos presos continha 26 perguntas, relativas à qualificação (nacionalidade, idade, profissão, data do ingresso no país, motivo da permanência, situação em relação à família etc.); à sua relação com a Justiça (motivo da prisão, tempo de prisão, possibilidade e momento de contato com advogado); às dificuldades que o preso estrangeiro poderia encontrar (quanto à língua; aos contatos com a família, com amigos e com autoridades diplomáticas ou consulares); e, ainda, às providências para diminuir tais dificuldades. Por fim, destaca a autora, havia uma pergunta mais discursiva sobre como, na opinião dos próprios presos, deveriam ser tratados os estrangeiros¹⁵⁴.

O questionário dirigido ao pessoal das prisões continha sete perguntas, referentes, entre outros assuntos, ao número de presos estrangeiros no estabelecimento onde trabalhava o funcionário que respondia o questionário e às dificuldades para a administração e para a disciplina decorrentes do fato de haver no estabelecimento onde trabalhavam presos estrangeiros. Por fim, também de modo mais subjetivo era solicitada a opinião dos

¹⁵² MIOTTO, Armida Bergamini. Presos estrangeiros - preocupação da ONU. **Revista de Informação Legislativa**, ano 22, n. 86, abr./jun. 1985, p. 213-214.

¹⁵³ Em texto publicado pela Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Armida Miotto esclarece que, em março de 1975, recebeu uma carta do Prof. Peder Konz, então diretor do UNSDRI, por meio da qual era solicitada a sua colaboração na coleta de dados relativamente à situação dos presos estrangeiros no Brasil. Como nessa época ela era assessora para assuntos penitenciários do Gabinete do Ministro da Justiça, ela se sentiu no dever de levar a carta ao conhecimento do Secretário Geral do Gabinete, que a apoiou, de modo que a pesquisa foi realizada com o aval e a autoridade do Ministério da Justiça. Cf.: MIOTTO, Armida Bergamini. Transferência de presos estrangeiros. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, v. 1, n. 2, out./dez. 1993, p. 57-59.

¹⁵⁴ MIOTTO, Armida Bergamini. Presos estrangeiros - preocupação da ONU. **Revista de Informação Legislativa**, ano 22, n. 86, abr./jun. 1985, p. 214.

funcionários quanto ao modo como eles acreditavam que deveriam ser tratados os presos estrangeiros (igual aos outros ou de forma diversa? Nesse caso, como?)¹⁵⁵.

De acordo com o levantamento realizado pela UNSDRI, foram compendiadas as seguintes soluções extraídas dos questionários efetivamente aproveitáveis: estabelecimentos ou seções especiais para estrangeiros; transferências para o país de origem; mais facilidades para comunicação com o país de origem e recebimento de notícias; melhor contato com as autoridades consulares dos países de origem; pessoal prisional especializado para o tratamento de estrangeiros, inclusive quanto a intérpretes e ministério de cursos de língua do país¹⁵⁶.

Os resultados da pesquisa foram apresentados no V Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra, em 1975. No VI Congresso, realizado em 1980 foi aprovada a “Resolução nº 13. Transferência de Delinquentes”, que instou os Estados-membros a cogitarem a instituição de procedimentos que visassem a transferência de presos estrangeiros e que solicitou ao Comitê para a Prevenção e o Controle do Delito que conferisse prioridade à elaboração de um modelo de acordo de transferência de presos.

As reuniões preparatórias para o VII Congresso, realizado em 1985, debateram o tema da transferência. Como exemplo, Armida Miotto cita a reunião preparatória regional da Ásia e do Pacífico, datada de 29 de julho de 1983, a reunião da América Latina, cujo relatório é datado de 6 de dezembro de 1983, e a reunião inter-regional de Varenna (Itália), realizada de 24 a 28 de setembro de 1984. Nessas reuniões, além de aspectos de caráter estritamente regional, como a transferência interna de presos entre comunidades étnicas distintas, foram apresentados alguns obstáculos à concretização das transferências internacionais como divergências políticas e filosóficas entres os representantes dos Estados e discriminações sociais e culturais.

O Comitê de Prevenção do Delito e Luta contra Delinquência examinou o projeto de tratado-modelo sobre a transferência de presos, em atenção ao solicitado na Resolução n. 13 do VI Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinvente, realizado em Caracas, Venezuela, em 1980, e o encaminhou para apreciação no VII Congresso, realizado em 1985, em Milão, Itália, que, enfim, aprovou um tratado modelo sobre transferência, que será examinado no tópico seguinte.

¹⁵⁵*Idem*, p. 215.

¹⁵⁶*Idem*, p. 222.

É válido ressaltar, contudo, que o primeiro tratado internacional sobre transferência de pessoas condenadas de que se tem notícia foi anterior ao Pacto de Direitos Civis e Políticos de 1966 e até mesmo à pesquisa encomendada pela ONU à UNSDRI. Segundo Artur Gueiros, o acordo bilateral sírio-libanês, datado de 1951, para transferência de presos civis seria o pioneiro nessa matéria e seria justificado pela maior identidade cultural entre a Síria e o Líbano, além da proximidade geográfica. A propósito, o desenvolvimento histórico dos tratados de transferência está estreitamente ligado a esses fatores (proximidade cultural e/ou geográfica) que contribuem para um maior entendimento entre os Estados e para um mais efetivo auxílio mútuo. A identidade cultural entre os Estados permite, de fato, haver uma maior confiança por parte do Estado da condenação no aparelho judiciário do Estado da execução do apenado transferido, superando a natural desconfiança acerca da impunidade que encontra-se normalmente atrelada à idéia de transferência de pessoas condenadas. Por outro lado, a proximidade geográfica contribui tanto para a maior ocorrência de crimes praticados por nacionais dos países vizinhos, que transpõem mais facilmente as fronteiras por eles compartilhadas, como para a concretização do traslado daqueles que já foram punidos.

Por essa razão, os países escandinavos também podem ser considerados precursores em tratados sobre a matéria, tendo pactuado, em 1963, um tratado multilateral que foi assinado por Suécia, Noruega, Dinamarca, Islândia e Finlândia, como lembra Luís Marcó Del Pont¹⁵⁷. A propósito, ainda segundo Del Pont, em 1972, teria sido aprovada uma ampliação do princípio originário do tratado, a fim de que as leis aplicáveis ao procedimento penal fossem as do próprio país de origem do apenado e que fosse possível a supervisão de sentenciados em livramento condicional ou provisório¹⁵⁸.

No continente americano, seguindo esses critérios que nortearam as celebrações de tratados de transferência nas duas décadas seguintes à Segunda Guerra Mundial, EUA, México e Canadá também assinaram tratado para transferência de cidadãos dos países vizinhos condenados em seus respectivos territórios. Como destaca Artur Gueiros, o tratado de transferência pactuado entre EUA e México foi resultado da pressão política realizada, já no início da década de 1970, por familiares de norte-americanos presos nos estabelecimentos penitenciários do México. Segundo Gueiros, em 1974, havia cerca de 550 norte-americanos detidos no México e não eram poucas as denúncias de maus tratos e torturas. Assim, em 1977,

¹⁵⁷ DEL PONT, Luis Marcó. Intercâmbio de presos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, ano 19, n. 73, já./mar. 1982, p. 261.

¹⁵⁸ *Idem*, p. 262.

foram aprovados e ratificados os tratados de transferência de presos ente os Estados Unidos e o México e entre os Estados Unidos e o Canadá, e, nos anos seguintes, foram celebrados acordos bilaterais semelhantes com Bolívia, em 1978, e com Panamá, Turquia e Peru, em 1979¹⁵⁹.

Com a formação dos blocos econômicos e com o avanço do processo de globalização, modificou-se também a forma de celebração dos tratados de transferência. O que antes era objeto de numerosos acordos bilaterais passou, agora, a ser convencionado em tratados multilaterais, o que contribuiu significativamente para a extensão e padronização de regras sobre o instituto em comento. Nesse sentido, o pacto internacional mais representativo desse novo modelo de formalização de acordos sobre transferência é, sem dúvida, a Convenção de Estrasburgo, conhecida como Convenção Européia sobre Transferência de Pessoas Condenadas, de 1983, que se encontra aberta para assinatura pelos Estados membros do Conselho da Europa¹⁶⁰ e, o que é mais inovador, também para Estados não-membros. A propósito, Estados Unidos, Canadá, Bahamas, Chile, Costa Rica, Panamá, Rússia, Israel, Tonga e Trinidad e Tobago são exemplos Estados não-membros que já assinaram a Convenção de Estrasburgo.

Os Estados Unidos, inclusive, recomendam aos países que desejam transferência de seus nacionais lá presos para cumprirem pena em seu Estado de origem a assinarem essa Convenção no lugar de buscarem o caminho mais lento e burocrático dos acordos bilaterais.

Como se extrai do relatório elaborado com base nas discussões havidas no âmbito do Conselho da Europa e disponível no *site* oficial do Conselho na internet¹⁶¹, a Convenção de Estrasburgo foi resultado de debates iniciados na 11ª Conferência, realizada em Copenhague, em junho de 1978. Nessa ocasião, os Estados-membros do Conselho, preocupados com a situação dos presos estrangeiros em seus territórios, adotaram a Resolução nº 1, por meio da qual o Comitê de Ministros do Conselho Europeu foi instado a solicitar ao CDPC (*European Committee on Crime Problems*) a elaboração de um modelo de tratado a ser adotado pelos

¹⁵⁹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 268-269.

¹⁶⁰ Frise-se que aqui nos referimos ao *Council of Europe*, uma organização internacional composta atualmente por 47 Estados da Europa, “criada para promover a democracia e proteger os direitos humanos e o Estado de Direito na Europa”, conforme se pode depreender do seu *site* na internet, disponível em <http://www.coe.int/lportal/web/coe-portal>. Acesso em 27 fev. 2012. Não se trata, portanto, do Conselho Europeu (*European Council*), criado mais tardiamente, e que representa o encontro de autoridades representativas dos Estados-membros da União Européia.

¹⁶¹ Disponível em: <<http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/112.htm>> . Acesso em 20 fev. 2012.

países para permitir a transferência de pessoas condenadas. Foi, então, formado um grupo de *experts* que representavam 15 Estados-Membros do Conselho da Europa para a elaboração desse modelo¹⁶². Embora a ideia inicial fosse a elaboração apenas de um modelo orientador dos acordos bilaterais, o CDPC, em sua 29ª Sessão Plenária, ocorrida em março de 1980, autorizou o grupo de especialistas a confeccionar as linhas gerais de uma convenção multilateral, o que foi feito nas cinco primeiras reuniões do grupo, ocorridas entre outubro de 1979 e dezembro de 1981.

A Convenção foi definitivamente preparada pelo CDPC, na sua 31ª Sessão Plenária, havida em maio de 1982 e encaminhada ao Comitê de Ministros do Conselho da Europa, que aprovou o texto da Convenção em setembro de 1982 e facultou as assinaturas pelos Estados, pertencentes ou não ao Conselho, a partir de 21 de março de 1983.

Com base na experiência europeia, foi incentivada a elaboração de um convenção semelhante que contemplasse os Estados americanos. Assim, cerca de uma década depois, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, foi adotada a Convenção Interamericana para Cumprimento de Sentença Penais no Exterior, assinada em Managua, Nicarágua, em 9 de junho de 1993. Por força do disposto no art. 17 da própria Convenção, ela só entrou em vigor em 12 de abril de 1996, trinta dias após o depósito do segundo instrumento de ratificação. A Convenção Interamericana de 1993, como será doravante chamada, nos termos do seu art. 15, também permite a adesão de Estados não membros da OEA, não exigindo sequer aprovação por um quórum qualificado dos Estados-parte ou dos já signatários¹⁶³.

No Brasil, a Convenção Interamericana de 1993 entrou em vigor em 26 de maio de 2001 e foi promulgada por meio do Decreto nº 5.919, de 3 de outubro de 2006. A representação brasileira apresentou reserva ao parágrafo 2º do art. 7º da Convenção que diz respeito à possibilidade de o Estado receptor aplicar sua legislação para fins de redução da pena ou substituição da pena privativa de liberdade, o que será comentado mais adiante. Com

¹⁶²O grupo de especialistas provinha dos seguintes Estados-membros: Austria, Bélgica, Dinamarca, França, Alemanha, Grécia, Itália, Luxemburgo, Holanda, Portugal, Espanha, Suécia, Suíça, Turquia e Reino Unido. O Canadá e os Estados Unidos enviaram representantes que atuaram como observadores nas reuniões do grupo.

¹⁶³ Como exemplo dessa abertura para Estados não-membros, a Arábia Saudita e a República Checa são signatários da Convenção Interamericana de 1993.

a entrada em vigor dessa Convenção, o Brasil ampliou para mais 21 países¹⁶⁴ o grupo com o qual mantém tratados para a transferência de pessoas condenadas.

Esclarecidos os precedentes histórico-normativos do instituto em exame, antes de examinar a forma como ele se encontra regulamentado na Convenção de Estrasburgo de 1983 e no tratado modelo da ONU, que servirão de exemplo para compararmos a disciplina nos acordos internacionais assinados pelo Brasil, convém prestar esclarecimentos preliminares para a escorreita compreensão dos comentários apresentados no tópico seguinte.

3.2. Conceitos introdutórios do instituto¹⁶⁵.

A inexistência de uma nomenclatura padrão para o instituto em exame é o primeiro dos obstáculos a ser enfrentado por todo aquele que pretende estudá-lo. De fato, não só na língua portuguesa, mas também na língua inglesa¹⁶⁶, são diversas as formas utilizadas para se denominar o instituto de cooperação jurídica tratado no presente trabalho. Assim, poderão ser encontradas obras e legislações se referindo, entre outras expressões, a transferência de presos¹⁶⁷, transferência de pessoas condenadas¹⁶⁸, traslado de pessoas condenadas¹⁶⁹ e intercâmbio de presos¹⁷⁰.

¹⁶⁴ Além de países como Chile, Canadá e Paraguai, com os quais o Brasil tem também tratados bilaterais, com a Convenção, foram acrescentados ao rol de Estados passíveis de transferência: Arábia Saudita, Belize, Costa Rica, Equador, El Salvador, EUA, Guatemala, México, Nicarágua, Panamá, República Checa, Uruguai e Venezuela. Além destes, o Brasil tem tratados bilaterais com Argentina, Bolívia, Espanha, Peru, Portugal e Reino Unido, totalizando, atualmente, 22 países para os quais podem ser transferidos estrangeiros aqui condenados e de onde podem vir brasileiros lá condenados.

¹⁶⁵ Como o título do presente capítulo introdutório já anuncia, este tópico é desnecessário para os leitores já iniciados no tema. Com efeito, essas noções preliminares destinam-se apenas a estabelecer um ponto de partida comum, de modo a evitar equívocos conceituais e facilitar a compreensão do raciocínio que se pretende desenvolver em sequência. Justifica-se também esse recurso didático pelo fato de não ter sido encontrada qualquer obra escrita no Brasil que tenha se dedicado exclusivamente ao tema, embora existam alguns capítulos de livros e artigos sobre a matéria. Portanto, o leitor mais familiarizado com o tema poderá sem maiores prejuízos dirigir-se diretamente aos tópicos seguintes.

¹⁶⁶ Em inglês, podem, por exemplo, ser encontradas referências tanto a “transfer of prisoners”, “transfer of offenders” como “transfer of sentenced persons”.

¹⁶⁷ Cf.: ABBELL, Michael. **International prisoner transfer**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010.

¹⁶⁸ Cf.: ROCHA, Manuel António Lopes. Cooperação judiciária internacional em matéria penal. Transferência de pessoa condenada. Pressupostos, reinserção social e consentimento. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Lisboa, ano 2, nº 1, 1992.

¹⁶⁹ Cf.: MANZANARES SAMANIEGO, José Luiz. El convenio del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas. **Revista de Derecho Público**, Madri, Tomo VIII, vol. 2, ano 1988.

¹⁷⁰ DEL PONT, Luis Marcó. Intercâmbio de presos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, ano 19, n. 73, jan./mar. 1982.

Todos esses títulos querem significar o procedimento utilizado para um não-nacional cumprir o restante de sua pena em outro país, que poderá ser o de sua nacionalidade ou aquele onde tem ele residência ou, ainda, outro que o aceite. A divergência de nomenclatura, contudo, não é totalmente estéril. A depender das expressões utilizadas, o nome do instituto pode dizer menos do que efetivamente ele representa. É o caso da expressão transferência de presos, comumente encontrada em tratados e convenções internacionais e em obras estrangeiras sobre o tema. Embora a maior parte dos casos de efetiva implementação da transferência seja a de pessoas encarceradas, há tratados que preveem a possibilidade de se transferir a supervisão de penas restritivas de liberdade ou mesmo de casos de transferência do acompanhamento do livramento condicional ou de transferência da execução de medidas de segurança¹⁷¹.

Por outro lado, embora se admita a troca de presos e os tratados de cooperação, de fato, fundamentem-se, em geral, no princípio da reciprocidade, não consideramos pertinente a utilização da expressão intercâmbio de presos, utilizada por Del Pont¹⁷², haja vista que a troca não é condição necessária para a transferência e, como visto, ela pode ocorrer em favor de pessoa que não se encontra presa.

Ainda no que se refere à nomenclatura utilizada na redação dos tratados que envolvem a transferência de pessoas condenadas, impende esclarecer o nome atribuído aos sujeitos envolvidos nesse processo. Como visto no capítulo anterior, a transferência é uma espécie de cooperação jurídica internacional, especialmente dotada do caráter de trilateralidade. Estão, pois, como nos demais mecanismos de cooperação em sentido amplo, envolvidos sempre ao menos três sujeitos processuais: o Estado requerente, o Estado requerido e o sujeito concernido. A diferença no caso de transferência de pessoas condenadas é que a posição do Estado solicitante da cooperação não é tão relevante para a definição de suas funções no procedimento. Com efeito, como será visto mais adiante, o pedido de cooperação poderá ser formulado tanto pelo Estado onde se encontra preso o sujeito

¹⁷¹ Nesse sentido, confira-se: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 253. Nessa obra, o autor prefere utilizar a expressão *transferência de presos*, por ser esse o termo que, segundo ele, em regra, é empregado nos tratados firmados pelo Brasil, embora reconheça que, tecnicamente, o instituto é mais amplo e compreende, igualmente, não só o cumprimento da pena privativa de liberdade, mas também as penas restritivas de direito, as medidas de segurança e as medidas sócio-educativas. Para evitar falsas compreensões, optou-se, neste trabalho, preferencialmente, pela utilização da expressão *transferência internacional de pessoas condenadas*, condizente, inclusive, com a expressão utilizada na Convenção Interamericana sobre o tema.

¹⁷² DEL PONT, Luis Marcó. Intercâmbio de presos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, ano 19, n. 73, já./mar. 1982.

concernido como pelo Estado para onde ele pretende ir. Assim, mais importante aqui é a definição do sujeito responsável pela condenação e daquele que será responsável pela execução da pena e não propriamente a daquele que formulou a solicitação.

Desse modo, na Convenção de Estrasburgo de 1983, nos termos de seu art. 1º, esses sujeitos são definidos como *sentencing State*, para definir o Estado responsável pela condenação do indivíduo, e como *administering State*, para definir o Estado que se responsabilizará pela administração da execução da pena desse indivíduo. A Convenção Interamericana de 1993, por seu turno, define esse último sujeito como Estado receptor (*receiving State*), tratando o Estado da condenação ou Estado sentenciador pelo mesmo título (*sentencing State*). O Brasil, na versão em português da ampla maioria de seus tratados bilaterais, refere-se a esses sujeitos processuais como “Estado remetente” e “Estado recebedor”. Como essa nomenclatura coisifica o terceiro sujeito processual, o indivíduo apenado, tratando-o como uma mercadoria remetida e recebida pelos Estados, utilizaremos expressões distintas e autoexplicativas como “Estado da condenação”, “Estado de execução da pena” e “pessoa condenada”¹⁷³.

Disto isto, é necessário ainda atentar para expressões usadas doutrinariamente como espécie de classificação, mas que, em verdade, revelam apenas pontos de vista distintos em relação ao procedimento de transferência e modelos diversos de incorporação da sentença condenatória.

É comum observar, desse modo, referências à transferência passiva e à transferência ativa, como a principal classificação do instituto em estudo. Em verdade, essa distinção representa, como já mencionado quando estudada a classificação da cooperação jurídica internacional em sentido amplo, apenas as duas faces de uma mesma moeda. De fato, para essa primeira classificação doutrinária, considera-se tão-somente a diversa perspectiva dos dois Estados que necessariamente estarão envolvidos no processo de traslado da pessoa condenada. Se adotada a perspectiva do Brasil nas suas relações de cooperação, na transferência ativa, um brasileiro preso ou condenado no exterior será transferido do local

¹⁷³ O tratado bilateral entre Brasil e Portugal e a Convenção Interamericana de 1993 são os únicos que não adotam aquela nomenclatura. No tratado com Portugal, adotam-se expressões mais condizentes com a dignidade humana como “Estado da condenação” e “Estado para o qual a pessoa deve ser transferida”. Tecnicamente, a expressão que será por nós utilizada “Estado de cumprimento da pena” não está correta, pois o cumprimento da pena pode se iniciar no Estado da condenação e até mesmo ter aí ocorrido o decurso do maior período de cumprimento. Contudo, insistimos nessa nomenclatura com a intenção de ressaltar a efetiva possibilidade de cisão entre o Estado que condena e o Estado que executa a condenação.

onde se encontra para cumprir aqui no Brasil a sua pena. Diz-se ativa porque, nesses casos, frequentemente, o Estado brasileiro figurará como requerente na relação de cooperação. Considerado ainda o mesmo ponto de vista, na transferência passiva, um estrangeiro preso ou condenado no Brasil será transferido para cumprir o restante de sua pena no território de outro Estado, que, normalmente, será o de sua nacionalidade. Atribui-se a qualidade de passiva a essa modalidade de transferência porque, nessas hipóteses, ordinariamente, o Brasil figurará como Estado requerido.

Além dessa classificação, deve-se observar ainda a distinção entre dois modelos de transferência: o do prosseguimento da execução (*continued enforcement procedure*) e o da conversão da condenação (*conversion of sentence* ou *exequatur procedure*), que poderiam ser qualificados como administrativo e judicial, respectivamente, considerando a classificação que se utiliza para os diversos modelos de extradição.

No primeiro caso, a transferência se concretiza sem a necessidade de intervenção prévia do órgão judicante do Estado de cumprimento da pena, operando-se o traslado em nível administrativo como continuidade da execução da pena iniciada no Estado da condenação. No segundo, há um processo de substituição da condenação pelo Estado de execução da pena, por meio da prolação de uma nova sentença condenatória por órgão judicante desse Estado, que converte a pena imposta pelo Estado da condenação em uma sanção ajustada àquela prevista para um crime semelhante no seu próprio ordenamento jurídico. Destaque-se que mesmo no modelo da conversão da condenação não se admite a revisão da sentença originária, procedendo-se no máximo a um ajuste na pena aplicada de acordo com a sanção prevista para crime semelhante. As vantagens e desvantagens de cada um desses procedimentos serão examinadas no tópico seguinte.

3.3. A regulamentação da transferência internacional de pessoas condenadas no âmbito das Nações Unidas e do Conselho da Europa.

Estabelecidas as noções preliminares sobre o instituto de cooperação jurídica internacional que constitui objeto específico desta dissertação, descreveremos, agora, a forma como ele foi regulamentado no âmbito do Conselho da Europa e como a Organização das Nações Unidas sugeriu que ele fosse disciplinado em todos os Estados-membros. Para tanto,

serão comentados conjuntamente os dispositivos da Convenção de Estrasburgo de 1983 e os que constam no Tratado Modelo editado pelo conjunto de *experts* nomeados pela ONU. Não comentaremos artigo por artigo dos tratados, optando por agrupar os diversos dispositivos de acordo com o seu conteúdo. Assim, serão examinados os preâmbulos, os princípios gerais, os requisitos para a transferência, os procedimentos, os direitos e deveres de informação, a lei aplicável ao cumprimento da pena e as disposições diversas (sobre distribuição dos custos, retroatividade e ultratividade das disposições dos tratados), levando em consideração a divisão em partes do tratado-modelo da ONU, por ser essa divisão a mais abrangente¹⁷⁴.

3.3.1. O preâmbulo.

O preâmbulo indica os fundamentos em que se assenta todo o tratado e, embora seja desprovido de conteúdo normativo, revela um norte hermenêutico possível para a interpretação dos dispositivos do texto legal. Ainda que os motivos expressos em um preâmbulo não espelhem todas as reais justificativas políticas, econômicas, sociais e jurídicas para a adoção de um tratado e possam até mesmo indicar algumas justificativas que, na prática, não foram efetivamente levadas em consideração, julgamos que sua análise tem sim valor hermenêutico ao menos como expressão do discurso oficial adotado pelos Estados signatários.

Nesse ponto, observa-se que esse discurso oficial pode ser útil, inclusive, para confrontá-lo com a prática reguladora e operativa dos demais mecanismos de cooperação jurídica internacional. Como se demonstrará a seguir, entre o difuso interesse da coletividade e o interesse do ser humano individualmente considerado, revela o discurso oficial adotado nos dois documentos aqui examinados a sua opção pela primazia do primeiro.

¹⁷⁴ Como visto no primeiro tópico desse capítulo, o tratado-modelo da ONU foi resultado de uma recomendação editada na Resolução nº 13, adotada no VI Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento de Delinquentes. Ele foi aprovado no Congresso seguinte como um *standard* a ser seguido pelos Estados-membros da ONU e, como se verá a seguir, tem mesmo servido para a padronização de tratados sobre a matéria. Cuida-se, de todo modo, de mera sugestão ou recomendação, sem qualquer caráter vinculativo para os Estados-membros. De qualquer sorte, considerando que tanto a sua elaboração como a sua aprovação foram fruto de pesquisas, debates e reuniões havidas em diversas regiões do mundo, como visto em tópico anterior, julgamos útil o seu exame a fim de observar se o Brasil, nos seus tratados bilaterais, tem seguido ou não esse padrão internacional. O tratado-modelo é dividido em seis partes (preâmbulo, princípios gerais, outros requisitos, regulação do procedimento, execução e perdão, disposições finais), que serão aqui utilizadas para divisão dos comentários.

Isso porque tanto o preâmbulo do tratado-modelo da ONU como o da Convenção de Estrasburgo de 1983 iniciam-se registrando que o primeiro desejo dos Estados que pactuam acordos de transferência internacional de pessoas condenadas é reforçar o desenvolvimento da cooperação mútua em matéria penal. A posição de destaque desse primeiro objetivo pode denotar a concepção ainda predominante no âmbito do Direito Internacional no sentido de que os Estados, como representantes dos interesses da coletividade, são os protagonistas da ordem jurídica internacional, a qual teria por finalidade servir-lhes no exercício de suas respectivas soberanias.

Nesses preâmbulos, destaca-se, ainda, que a cooperação jurídica internacional em matéria penal teria por finalidades precípuas a justiça e a reinserção social (ou reabilitação) da pessoa condenada. A reinserção social da pessoa condenada, contudo, ao revés do que poderia fazer crer esse discurso oficial, não é a finalidade precípua da cooperação jurídica em sentido amplo, o que pode ser aduzido da existência e da contínua utilização da extradição, como principal mecanismo de cooperação. De fato, o modelo de execução da sentença por meio da extradição (isto é, aquele em que devem ser idênticos o local da condenação e o local da execução da pena) prioriza o interesse punitivo do Estado prolator da condenação, desconsiderando as circunstâncias que facilitariam, ao menos em tese, o processo de reinserção social do indivíduo. Não se pode, portanto, afirmar que a reinserção social da pessoa sentenciada é a finalidade da cooperação jurídica internacional em matéria penal em sentido amplo, podendo constituir no máximo a finalidade apenas da transferência internacional de pessoas condenadas. Além disso, a reinserção social da pessoa sentenciada constitui-se em interesse não necessariamente comungado pelo indivíduo e que pode ferir-lhe a autonomia. Trata-se, portanto, em verdade, de interesse de uma determinada parcela da comunidade ocultado pela retórica humanista que aprisiona o indivíduo sob o pretexto de socializá-lo não necessariamente para o bem dele próprio, mas sim para impor a ele o modelo de conduta e de valores partilhados pela classe dominante. O discurso da ressocialização representa, isto sim, o desejo de uma parcela da sociedade, supersocializada, de não ser novamente incomodada com mais uma conduta desviante.

Apesar dessa priorização do interesse da coletividade em relação ao interesse do indivíduo sentenciado, no tratado-modelo da ONU, o caráter humanitário do instituto foi, de certo modo, consignado ao se declarar, como última disposição do preâmbulo, que, para a aprovação do tratado, levou-se em consideração o dever de assegurar o pleno respeito aos

direitos humanos, como previstos nos princípios universalmente reconhecidos. Não há previsão semelhante no preâmbulo da Convenção de Estrasburgo. Essa ausência, ainda que intencional, justamente em razão da pretensa universalidade dos direitos humanos, como se verá no capítulo seguinte, não impede que a transferência seja reconhecida como decorrente do sistema internacional de direitos humanos.

Essa aparente contradição entre os interesses do ser humano sentenciado e os da coletividade internacionalmente representada pelos Estados de condenação e de cumprimento da sentença permeará toda a regulação prática do instituto da transferência de pessoas condenadas, conforme se pode perceber logo nos princípios gerais.

3.3.2. Os princípios gerais.

Sob o título de princípios gerais a Convenção de Estrasburgo e o tratado-modelo da ONU trazem outros dispositivos que versam, na verdade, ora sobre requisitos da transferência ora sobre a capacidade para a formulação do requerimento da transferência. Os requisitos serão tratados no tópico seguinte, mas a capacidade para a formulação do pedido de cooperação, por revelar um dos princípios que norteiam o instituto, deve mesmo ser aqui tratada.

Como visto no capítulo anterior, na regulação de todos os mecanismos de cooperação jurídica internacional em sentido amplo, apresentam-se como em situação de aparente conflito os princípios de eficiência da cooperação, de respeito à soberania dos Estados e de preservação dos interesses e das garantias do sujeito concernido. Na disciplina dos princípios gerais que deveriam, de acordo com a ONU e com o Conselho da Europa, orientar todos os tratados de transferência internacional de pessoas condenadas isso não é diferente.

De fato, os primeiros dispositivos do tratado-modelo da ONU revelam, de imediato, a tentativa de serem compatibilizados aqueles três interesses (eficiência, soberania estatal e garantias do indivíduo). O princípio da eficiência encontra ressonância logo no primeiro artigo do tratado-modelo, segundo o qual a transferência deve ser executada no estágio mais cedo possível do cumprimento da pena, devendo os Estados adotar todas as medidas possíveis para tanto. Do mesmo modo, no art. 2.1 da Convenção de Estrasburgo, sob

o título de princípios gerais, estabelece-se que os Estados empreenderão todos os esforços para conferir efetividade às disposições da Convenção.

Além disso, ambos os documentos preveem também dispositivos que expressam o princípio da razoável duração do processo ou melhor da tramitação sem dilações indevidas. Nesse sentido, o art. 12 do tratado-modelo prescreve que a decisão sobre a concessão ou não da transferência deve ser tomada sem qualquer atraso. Igualmente, a Convenção de Estrasburgo, em atendimento ao princípio da eficiência, determina, em seu art. 5.4, que o Estado requerido deve informar imediatamente ao Estado requerente sua decisão sobre a aceitação ou não da transferência. Ademais, também com o intuito de conferir maior celeridade ao andamento da transferência, a Convenção de Estrasburgo previu ainda a possibilidade de os pedidos e documentos que o acompanham ser remetidos sem tradução, desde que em uma das línguas oficiais do Conselho da Europa, e independentemente de legalização ou certificação consular (art. 17.2 e 17.4)¹⁷⁵.

Por outro lado, o princípio do respeito à soberania dos Estados também governa a redação do tratado-modelo e da Convenção. O tratado-modelo prescreve-o, inclusive, expressamente no seu art. 2º ao assegurar que a transferência deve ser efetivada com fundamento no respeito mútuo à soberania e jurisdição nacionais. Além disso, a lógica da soberania dos Estados e do seu protagonismo nas relações internacionais também está espelhada nas disposições que restringem a capacidade para a formulação dos pedidos de transferência aos Estados. De fato, tanto o tratado-modelo (art. 4º) como a Convenção de Estrasburgo (art. 2.3) só admitem requerimentos formulados pelos Estados (ou pelo Estado de condenação ou pelo Estado de execução da pena), reservando aos indivíduos, seus representantes legais ou seus familiares apenas a possibilidade de expressar a qualquer um dos Estados envolvidos o seu desejo de ser transferido. Presume-se, desse modo, que o indivíduo é desprovido da capacidade de agir na seara internacional, devendo ser tutelado ou

¹⁷⁵ A preocupação com a celeridade na tramitação dos pedidos de transferência foi uma nota característica da Convenção de Estrasburgo, tendo em vista que o procedimento de homologação de sentença previsto na *European Convention on the International Validity of Criminal Judgments*, que lhe antecedeu, era bem mais lento e complexo. Essa especial atenção da Convenção com a celeridade do procedimento de transferência pode ser aduzida da exposição de motivos da Convenção de 1983, na qual se consignou, no item 3 da Introdução, que um dos pedidos do *Committee of Ministers of Council of Europe* à comissão responsável por sua elaboração era: “to consider the possibility of drawing up a model agreement providing for a simple procedure for the transfer of prisoners”. Além disso, no item 8 das considerações gerais dessa exposição de motivos, está declarado que: “the purpose of the Convention is to facilitate the transfer of foreign prisoners to their home countries by providing a procedure which is simple as well as expeditious”. COUNCIL OF EUROPE. **Explanatory report**. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/HTML/112.htm> Acesso em 12 set. 2012.

representado pelos Estados. A previsão acerca de necessidade do consentimento dos dois Estados (o da condenação e o da execução) para a autorização da transferência também é um reflexo do princípio do respeito à soberania, a qual será reforçada, individualmente, em cada pedido de transferência, sendo facultado aos Estados recusar aquelas transferências que sob sua ótica não forem convenientes¹⁷⁶.

Por fim, o princípio da preservação dos interesses e das garantias do sujeito concernido encontra especial amparo nas exigências de seu expresso e consciente consentimento para a transferência¹⁷⁷, no direito de ser informado sobre a possibilidade de transferência e sobre o andamento e resultado de seu pedido¹⁷⁸ e no princípio do *non bis idem*¹⁷⁹. Com efeito, a exigência do consentimento do indivíduo sentenciado para a sua transferência é o que confere a esse instituto o seu especial caráter humanitário. Isso porque, se, de um lado, a transferência pode representar a preferência do preso estrangeiro de cumprir a sua pena em local mais próximo de sua família, no seio da comunidade à qual ele já está adaptado; de outro, ela pode significar justamente o oposto.

Essa última hipótese, isto é, aquela em que a transferência não representa os interesses do apenado pode ser verificada em ao menos duas situações. A primeira é aquela em que o sujeito apenado, em razão dos estigmas que são atribuídos a todos os encarcerados, prefere cumprir a pena em um regime de maior isolamento, distante de sua comunidade, a ser obrigado a cumpri-la em um local onde sua condição de preso será por todos mais facilmente conhecida. A segunda é aquela em que o estrangeiro se encontra no país da condenação não apenas temporariamente, mas sim em caráter mais definitivo, tendo para ele migrado por dificuldades econômicas, sociais ou políticas do seu país de origem, de sorte que a transferência contra sua vontade seria uma antecipação da pena de expulsão.

¹⁷⁶ A necessidade de consentimento individualizado dos Estados está prevista como um dos requisitos da transferência no art. 3.f. da Convenção de Estrasburgo e no art. 4º do tratado-modelo da ONU.

¹⁷⁷ A exigência do consentimento do indivíduo sentenciado encontra guarida nos arts. 2.2 e 3.1.d da Convenção de Estrasburgo e nos arts. 5º, 7º e 9º do tratado-modelo da ONU.

¹⁷⁸ As disposições sobre o direito à informação serão tratadas em tópico específico mais adiante.

¹⁷⁹ Esse princípio encontra-se previsto no art. 13 do tratado-modelo da ONU como um requisito da transferência, não tendo sido incluído expressamente na Convenção de Estrasburgo. De acordo com a disposição do tratado-modelo da ONU, a pessoa transferida não pode ser julgada novamente no Estado de execução da pena pelos fatos em razão dos quais ela irá cumprir pena, a fim de ser duplamente apenada ou ter sua situação agravada, o que também pode ser aduzido do art. 19 do tratado-modelo da ONU. Como visto no capítulo anterior, consideramos esse princípio uma verdadeira garantia do sujeito concernido e, por essa razão, ele foi aqui mencionado e não será comentado como um requisito da transferência.

A compreensão acerca do caráter humanitário dessa disposição é especialmente relevante no contexto do Conselho da Europa em função da edição, seis anos após a Convenção de Estrasburgo, de um Protocolo Adicional que permite, nos termos de seu art. 3.1, a transferência da pessoa condenada independentemente do seu consentimento, nos casos em que a condenação que lhe foi imposta também implicar a sua expulsão ou deportação. Essa possibilidade descaracteriza o caráter humanitário do instituto da transferência internacional de pessoas por destituir o ser humano concernido da possibilidade de escolher o local de cumprimento de sua sentença entre as opções fornecidas pelos Estados envolvidos e, em razão de sua duvidosa constitucionalidade, pode encontrar dificuldades, na maior parte dos países, para ser ratificada¹⁸⁰.

3.3.3. Requisitos para a transferência.

Os requisitos para a transferência internacional de pessoas condenadas podem variar de acordo com o tratado que a regulamenta. Há, contudo, alguns requisitos que são observados em praticamente todos os diplomas normativos sobre a matéria.

O primeiro dos requisitos para a transferência de pessoas condenadas refere-se à legitimidade daqueles que podem ser transferidos. Nos termos do art. 1º do tratado-modelo da ONU deveriam ser admitidos para a transferência tanto os nacionais como os residentes habituais do Estado de execução da pena. Considera-se, nesses casos, que, como a transferência visa facilitar a pretendida ressocialização da pessoa condenada, a nacionalidade pode ser menos relevante que a identificação da residência habitual do sentenciado. Isso porque é no local de sua residência habitual onde se presume estejam situadas as pessoas que lhe são mais próximas e onde também se imagina tenha o apenado maiores laços afetivos e sociais. Considerando os históricos fluxos migratórios em todo o globo, é possível, por exemplo, imaginar que um cidadão nascido no México, condenado no Reino Unido, tenha vivido, legal ou ilegalmente, a maior parte de sua vida nos EUA, e que, nessa hipótese, seus

¹⁸⁰ Nesse sentido, Michael Abbell acredita que tanto em razão das necessidades de adaptação da legislação pertinente quanto pelas questões constitucionais que suscita esse protocolo não deve ser ratificado pelos EUA em um futuro próximo. Nas palavras do autor: “Not only would legislation be necessary to implement this article, but such legislation would raise even more substantial constitutional questions than the legislation that would be necessary to implement Article 2 of the Protocol. For the reasons discussed above, it is doubtful that United States will consider signing the Additional Protocol in the near future”. Cf.: ABBELL, Michael. **International prisoner transfer**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 13.

familiares ou amigos mais próximos (especialmente aqueles que lhe fariam visitas na prisão) também residam nesse outro país. Transferi-lo, portanto, nesse caso, para o México, para cidades ou comunidades em que ele jamais esteve, não atenderia às finalidades do próprio instituto.

A Convenção de Estrasburgo, por seu turno, prevê, como um dos requisitos para a transferência, a nacionalidade do indivíduo sentenciado, exigindo que seja ele nacional do Estado de execução da pena. Na exposição de motivos, a justificativa para adoção desse critério foi de prática legislativa. A intenção seria tornar mais fácil a aplicação da Convenção, preferindo a expressão “nacional” a outras noções como “residente habitual” ou “originário” do Estado de execução da pena, que poderiam provocar dúvidas na sua interpretação¹⁸¹. Além dessa justificativa, é possível imaginar que um nacionalismo exacerbado também tenha contribuído para a fixação desse critério¹⁸². Essa inferência pode ser reforçada pela celebração, em Bruxelas, em 1987 (apenas quatro anos depois da Convenção de Estrasburgo de 1983), de um Acordo, limitado aos Estados Membros das Comunidades Europeias, para, entre outras disposições, alargar o conceito de nacionalidade, estendendo-o a todos os que sejam nacionais dos Estados-membros da Comunidade Européia¹⁸³. A possibilidade de ampliação do conceito

¹⁸¹ Nesse sentido, nos itens 19 e 20 do tópico de comentários sobre os artigos da Convenção, os elaboradores apresentam os seguintes motivos: “19. The first paragraph of Article 3 enumerates six conditions which must be fulfilled if a transfer is to be effected under the terms of the Convention. 20. The first condition is that the person to be transferred is a national of the administering State. In an effort to render the application of the convention as easy as possible, the reference to the sentenced person’s nationality was preferred to including in the convention other notions which, in their practical application, might give rise to problems of interpretation as, for instance, the terms "ordinarily resident in the other State" and "the State of origin" used in Article 5 of the European Convention on the International Validity of Criminal Judgments”. COUNCIL OF EUROPE. **Explanatory report**. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/HTML/112.htm> Acesso em 12 set. 2012.

¹⁸² A crítica ao requisito da nacionalidade para a transferência também é formulada por Borja Mapelli Caffarena e Maria Isabel Cano, segundo os quais: “Ser nacional de un país no permite presumir que la persona disfrute de relaciones sociales que haga más recomendable el cumplimiento de la pena em el mismo y, a la inversa, puede ocurrir que un extranjero se encuentre afincado en un país extraño con familia y ocupación estable. La exclusión de los no nacionales *ab initio* es un critério discriminatorio contrario a las metas del traslado”. Cf. CAFFARENA, Borja Mapelli; CANO, María Isabel Gonzalez. **El traslado de personas condenadas entre países**. Madrid: McGraw Hill, 2001, p. 37. Esses mesmos autores mais adiante reforçam esse entendimento, afirmando que: “El requisito de la nacioanalidad, como apuntamos anteriormente, es una demostración nacionalista en el peor sentido del término, es decir, discriminatoria con otros colectivos extranjeros residentes en nuestro país”. Cf.: CAFFARENA, Borja Mapelli; CANO, María Isabel Gonzalez. **Op. Cit.** P. 56. Por outro lado, embora não manifestando expressamente o seu entendimento, Michael Abbell, tendo em mente a legislação norteamericana, parece compreender e aceitar a adoção desse critério nacionalista. Confira-se: “It should be remembered, however, that most such aliens would be excluded from readmission to the United States pursuant to 8 U.S.C §§1182(9) or 1182(23)”. Cf.: ABBELL, Michael. **International prisoner transfer**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 17.

¹⁸³ Cf.: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 278-279.

de nacionalidade, aliás, encontrava-se prevista já no art. 3.4 da Convenção de Estrasburgo, que possibilitava aos Estados signatários, a qualquer momento, encaminhar declaração endereçada ao Secretário Geral, esclarecendo o que, para aquele Estado, deveria ser entendido por “nacional”.

O segundo requisito previsto tanto no tratado-modelo¹⁸⁴ como na Convenção de Estrasburgo¹⁸⁵ é o da certeza da sentença condenatória. Exige-se que a decisão que fundamenta a condenação do apenado seja final e definitiva, isto é, que não estejam mais pendentes quaisquer recursos, ou porque já não são cabíveis ou porque já expirado o prazo das impugnações possíveis. A exposição de motivos da Convenção de Estrasburgo não esclarece as razões para tal exigência. A doutrina, por seu turno, apresenta algumas. A primeira delas refere-se à necessidade de exequibilidade da decisão condenatória, para que ela possa surtir seus efeitos internamente e, com muito mais razão, externamente¹⁸⁶. A segunda relaciona-se com aspectos pragmáticos e consiste na necessidade, comumente verificada nas sentenças condenatórias, de o apenado efetuar o pagamento de custas, multas e eventuais indenizações antes de ser transferido ou provar absoluta incapacidade de fazê-lo¹⁸⁷.

É importante registrar que a previsão desse requisito não impede que o Estado da condenação proceda a uma revisão do julgado, o que, como se verá a seguir, é reflexo de uma

¹⁸⁴ Vide art. 10.

¹⁸⁵ Vide art. 3.1.b.

¹⁸⁶ Nessa senda, CAFFARENA e CANO esclarecem que: “La existencia de recurso pendiente contra la sentencia de condena impediría la ejecución propiamente dicha de la misma en cuanto a los pronunciamientos penales, y por tanto el consiguiente traslado para el cumplimiento en otro país de la privación de libertad contenida en la sentencia de instancia o en apelación, ya que se impediría el efecto ejecutivo de la misma, independientemente del mantenimiento de la medida cautelar de la prisión provisional durante su substanciación”. CAFFARENA, Borja Mapelli; CANO, María Isabel Gonzalez. **El traslado de personas condenadas entre países**. Madrid: McGraw Hill, 2001, p. 59.

¹⁸⁷ Essa é a posição defendida por Arthur Gueiros Souza, para quem: “enquanto não cumprida a obrigação de reparar o dano ou justificada a impossibilidade de fazê-lo, há, por motivos de interesse geral – v.g., ressarcimento da vítima – o entendimento no sentido de ser desaconselhável ao Estado demandado consentir na transferência do preso estrangeiro”. SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 281.

reserva de jurisdição que permanece a ele atribuída¹⁸⁸. Exige-se, pois, apenas a coisa julgada formal e não a coisa soberanamente julgada ou a coisa julgada material¹⁸⁹.

Outro requisito é o do tempo mínimo de pena a cumprir. Os dois documentos aqui comentados exigem, como regra geral, que, na data do requerimento de transferência, haja ainda um período restante de ao menos seis meses de duração da pena a ser cumprido no Estado de execução¹⁹⁰. Isso porque, por mais célere que seja seu procedimento, a transferência internacional de pessoa condenada envolve custos elevados e uma série de atos oficiais dos dois Estados envolvidos que não costumam encerrar-se antes desse prazo. Além disso, como a transferência tem por intuito declarado a ressocialização do indivíduo, acredita-se ser necessário um período de tempo de pena suficiente para que ele possa vir a ser preparado para retornar à sociedade¹⁹¹.

Para fins de verificação da satisfação desse requisito, conta-se o período de seis meses de antecedência a partir da data de recebimento do pedido de transferência. É válido registrar que tanto a Convenção de Estrasburgo como o tratado-modelo da ONU admitem a transferência também para penas ou medidas de segurança por tempo indeterminado, como expressamente previsto nos dispositivos que tratam desse requisito, o que significa uma

¹⁸⁸ A possibilidade da revisão da condenação em procedimento autônomo, que equivaleria no Brasil à ação de revisão criminal, encontra-se prevista expressamente no art. 17 do tratado-modelo da ONU e no art. 13 da Convenção de Estrasburgo. A esse respeito a exposição de motivos da Convenção esclarece que: “The second condition b is that the judgment must be final and enforceable, for instance because all available remedies have been exhausted, or because the time-limit for lodging a remedy has expired without the parties having availed themselves of it. This does not preclude the possibility of a later review of the judgment in the light of fresh evidence, as provided for under Article 13”. COUNCIL OF EUROPE. **Explanatory report**. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/HTML/112.htm> Acesso em 12 set. 2012.

¹⁸⁹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Op. Cit.** P. 281.

¹⁹⁰ Vide art. 11 do tratado-modelo da ONU e art. 3.1.c da Convenção de Estrasburgo.

¹⁹¹ Como já antecipado alhures, não comungamos da crença na capacidade de ressocialização da pena privativa de liberdade. De qualquer sorte, essa foi uma das razões assumidas para a previsão do requisito em comento na Convenção de Estrasburgo, conforme se pode inferir de sua exposição de motivos: “The third condition c concerns the length of the sentence still to be served. For the convention to be applicable, the sentence must be of a duration of at least six months at the time of receipt of the request for transfer, or be indeterminate. Two considerations have led to the inclusion of this condition: the first is that the convention is conceived as an instrument to further the offender’s social rehabilitation, an objective which can usefully be pursued only where the length of the sentence still to be served is sufficiently long. The second reason is that of the system’s cost-effectiveness; the transfer of a prisoner is costly, and the considerable expenses incurred by the States concerned must therefore be proportionate to the purpose to be achieved, which excludes recourse to a transfer where the person concerned has only a short sentence to serve”. COUNCIL OF EUROPE. **Explanatory report**. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/HTML/112.htm> Acesso em 12 set. 2012. Em sentido contrário, sustentando que os últimos períodos da execução da pena ou os casos de estadia curta na prisão são justamente os que demandam maiores cuidados na relação do interno com o seu meio social e familiar e, portanto, são especialmente para esses casos que a transferência seria mais recomendável. Cf.: CAFFARENA, Borja Mapelli; CANO, María Isabel Gonzalez. **El traslado de personas condenadas entre países**. Madrid: McGraw Hill, 2001, p. 64.

abertura para a execução de penas de prisão perpétua, por exemplo, entre os países que a admitem. Além disso, o art. 3.2 da Convenção de Estrasburgo explicita a possibilidade de os Estados aceitarem, em casos excepcionais, a transferência para cumprimento de períodos menores que seis meses, o que pode ocorrer especialmente por razões de saúde ou idade avançada e, ainda, para os casos de países vizinhos.

Além desses requisitos, outra exigência também prevista nos dois documentos aqui examinados é a da dupla incriminação. Nos termos do art. 3º do tratado-modelo da ONU e do art. 3.1.e da Convenção de Estrasburgo, condiciona-se a transferência da pessoa condenada à demonstração de que o fato a ela imputado no Estado de condenação também constitui crime no Estado de execução da pena. Cuida-se, como visto no capítulo anterior, de princípio que visa compatibilizar a cooperação jurídica internacional com o princípio do respeito à soberania e à ordem pública dos Estados. Argumenta-se que seria inconcebível para uma nação soberana manter um nacional preso em seus estabelecimentos penais se o seu ordenamento jurídico não considera a conduta por ele praticada como crime. Por outro lado, Michael Plachta ressalta que não admitir a transferência nessa hipótese criaria uma cruel anomalia, pois o benefício poderia ser negado a um nacional que praticou um fato menos grave (que sequer é incriminado em seu Estado de origem) e poderia ser concedido a outro nacional que praticou um fato mais grave (considerado crime tanto no Estado da condenação como em seu Estado de origem)¹⁹².

Não se exige, na verificação desse requisito, que a tipificação do fato seja exatamente igual, não sendo necessária, portanto, a identidade quanto ao *nomen iuris* do delito ou quanto a circunstâncias não essenciais do crime. As divergências que podem surgir em relação à aplicação desse princípio referem-se à sua extensão: se limitada aos crimes propriamente ditos e se a mencionada verificação se faz em concreto ou em abstrato.

A esses requisitos acrescenta-se a comprovação do consentimento expresso e consciente do indivíduo sentenciado¹⁹³ e também a anuência dos dois Estados envolvidos, o da condenação e o da execução¹⁹⁴, condições que já foram comentadas por ocasião da análise dos princípios que orientam a transferência.

¹⁹² PLACHTA, Michael. Transfer of prisoners under international instruments and domestic legislation. *Apud* ABBELL, Michael. **International prisoner transfer**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, p. 19.

¹⁹³ Vide arts. 2.2 e 3.1.d da Convenção de Estrasburgo e art. 5º do tratado-modelo da ONU.

¹⁹⁴ Vide art. 3.1.f da Convenção de Estrasburgo e art. 5º do tratado-modelo da ONU.

3.3.4. Os procedimentos e as modalidades de transferência.

Os dois modelos de transferência (de prosseguimento da execução e de conversão da sentença) foram admitidos no tratado-modelo da ONU e na Convenção de Estrasburgo¹⁹⁵. Com efeito, na forma como foram redigidos os dispositivos relativos a esses procedimentos, faz-se crer que eles não são tão distintos, especialmente no que se refere aos seus limites e quanto ao resultado que produzem. Em ambos os documentos, a escolha da modalidade de transferência foi facultada exclusivamente ao Estado de execução da pena, como se essa decisão não provocasse qualquer efeito para o Estado de condenação ou para a soberania de sua decisão¹⁹⁶.

No modelo de prosseguimento da execução (*continued enforcement*), a sentença prolatada pelo Estado de condenação é incorporada ao ordenamento jurídico do Estado de execução imediatamente ou logo após a uma ordem de uma autoridade administrativa ou judiciária para o início de seu cumprimento. Nesse caso, há uma simples continuidade no cumprimento da sanção imposta pelo Estado da condenação, podendo ela própria servir de fundamento para a restrição de liberdade do acusado. Em princípio, nesse modelo, o Estado da execução fica limitado à natureza legal e à duração da pena imposta pelo Estado de condenação. Esse procedimento se equipara, contudo, ao da conversão, a seguir analisado, ao se prever a possibilidade de o Estado de execução da pena proceder, mesmo nesse procedimento de simples continuidade, a uma adaptação da condenação à sua legislação, quando esta apresentar, por sua natureza ou duração, significativa incompatibilidade¹⁹⁷.

Por seu turno, no modelo de conversão da sentença (*conversion of the sentence* ou *exequatur procedure*), profere-se no Estado de execução da pena uma nova decisão, levando-

¹⁹⁵ Vide arts. 14 a 20 do tratado-modelo da ONU e arts. 9, 10 e 11 da Convenção de Estrasburgo. Tais disposições são essencialmente semelhantes e

¹⁹⁶ O art. 9 da Convenção de Estrasburgo e o art. 14 do tratado-modelo da ONU facultam ao Estado de execução da pena a escolha do procedimento a ser seguido. No tratado-modelo da ONU, não se prevê sequer a necessidade de comunicação ao Estado de condenação sobre o procedimento que será seguido. Já a Convenção de Estrasburgo estabelece, em seu art. 9.2, que o Estado de execução da pena deve informar, quando requerido, inclusive antes da transferência, qual o modelo será seguido. Além da informação quanto modelo que será seguido, aos Estados que desejam manter o acompanhamento da execução da sentença, é igualmente relevante a informação quanto a qualquer alteração, por adaptação ou conversão, da forma de cumprimento de sua sentença. Nenhum dos documentos ora analisados prevêem o dever de prestar essa informação. Como se verá mais adiante, quando analisado os direitos e deveres de informação, tanto um como o outro regulam apenas a possibilidade de encaminhamento de relatórios sobre o cumprimento da pena pelo Estado de execução ao Estado de condenação.

¹⁹⁷ Vide arts. 9.1.a e 10 da Convenção de Estrasburgo e arts. 14 e 15 do tratado-modelo da ONU.

se em conta os fatos como apresentados na sentença estrangeira, subsumindo-os às previsões normativas do ordenamento jurídico nacional. Por conseguinte, nesse modelo, a sanção imposta ao cidadão transferido será aquela prevista na ordem jurídica do Estado de execução da pena e não mais aquela do Estado de condenação. Essa nova decisão, contudo, encontra-se limitada por uma série de disposições previstas no próprio acordo internacional. Assim, em primeiro lugar, não se pode proceder a uma revisão do mérito da condenação. Como dito, os fatos devem ser considerados conforme a apreciação já elaborada pela autoridade judiciária do Estado de condenação¹⁹⁸. Além disso, uma pena de privação de liberdade não pode ser convertida em pena simplesmente pecuniária, evitando-se, assim, um suposto sentimento de impunidade no Estado de condenação, ao se descaracterizar em absoluto sua sanção¹⁹⁹. Deve, outrossim, ser deduzido o tempo de pena já cumprido pelo sentenciado no Estado de condenação²⁰⁰. Por fim, a conversão da sentença não pode, em respeito ao princípio da vedação da *reformatio in pejus*, implicar em qualquer agravamento da situação do indivíduo sentenciado, devendo ser, inclusive, desconsiderado, nos termos da Convenção de Estrasburgo, os limites mínimos previstos nos tipos penais do Estado de execução²⁰¹.

A imposição de todos esses limites à conversão da sentença, de um lado, e a abertura para uma adaptação da sentença estrangeira à ordem jurídica nacional no modelo de prosseguimento da execução, de outro, implicam efetivamente numa aproximação significativa dos dois modelos. Entretanto, há quem sustente, como Borja Mapelli Caffarena e María Isabel González Cano, que o sistema de prosseguimento da execução implicaria maior segurança para o Estado da condenação, uma vez que não seriam alteradas essencialmente as condições de cumprimento da pena prevista em sua sentença, pois, enquanto, nesse modelo, a adaptação seria excepcional, no da conversão, a alteração da pena seria a regra²⁰².

¹⁹⁸ Confira-se o disposto no art. 16 e 17, primeira parte, do tratado-modelo da ONU e art. 11.1.a da Convenção de Estrasburgo.

¹⁹⁹ Vide art. 16, *in fine*, do tratado-modelo da ONU e art. 11.1.b da Convenção de Estrasburgo.

²⁰⁰ Vide art. 18 do tratado-modelo da ONU e art. 11.1.c da Convenção de Estrasburgo.

²⁰¹ Vide art. 19 do tratado-modelo da ONU e art. 11.1.d da Convenção de Estrasburgo.

²⁰² Ao analisar os dois sistemas, os autores afirmam que: “[no sistema de conversão] las posibilidades de sustitución pueden ser tan amplias que se ha afirmado que implican un auténtico vaciamiento de la pena o del contenido de la sanción inicialmente impuesta, lo que predispone en cierta forma a los Estados contra el sistema de conversión. [...] sin embargo, la adaptación de la pena, en caso de optarse por el sistema de prosecución, es excepcional, y como al especialidade se pone en práctica sólo em determinados casos de incompatibilidad o inexistência de la pena en el Estado de cumplimiento”. CAFFARENA, Borja Mapelli; CANO, María Isabel Gonzalez. **El traslado de personas condenadas entre países**. Madrid: McGraw Hill, 2001, p. 80-83. No mesmo sentido, cf.: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 291-293.

É importante destacar, ainda, que, para evitar prejuízos ao sentenciado por eventual demora no processo de conversão da sentença, a Convenção de Estrasburgo prevê a possibilidade de o apenado ser transferido antes da decisão sobre a conversão, devendo, nessa hipótese, o Estado de execução da pena mantê-lo sob custódia provisória, enquanto tramita esse processo, ou assegurar o seu comparecimento quando convertida a sentença²⁰³.

3.3.5. Os direitos e deveres de informação.

Os dispositivos dos documentos em exame podem ser ainda agrupados em uma categoria específica aqui definida como direitos e deveres de informação. Nesse ponto, é ainda possível subdividi-los conforme suas normas se destinem aos Estados envolvidos ou ao sujeito concernido.

Em relação aos Estados, apenas a Convenção de Estrasburgo regulamenta direitos e deveres de informação. Como regra geral, essas informações relacionam-se à identificação do indivíduo a ser transferido e de seu interesse/consentimento na transferência²⁰⁴, sobre o preenchimento dos requisitos da transferência²⁰⁵ e sobre o andamento da execução da sentença²⁰⁶. A comunicação entre os Estados, em atenção ao princípio da eficiência, deve ser a menos formal possível. Para tanto, embora tenha previsto que as solicitações deverão ser feitas por escrito e transmitidas por meio dos Ministérios da Justiça de cada um dos Estados²⁰⁷, a Convenção de Estrasburgo permitiu que os Estados-parte estabeleçam outros canais de informação, devendo informar ao Secretário Geral do Conselho da Europa qual será o mecanismo e o caminho de comunicação utilizado²⁰⁸. Além disso, a Convenção de Estrasburgo admitiu, como regra, a desnecessidade de tradução para os pedidos de transferência e para os documentos que lhe dão suporte (comprobatórios da satisfação dos

²⁰³ Vide art. 11.2 da Convenção de Estrasburgo. O tratado-modelo da ONU não possui qualquer disposição nesse sentido.

²⁰⁴ Vide arts. 4º e 7º da Convenção de Estrasburgo.

²⁰⁵ Vide art. 6º da Convenção de Estrasburgo.

²⁰⁶ Vide arts. 14 e 15 da Convenção de Estrasburgo.

²⁰⁷ Vide parágrafos 1 e 2 do art. 5º da Convenção de Estrasburgo. Evita-se, de todo modo, com essa disposição o caminho mais lento da via diplomática.

²⁰⁸ Vide art. 5.3 da Convenção de Estrasburgo.

requisitos)²⁰⁹ e também a prescindibilidade de certificação ou legalização consular desses documentos²¹⁰.

No que tange ao direito de informação do sujeito sentenciado, as disposições contidas tanto na Convenção de Estrasburgo quanto no tratado-modelo da ONU são insuficientes. De um lado, a Convenção assegura ao indivíduo concernido o direito de ser informado sobre a própria possibilidade de transferência, o que corresponde a um dever do Estado de condenação sempre que a Convenção lhe for aplicável. Ademais, ele deve ser informado sobre toda as decisões que forem proferidas pelo Estado de condenação ou pelo Estado de execução da pena relativamente às questões ligadas à transferência²¹¹. A Convenção não disciplina, contudo, o dever de informar e esclarecer a pessoa sentenciada sobre eventuais outras ações penais a que o indivíduo possa vir a responder no Estado de execução da pena, por fatos anteriores à transferência²¹². Esse dever, por outro lado, está contido no tratado-modelo da ONU, conforme se pode aduzir do seu art. 6º. Esse tratado, por seu turno, não

²⁰⁹ Nos termos do art. 17.1 da Convenção de Estrasburgo, as informações quanto à identificação do indivíduo interessado na transferência e a manifestação de seu interesse, previstas no art. 4 da Convenção, devem ser fornecidas na língua do Estado a que se destina ou em uma das línguas oficiais do Conselho da Europa. Além disso, embora, como dito no texto, a regra seja a desnecessidade de tradução, conforme o disposto no art. 17.2 da Convenção, facultou-se aos Estados especificarem, no momento da adesão à Convenção, a língua na qual desejam receber as informações a eles destinadas (vide art. 17.3 da Convenção).

²¹⁰ Vide art. 17.4 da Convenção de Estrasburgo. De acordo com essa disposição, apenas a cópia da sentença condenatória cuja execução será transferida é que deve ser necessariamente certificada/legalizada.

²¹¹ Vide parágrafos 1 e 5 do art. 4º da Convenção de Estrasburgo.

²¹² Importa registrar que os acordos internacionais que versam sobre a transferência de pessoas condenadas, como regra, não preveem a aplicação do princípio da especialidade como uma garantia do sujeito concernido. Assim, embora ele não possa vir a ser novamente julgado no Estado de condenação pelo mesmo fato em razão do qual foi transferido, nada impede que ele responda nesse Estado por fatos anteriores, diversos dos que constam como sendo motivo para a transferência. Arthur Gueiros Souza apresenta uma justificativa, com a qual não concordamos, para a não previsão do princípio da especialidade, nesses tratados, que também poderia servir para a não previsão do direito à informação do sentenciado. Segundo ele: “A contrapartida da manifestação livre da vontade do condenado é a de que, com ela, o Estado recebedor fica dispensado de observar o princípio da especialidade [...]. Isto se deve ao fato de que, mais do que ninguém, o próprio interessado é sabedor de suas ações pregressas que podem demandar o exercício do *jus puniendi* por parte de autoridades do Estado receptor. Ademais, com a expulsão que se processa ao final do cumprimento da pena, o indivíduo terá mesmo que retornar ao país de origem, ficando, de qualquer modo, submetido ao império das leis de onde é nacional”. Cf.: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. O instituto da transferência de presos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 41, ano 11, jan.-mar. 2003, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 98. O argumento de que “o próprio interessado é sabedor de suas ações pregressas” não pode servir para afastar o direito de ele saber, antes da transferência, quais as ações penais ou investigações que estão contra ele tramitando no Estado de execução. É justamente em razão da falibilidade do Estado que se asseguram o contraditório e a ampla defesa. Pode, sem dúvida, haver ações penais em curso no Estado de execução da pena contra o interessado na transferência por fatos que ele desconhece ou nega ter praticado ou, ainda, que, em sua visão, não seriam delituosos. Assim, na ausência da garantia do princípio da especialidade, essa informação é essencial para a decisão consciente do indivíduo sobre a conveniência de sua transferência.

prevê a necessidade de se informar o apenado sobre o andamento do seu pedido de transferência e sobre as decisões a esta relacionadas.

3.3.6. A lei aplicável à execução da pena e aos seus incidentes.

A execução da pena será regida pelas normas do ordenamento jurídico do Estado para o qual a pessoa condenada for transferida e no qual deverá ser cumprida a pena. É isso o que dispõem tanto o art. 21 do tratado-modelo da ONU como o art. 9.3 da Convenção de Estrasburgo. A disposição da Convenção pretende ser ainda mais clara ao determinar que o Estado de execução da pena deve ser considerado o único competente para tomar todas as decisões relativas à execução da pena. Assim, incumbe ao Estado da execução as decisões sobre progressão e regressão de regime, concessão ou revogação de benefícios como remição de dias trabalhados, saídas temporárias e livramento condicional²¹³.

A atribuição dessa competência exclusiva para reger a execução da pena não retira do Estado de condenação a jurisdição sobre o fato. Com efeito, tanto a Convenção de Estrasburgo como o tratado-modelo da ONU estabelecem que incumbe tão-somente a ele (Estado de condenação) a revisão de mérito sobre o julgamento (a hipótese de revisão criminal)²¹⁴. Além disso, a Convenção de Estrasburgo esclarece ainda que o início do cumprimento da pena no Estado da execução implica apenas a suspensão da execução no Estado da condenação, cabendo a este a declaração da extinção da punibilidade quando aquele informar que a pena foi integralmente cumprida²¹⁵.

Por fim, os dois documentos conferem a ambos os Estados envolvidos a competência para decretar o perdão ou a anistia²¹⁶. A solução de atribuir competência concorrente para os Estados envolvidos é, de fato, aquela que melhor compatibiliza os

²¹³ Nesse sentido, sobre a extensão da aplicabilidade da legislação do Estado da execução da pena, na exposição de motivos, esclarece-se que: “In both cases, enforcement is governed by the law of the administering State (paragraph 3). The reference to the law of the administering State is to be interpreted in a wide sense; it includes, for instance, the rules relating to eligibility for conditional release. To make this clear, paragraph 3 states that the administering State alone shall be competent to take all appropriate decisions”. COUNCIL OF EUROPE. **Explanatory report**. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/HTML/112.htm>. Acesso em 12 set. 2012.

²¹⁴ Vide Art. 17, parte final, do tratado-modelo da ONU e art. 13 da Convenção de Estrasburgo.

²¹⁵ Vide parágrafos 1 e 2 do art. 8º da Convenção de Estrasburgo.

²¹⁶ Vide art. 22 do tratado-modelo da ONU e art. 12 da Convenção de Estrasburgo. A Convenção de Estrasburgo, na verdade, refere-se também à competência concorrente dos dois Estados envolvidos para decretar a comutação da pena.

ordenamentos jurídicos desses Estados. Isso porque, como regra, a possibilidade de concessão de anistia e de indulto (ou perdão) para pessoas condenadas consiste em matéria de matiz constitucional, de modo que a retirada dessa atribuição por meio de um tratado internacional poderia ensejar eventuais questionamentos e inviabilizar a sua aplicação prática. Por outro lado, a possibilidade de o Estado da execução da pena de conceder esses benefícios pode provocar situações de abuso e de indevido beneficiamento do cidadão nacional²¹⁷.

Nesse ponto, é importante ter em mente que, em última instância, o intuito da celebração dos acordos internacionais sobre a transferência internacional de pessoas condenadas é permitir que os Estados cooperem entre si a fim de compatibilizar o interesse do Estado de condenação de ver cumprido o seu comando sancionatório e o interesse da pessoa condenada de cumprir essa pena em local mais próximo de sua família. Como a cooperação internacional ocorre em um ambiente de respeito recíproco às ordens jurídicas dos Estados soberanos, é necessário compreender que a compatibilização desses interesses dependerá também da aplicação o menos conflituosa possível das legislações diferentes desses Estados. Assim, se, de um lado, deve-se admitir que o Estado da execução da pena detém a soberania sobre seu território de modo que nele deve ser aplicada, como regra, a sua legislação (*lex fori*); de outro, não se pode perder de vista que está sendo executada a decisão de um outro Estado que teve a sua legislação violada pela pessoa condenada. Faz-se, pois, imperioso que essa relação entre ordenamentos jurídicos diversos seja norteadada pelo princípio da confiança²¹⁸ e da presunção da boa-fé internacional. Portanto, parece realmente acertada a solução adotada tanto pelo tratado-modelo da ONU como pela Convenção de Estrasburgo, que atribui a ambos os Estados envolvidos a competência para a concessão de graça ou indulto.

²¹⁷ Para evitar o que chamou de revisão criminal “por vias transversas”, Artur Gueiros Souza já sustentou que seria necessário tratar de forma distinta os atos de clemência de natureza coletiva e individual. Para os primeiros, poderia o Estado de execução manter-se competente para declará-los; por outro lado, para os de natureza individual, só o Estado da condenação deveria ser competente. Cf.; SOUZA, Artur de Brito Gueiros. O instituto da transferência de condenados e a contribuição do professor João Marcello de Araújo Júnior. *In: VVAA. Estudos jurídicos em homenagem ao professor João Marcello de Araújo Junior*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 39-40. Esse mesmo autor, contudo, reviu esse posicionamento, “para evitar polêmicas”, admitindo como melhor caminho o seguido pela Convenção de Estrasburgo. ”. Cf.: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. O instituto da transferência de presos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, nº 41, ano 11, jan.-mar. 2003, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 110-111.

²¹⁸ Sobre a aplicação desse princípio da confiança à cooperação jurídica internacional, confira-se: BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 140-151.

3.3.7. Disposições diversas: distribuição de custos, retroatividade e ultratividade das disposições do tratado.

Por fim, entre as outras disposições e as cláusulas finais desses documentos, destacamos mais algumas que, por sua relevância e seu interesse prático para a análise da forma como o Brasil regulamenta e aplica essa matéria, merecem ser também expostas e comentadas. Em primeiro lugar, deve-se mencionar a regulamentação da distribuição dos custos com a transferência.

O tratado-modelo da ONU, sobre esse tema, recomenda que, salvo disposição expressa dos Estados em sentido contrário, os custos verificados em razão da transferência e decorrentes do transporte da pessoa condenada devem ficar a cargo do Estado da execução da pena, que, normalmente, é o Estado da nacionalidade da pessoa transferida. A Convenção de Estrasburgo, por seu turno, não foi tão clara. De acordo com o seu art. 17.5, quaisquer custos havidos em decorrência da aplicação da Convenção devem ser arcados pelo Estado de execução da pena, exceto os que ocorrerem no território do Estado da condenação. Ora, os custos mais elevados para a aplicação da Convenção são justamente os relativos ao transporte da pessoa condenada, o que, ao menos, inicia-se no território do Estado da condenação. Embora não seja expressa quanto a esse ponto, a exposição de motivos esclarece, ao menos, que os custos havidos com a transferência poderão ser posteriormente cobrados da pessoa transferida²¹⁹.

Por último, merece ainda análise a aplicação no tempo das disposições do acordo internacional. A esse respeito, ambos os documentos analisados preveem a possibilidade de serem aplicados a fatos ocorridos antes da sua entrada em vigor, de sorte que todas as pessoas que estiverem cumprindo pena no Estado de condenação no momento da entrada em vigor da Convenção de Estrasburgo ou de algum tratado que adote as disposições do tratado-modelo da ONU poderão ser beneficiadas com a transferência, se satisfizerem os requisitos e se houver o consentimento dos Estados envolvidos²²⁰. Do mesmo modo, na hipótese de denúncia da

²¹⁹ Nesse sentido, esclarece o relatório da exposição de motivos: “As concerns costs, paragraph 5 provides that they shall be borne by the administering State, with the exception of those costs which are incurred exclusively in the territory of the sentencing State. By precluding Contracting States from claiming refund from each other of any expenses incurred during the transfer procedure, the provision intends to facilitate the practical application of the Convention. The administering State, however, is not prevented from seeking to recover all or part of the cost of transfer from the sentenced person”. COUNCIL OF EUROPE. **Explanatory report**. Disponível em: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/HTML/112.htm> Acesso em 12 set. 2012.

²²⁰ Vide art. 23 do tratado-modelo da ONU e art. 21 da Convenção de Estrasburgo.

Convenção por qualquer um dos Estados envolvidos, as transferências já realizadas permanecerão válidas e serão regidas por suas disposições, prevendo-se ainda um período de cerca de 4 meses depois da denúncia para a formulação de pedidos²²¹.

Com base nesses dois modelos de regramentos sobre a transferência internacional, examinaremos, agora, como a matéria tem sido tratada na legislação aplicável ao Brasil.

²²¹ Sobre a vigência após a denúncia na Convenção de Estrasburgo, vide o disposto no seu art. 24. O tratado-modelo da ONU prevê um espaço de tempo maior (seis meses) para que a manifestação da vontade de denúncia produza efeitos, conforme se aduz de seu art. 26.

4. A TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL DE PESSOAS CONDENADAS E A FORMA DE SUA DISCIPLINA NO BRASIL.

4.1. Contextualização normativa: o valor da sentença penal estrangeira no Brasil.

A transferência internacional de pessoas condenadas não se confunde nem com a extradição nem com a homologação de sentença penal estrangeira. Há, contudo, quem sustente que, para a concretização da transferência, seria indispensável a prévia homologação da sentença condenatória no Estado de cumprimento da pena.

O debate legislativo em torno da atribuição de efeitos jurídicos às decisões prolatadas por autoridades judiciais estrangeiras remonta, no Brasil, como lembra João Marcello de Araújo Júnior, à discussão em torno do Projeto de Código Penal de João Vieira de Araujo, que, em seu art. 8º, já previa a possibilidade de se conferir eficácia a uma sentença estrangeira²²². A redação desse dispositivo chama a atenção, entre outros motivos, pela preocupação, já nessa época, de se garantir à pessoa condenada o “direito de requerer que antes da decisão da autoridade judiciária se renove o julgamento procedido no estrangeiro”. O Projeto do Professor da Faculdade de Direito do Recife, como se sabe, não prosperou, mas teria orientado as ideias dos Projetos de Virgílio de Sá Pereira, de 1928, e Alcântara Machado, tendo este último servido de base para o Código Penal de 1940²²³.

O Código Penal de 1940 (CP), em sua Parte Geral, possuía cinco dispositivos tratando de efeitos da sentença penal estrangeira e do cumprimento da pena no exterior. O primeiro deles versava sobre a aplicação extraterritorial da lei brasileira. De acordo com o art. 5º, §2º, alínea “a”, da Parte Geral do Código Penal, na sua redação originária, a sentença

²²² O texto do citado art. 8º foi reproduzido por João Marcello de Araujo Junior e merece mesmo ser lembrado, *in verbis*: “Se contra cidadão brasileiro, por crime não político, nem conexo com este, cometido em território estrangeiro, for aí proferida condenação que, segundo a lei brasileira, importe – como pena ou efeito penal – a interdição de direitos; a autoridade judiciária poderá, sob requerimento do Ministério Público, declarar que a sentença proferida no estrangeiro produz no País a sobredita interdição; salvo ao condenado o direito de requerer que antes da decisão da autoridade judiciária se renove o julgamento procedido no estrangeiro”. Cf.: ARAUJO JR., João Marcello. Cooperação internacional na luta contra o crime. Transferência de condenados. Execução de sentença penal estrangeira. Novo Conceito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, nº 10, abr-jun, 1995, pp. 106. Nesse estudo, Araújo Jr. destaca ainda que a cooperação jurídica internacional em sentido amplo, no Brasil, poderia encontrar suas origens um pouco antes, mais precisamente, no ano de 1847, “quando o segundo Barão de Cayru, Bento da Silva Lisboa, expediu, no dia 4 de fevereiro, uma famosa Circular implantando o chamado sistema administrativo de extradição”. Cf.: ARAUJO JR., João Marcello. **Op. Cic. P.** 106.

²²³ Cf.: ARAUJO JR., João Marcello. **Op. Cic. P.** 106.

penal estrangeira, condenatória ou absolutória, impedia a aplicação da lei penal brasileira aos crimes que, por tratado, o Brasil houvesse se comprometido a reprimir ou que fossem praticados por brasileiros no exterior. Além disso, nos termos do antigo art. 6º da Parte Geral, a pena cumprida no estrangeiro, pelo mesmo crime, atenuava a imposta no Brasil, se esta fosse maior, ou seria nela devidamente computada, se fossem idênticas. Ademais, nos termos da redação originária do art. 7º do Código Penal, a sentença penal estrangeira poderia ainda ter eficácia no Brasil, desde que devidamente homologada, para obrigar a pessoa condenada ao adimplemento de obrigações civis dela decorrentes ou para sujeita-la à medida de segurança ou às penas acessórias²²⁴. Por fim, uma condenação no exterior repercutia ainda no ordenamento jurídico-penal brasileiro para fins de reincidência (art. 46)²²⁵ e como causa impeditiva da suspensão condicional do processo (art. 57)²²⁶.

O Código Penal de 1940, ainda em vigor no Brasil, teve sua parte geral inteiramente reformada em 1984, por meio da Lei nº 7.209/84. Contudo, no que se refere aos dispositivos relativos à extraterritorialidade da lei penal e à eficácia da sentença estrangeira, não houve mudança significativa. Confira-se:

Redação da Parte Geral antes de 1984	Redação da Parte Geral após 1984
<p>Extraterritorialidade</p> <p>Art. 5º Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:</p> <p>I - os crimes:</p> <p>a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;</p> <p>b) contra o crédito ou a fé pública da União, de Estado ou de Município;</p> <p>c) contra o patrimônio federal, estadual ou municipal;</p> <p>d) contra a administração pública, por quem está a seu serviço;</p> <p>II - os crimes:</p> <p>a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;</p> <p>b) praticados por brasileiro.</p> <p>§ 1º Nos casos do n. I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.</p> <p>§ 2º Nos casos do n. II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:</p> <p>a) entrar o agente no território nacional;</p>	<p>Extraterritorialidade</p> <p>Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:</p> <p>I - os crimes:</p> <p>a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República;</p> <p>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;</p> <p>c) contra a administração pública, por quem está a seu serviço;</p> <p>d) de genocídio, quando o agente for brasileiro ou domiciliado no Brasil;</p> <p>II - os crimes:</p> <p>a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;</p> <p>b) praticados por brasileiro;</p> <p>c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não</p>

²²⁴ As penas acessórias, nos termos dos arts. 67 e seguintes da Parte Geral do Código Penal de 1940, em sua redação originária, eram a perda da função pública, as interdições de direitos e a publicação da sentença.

²²⁵ Confira-se: Art. 46. 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.

²²⁶ Art. 57. A execução da pena de detenção não superior a dois anos, ou de reclusão, no caso do art. 30, § 3º, pode ser suspensa, por dois a seis anos, desde que:

I - o sentenciado não haja sofrido, no Brasil ou no estrangeiro, condenação por outro crime; ou condenação, no Brasil, por motivo de contravenção.

<p>b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;</p> <p>c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;</p> <p>d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;</p> <p>e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.</p> <p>§ 3º A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior:</p> <p>a) não foi pedida ou foi negada a extradição;</p> <p>b) houve requisição do Ministro da Justiça.</p> <p>Pena cumprida - no estrangeiro</p> <p>Art. 6º A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.</p> <p>Eficácia da sentença estrangeira</p> <p>Art. 7º A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas conseqüências, pode ser homologada no Brasil para:</p> <p>I - obrigar o condenado à reparação do dano, restituições e outros efeitos civis;</p> <p>II - sujeitá-lo às penas acessórias e medidas de segurança pessoais.</p> <p>Parágrafo único. a homologação depende:</p> <p>a) para os efeitos previstos no n. I, de pedido da parte interessada;</p> <p>b) para os outros efeitos, de 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.</p>	<p>sejam julgados.</p> <p>§ 1º - Nos casos do inciso I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro.</p> <p>§ 2º - Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:</p> <p>a) entrar o agente no território nacional;</p> <p>b) ser o fato punível também no país em que foi praticado;</p> <p>c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;</p> <p>d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena;</p> <p>e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.</p> <p>§ 3º - A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior:</p> <p>a) não foi pedida ou foi negada a extradição;</p> <p>b) houve requisição do Ministro da Justiça.</p> <p>Pena cumprida no estrangeiro</p> <p>Art. 8º - A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas.</p> <p>Eficácia de sentença estrangeira</p> <p>Art. 9º - A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas conseqüências, pode ser homologada no Brasil para:</p> <p>I - obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis;</p> <p>II - sujeitá-lo a medida de segurança.</p> <p>Parágrafo único - A homologação depende:</p> <p>a) para os efeitos previstos no inciso I, de pedido da parte interessada;</p> <p>b) para os outros efeitos, da 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.</p>
---	--

Como se percebe do confronto entre esses dispositivos, além do acréscimo do crime de genocídio praticado por brasileiro ou por pessoa domiciliada no Brasil entre aqueles aos quais se aplica lei nacional, mesmo que ele tenha sido absolvido ou condenado no estrangeiro, no que interessa à presente dissertação, houve apenas a exclusão das penas acessórias como um dos efeitos que a sentença penal estrangeira poderia produzir no território nacional, quando devidamente homologada²²⁷. A condenação no exterior ainda repercute expressamente para fins de reincidência (art. 63 do CP, na redação conferida pela reforma)²²⁸. e, por conseguinte, para a concessão de todos os benefícios penais que dependam da primariedade do agente (como a substituição da pena privativa de liberdade e a suspensão condicional da pena).

²²⁷ As penas acessórias foram extintas, com a reforma da Parte Geral, e alguma delas tornaram-se efeitos não automáticos da condenação, previstos, agora, no art. 92 do Código Penal. Ressalte-se que, na exposição de motivos da nova Parte Geral do Código Penal brasileiro, não há qualquer referência às justificativas para as alterações aqui mencionadas.

²²⁸ Confira-se: “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”.

No que se refere aos aspectos processuais, a homologação de sentenças penais estrangeiras pela autoridade judiciária brasileira só é expressamente exigida para o disposto no atual art. 9º (antigo art. 7º) do Código Penal, conforme se pode inferir do Livro V (Das relações jurisdicionais com autoridade judiciária estrangeira) do Código de Processo Penal brasileiro (CPP), que é de 1941. As disposições previstas nesse Livro do Código estão, contudo, absolutamente desatualizadas. Com efeito, além de inexistir qualquer regulamentação quanto aos mecanismos mais modernos de cooperação jurídica internacional, tanto a referência ao antigo art. 7º do Código Penal como a menção ao Supremo Tribunal Federal como órgão competente para a homologação da sentença penal estrangeira²²⁹, que se encontram ainda hoje no art. 787 do CPP, denotam a necessidade sua revisão.

Do ponto de vista dogmático, os vazios legislativos ainda hoje verificados nos vetustos Códigos Penal e de Processo Penal brasileiros não impedem a execução dos tratados internacionais sobre transferência de pessoas condenadas no território nacional. Em primeiro lugar, a Constituição Federal 1988 não possui qualquer preceito que impeça a execução de medidas dessa natureza no Brasil. Ao revés, considerando a sua natureza humanitária, a transferência internacional de pessoa condenada harmoniza-se com o princípio da dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da Constituição), e com os princípios da prevalência dos direitos humanos e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (incisos II e IX do art. 4º da Constituição).

Mesmo considerando o que preceituado no Código de Processo Penal de 1941, nos termos do seu art. 780, as disposições relativas às cartas rogatórias e à homologação de sentença estrangeira devem ser aplicadas sem prejuízo das convenções e dos tratados internacionais, de sorte que as normas de fonte internacional relacionadas à cooperação jurídica internacional em matéria penal, desde que não sejam contrárias aos ditames da Constituição, têm assegurada a sua aplicação em nosso ordenamento jurídico.

Ainda que não se considerasse aplicável a ressalva prevista no art. 780 do CPP, os tratados internacionais têm no Brasil, no mínimo, a mesma hierarquia da lei nacional²³⁰. Desse

²²⁹ Desde 2004, em razão da Emenda Constitucional nº 45, é do Superior Tribunal de Justiça a competência para o processamento e julgamento das cartas rogatórias e da homologação de sentença estrangeira, conforme se pode perceber da atual redação do art. 105, I, i, da Constituição Federal de 1988.

²³⁰ Sobre o tema, Flávia Piovesan esclarece que há quatro correntes sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos: a) hierarquia supraconstitucional; b) hierarquia constitucional; c) hierarquia infraconstitucional, mas supralegal e d) paridade hierárquica entre tratado e lei federal. Para ela, os tratados de direitos humanos, em razão do disposto no art. 5º, §2º, da Constituição, teriam hierarquia constitucional. Cf.: PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 71-73. Como se

modo, em respeito ao princípio *lex posterior derogat priori*, como todos os tratados sobre transferência internacional de pessoas condenadas assinados pelo Brasil são posteriores ao Código Penal e ao Código de Processo Penal, suas disposições, ainda que contrárias às destes, prevalecerão²³¹. Entendemos, pois, desnecessária a prévia homologação de sentença penal estrangeira no Brasil para que aqui se cumpra pena em decorrência de tratado internacional sobre transferência.

4.2. A absurda e desumana situação jurídica do estrangeiro condenado no Brasil e o histórico da transferência internacional de pessoas condenadas na legislação nacional.

A ausência de uma lei que adaptasse aos ditames democráticos e humanistas da Constituição de 1988 o ordenamento jurídico brasileiro no que tange ao tratamento dispensado aos cidadãos estrangeiros no território nacional tem provocado uma cruel antinomia entre a Lei nº 6.815/80, conhecida como o Estatuto do Estrangeiro, e a Lei nº 7.210/84, a Lei de Execução Penal. Apenas para ilustrar um dos aspectos dessa contradição entre leis, é possível perceber, por exemplo, que, enquanto o Estatuto do Estrangeiro, editado ainda sob os auspícios de um nacionalismo exacerbado e do discurso da segurança nacional, proíbe o trabalho do estrangeiro considerado em situação irregular, a Lei de Execuções Penais (LEP) considera o trabalho do preso (estrangeiro ou não) uma obrigação. Essa é apenas uma das dificuldades que enfrentam os estrangeiros presos e condenados no Brasil e, como se verá adiante, a solução parece estar na harmonização dessa legislação ordinária com o texto constitucional, o que, embora seja evidente do ponto de vista da hermenêutica jurídica, não tem ocorrido na prática da execução da pena do estrangeiro em nosso país.

A Constituição de 1988, resultado como se sabe do processo de (re)democratização do país, estabelece logo em seu preâmbulo que vivemos, desde então, em

examinará no capítulo seguinte, consideramos que os tratados de transferência internacional de pessoas condenadas versam sobre direitos humanos e, por conseguinte, devem ter hierarquia constitucional.

²³¹ Artur Gueiros Souza menciona, ainda, como critério para a solução de eventual conflito de normas entre as disposições dos tratados sobre transferência e art. 9º do Código Penal, o da especialidade daquelas em relação a esta, aplicando, pois, o princípio da *lex specialis derogat generalis*. Ele argumenta, ainda, que seria possível reconhecer o caráter de direitos humanos dos tratados de transferência, de modo a compreender que as normas nele presente teriam caráter de supralegalidade ou, se obedecido o processo legislativo previsto na Constituição, de normas constitucionais. Cf.: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

uma “*uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias*”.

O art. 1º da mesma Constituição afirma que a dignidade da pessoa humana e que os valores sociais do trabalho são fundamentos da República Federativa do Brasil. Na mesma senda, o art. 3º garante que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos, são objetivos fundamentais da República. E, para ficar apenas nos quatro primeiros dispositivos constitucionais, assegura-se no art. 4º que o Brasil será regido nas suas relações internacionais pelos princípios da prevalência dos direitos humanos; pela solução pacífica dos conflitos e pela cooperação dos povos para o progresso da humanidade.

A Lei nº 6.815/80, por seu turno, prevê, em seu art. 2º, como princípio exegético que, na aplicação de seus dispositivos, “atender-se-á precipuamente à segurança nacional, à organização institucional, aos interesses políticos, sócio-econômicos e culturais do Brasil, bem assim à defesa do trabalhador nacional”. A Lei nº 7.210/84, por outro lado, dispõe, logo em seu preceito de abertura, que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Além disso, o art. 28 desse mesmo diploma legal considera o trabalho um “dever social e condição de dignidade humana”.

Nos casos de estrangeiros condenados no Brasil esses dispositivos da Lei de Execução Penal, como de resto vários outros, são apenas *flatus vocis*. Com efeito, como a maior parte dos estrangeiros presos em nosso país aqui entraram com visto de turista, em no máximo 180 dias, conforme o disposto no art. 12 da Lei nº 6.815/80, estarão eles em situação “irregular” no país. Como só na primeira instância os processos penais costumam superar esse período de tempo, logo após a condenação, certamente, a maior parte desses presos estrangeiros já se encontrará com prazo de permanência vencido, iniciando-se, assim, o período de uma série de dificuldades para o exercício dos direitos mais mezinhos de qualquer ser humano, mesmo daqueles que se encontram presos.

Em primeiro lugar, já durante o regime fechado, quando o trabalho é obrigatório nos termos do art. 31 da LEP, os estrangeiros, além da dificuldade hoje natural e estendida a todos os presos de encontrarem vaga de trabalho disponível na penitenciária, se lograrem encontrar trabalho, terão imensa dificuldade para receber a sua remuneração e para a formação do pecúlio porque para a abertura da caderneta de poupança no banco cadastrado no

sistema penitenciário exige-se a posse de um número de CPF (Cadastro Nacional de Pessoa Física) que não é dado aos estrangeiros em situação irregular no país.

Essa situação, por óbvio, se estende para os períodos de progressão para o regime semi-aberto, quando o trabalho externo já deveria ser mais facilitado, e, especialmente, para os períodos de regime aberto e de livramento condicional. Uma vez solto, em razão da concessão de um desses dois últimos benefícios, o estrangeiro condenado no país começa a cumprir uma nova pena, evidentemente, não prevista em lei: a marginalização social através da invisibilidade social.

Muitos desses cidadãos estrangeiros entraram no país apenas com um documento de identificação: o passaporte. Esse documento, contudo, é apreendido logo quando de sua prisão e deveria ser juntado aos autos do inquérito. Quando ele não é extraviado no traslado da fase inquisitorial para a ação penal ou na transformação desta em execução penal, ocasião em que pode haver, inclusive, mudança na esfera do Poder Judiciário (da Justiça Federal para a Justiça Estadual, por exemplo), permanece ele nos autos arquivados há bastante tempo ou é remetido à representação diplomática do seu país de origem. De uma forma ou de outra, reluta-se em entregar-lhe esse documento a fim de evitar a facilitação de sua saída do país. Sem esse único documento de identificação e impossibilitado de retirar qualquer outro, uma vez que considerado em “situação irregular” pelo Estatuto do Estrangeiro, ele passa a não ter qualquer documento para identificar-se e, assim, não pode trabalhar formalmente (está impedido de ter Carteira de Trabalho), não pode abrir conta em instituição financeira (pois não tem CPF ou qualquer documento de identidade), não pode alugar um imóvel (pois, dificilmente, alguém cederia um imóvel para um ex-presidiário que sequer pode se identificar) e não pode nem mesmo casar ou registrar união estável em cartório (pois os Cartórios exigem ao menos um documento de identificação). Retiram-lhe, desse modo, a sua personalidade jurídica.

Por outro lado, a LEP obriga-o a permanecer no país até o término integral da pena, o que não raramente costuma demorar mais de um ano depois de sua soltura. Restam-lhe, para sobreviver, três opções: buscar um subemprego “lícito” e ser explorado, pois não poderia recorrer à Justiça do Trabalho; recorrer novamente à criminalidade; tentar fugir.

Essa situação evidentemente fere a dignidade da pessoa humana e, para evitar que ocorra, a transferência internacional do cumprimento da pena, para que o estrangeiro o faça em seu país de origem, parece ser uma boa alternativa. Contudo, como se verá adiante, essa é

uma pretensa solução ainda muito pouco utilizada ou viabilizada no Brasil. Além disso, como a transferência está sujeita à anuência dos dois países envolvidos e ao consentimento do réu, além do preenchimento de diversos outros requisitos, podem ocorrer casos em que ela não será possível e, por essa razão, a situação do estrangeiro condenado em nosso país precisa de uma solução alternativa e a mais imediata possível. Pode-se, enquanto não editada uma lei que regularize essa situação conferindo ao estrangeiro nessa condição uma autorização temporária para o trabalho, recorrer ao Poder Judiciário para que essa permissão seja obtida judicialmente. Sabe-se, contudo, que os magistrados nacionais, nesse tema, são relutantes em realizar qualquer integração da lei ou mesmo interpretações contra a lei (mesmo sendo, no caso, interpretação a favor da Constituição). O debate em torno dessas alternativas, contudo, extrapola os limites desta dissertação. Neste momento, limitamo-nos a analisar a primeira das alternativas, iniciando por seu arcabouço histórico.

A disciplina do instituto da transferência internacional de pessoas condenadas no ordenamento jurídico brasileiro limita-se aos acordos internacionais assinados pelo país. O primeiro desses acordos foi o tratado bilateral celebrado com o Canadá, em 15 de junho de 1992, o qual foi promulgado pelo Decreto nº 2.547, de 14 de abril de 1998²³². Depois deste, foram celebrados mais 15 tratados bilaterais, dos quais 8 já estão em vigor²³³, e mais 3 convenções multilaterais, das quais apenas a Convenção Interamericana está em vigor²³⁴. No

²³² Para uma explicação política para o pioneirismo desse tratado com o Canadá, confira-se: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 261-264. De acordo com o autor, a celebração e promulgação no Brasil desse tratado bilateral com o Canadá foi fruto de “forte influência diplomática”, cuja causa teria sido a prisão no Brasil do casal de cidadãos canadenses Christine Lamont e David Spencer, acusados de praticar em conjunto com outras pessoas a extorsão mediante sequestro do empresário Abílio dos Santos Diniz, em dezembro de 1989. Nas palavras do autor: “houve forte influência diplomática sobre o Brasil no sentido da expulsão ou celebração – rápida – de um tratado de transferência entre os dois países. O incidente diplomático consumiu boa parte da década de 1990, encerrando-se com a assinatura e promulgação do citado tratado de transferência de presos e com o retorno dos dois condenados ao Canadá em 21/11/1998”. Cf.: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Op. Cit.** P. 262.

²³³ Cf: BRASIL. **Transferências de pessoas condenadas**. 2ª ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2010, p. 113-115.

²³⁴ *Ibidem*.

tópico seguinte, serão examinados em conjunto apenas os documentos que já foram promulgados por decreto presidencial.

Para conferir alguma sistematicidade no exame desses diplomas legais e permitir uma adequada comparação destes com a Convenção de Estrasburgo e com o tratado-modelo da ONU, optamos por tratar o tema de acordo com o mesmo critério de categorização utilizado no capítulo anterior, buscando, na medida do possível, evitar a repetição de comentários. Assim, serão a seguir analisados os preâmbulos, os princípios gerais, os requisitos, os direitos e deveres à informação, o procedimento e as disposições diversas dos tratados promulgados pelo Brasil.

4.3. A regulamentação da transferência internacional de pessoas condenadas no Brasil com base nos tratados já promulgados.

4.3.1. O preâmbulo.

A relevância hermenêutica do preâmbulo já foi anteriormente destacada. Nos tratados sobre a matéria assinados pelo Brasil, os preâmbulos destacam uniformemente que a razão para a adoção das disposições relativas à transferência de pessoas condenadas é reabilitação ou reinserção social do indivíduo²³⁵. A fórmula mais comumente adotada é a seguinte: “[Os Estados-parte] desejosos de promover a reabilitação social de presos permitindo que eles cumpram suas penas no país do qual são nacionais, acordam o seguinte [...]”. Em alguns casos, ressalta-se como motivo para a celebração do acordo internacional a promoção da cooperação mútua em matéria de justiça penal²³⁶. Contudo, apenas no tratado com Portugal insere-se, a exemplo do que consta no tratado-modelo da ONU, o pleno respeito aos direitos humanos como razão declarada para as medidas de transferência internacional²³⁷.

²³⁵ Todos os tratados e a Convenção Interamericana preveem a reabilitação ou reinserção social do indivíduo como fundamento para a sua celebração.

²³⁶ É o caso do tratado com a Argentina, com a Bolívia e com Portugal. A Convenção Interamericana também menciona que: “[Os Estados Membros da Organização dos Estados Americanos] Animados do desejo de cooperar a fim de assegurar melhor administração da justiça mediante a reabilitação social da pessoa sentenciada”. BRASIL. **Transferência de pessoas condenadas**. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2010, p. 55.

²³⁷ O tratado bilateral entre Brasil e Portugal declara em seu preâmbulo que: “[A República Federativa do Brasil e a República Portuguesa] tendo ainda presente que deve ser garantido o pleno respeito pelos direitos do homem decorrentes das normas e princípios universalmente reconhecidos; acordam o seguinte [...]”. BRASIL. **Transferência de pessoas condenadas**. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2010, p. 96.

A ausência dessa última cláusula em todos os demais acordos pode significar tanto um mero descuido como uma deliberada manifestação de vontade dos países de destacar que não consideram a transferência uma expressão dos direitos humanos, o que como se demonstrará a seguir, tem enorme repercussão na aplicação e interpretação do instituto. Seja qual for o motivo da exclusão dessa cláusula nos demais tratados, não consideramos uma mera coincidência ter sido ela consignada expressamente no tratado com Portugal. Como dito no capítulo segundo desta dissertação, a legislação portuguesa sobre cooperação jurídica internacional em matéria penal é aquela que mais se aproxima do modelo ideal de garantias do indivíduo, tomado aqui como paradigma. Por conseguinte, consideramos mesmo inadmissível que, justamente nos tratados que versam sobre o mais humanitário dos mecanismos de cooperação, verifique-se a ausência de menção ao fato de ser a prevalência dos direitos humanos um das suas principais razões de ser.

4.3.2. Princípios gerais.

A tríade principiológica em torno da qual se desenvolvem os mecanismos de cooperação jurídica internacional em matéria penal também encontra ressonância nos tratados assinados pelo Brasil. Com efeito, logo no primeiro ou no segundo artigo desses tratados, registra-se a possibilidade de as sentenças impostas por um dos Estados partes contra o nacional de outro Estado parte ser cumprida no Estado do qual seja ele nacional²³⁸. Com essa cláusula, reafirma-se o princípio da soberania dos Estados sobre seus territórios, pois, implicitamente, o que se está consignando é a dependência da transferência e do cumprimento da decisão estrangeira à expressa manifestação de vontade do Estado soberano. Não fosse a expressa previsão dessa possibilidade na cláusula em comento em tratado assinado por ambos os Estados soberanos, a execução dessa sentença estrangeira no território nacional não seria admitida²³⁹.

²³⁸ Confira-se o art. 1º dos tratados com Argentina, Bolívia, Canadá, Chile, Espanha, Paraguai e o art. 2º da Convenção Interamericana e dos tratado com o Peru, Portugal e Reino Unido. Estes últimos acordos internacionais estabelecem, no que se refere aos “princípios gerais”, cláusulas como a do art. 2º do Tratado com o Reino Unido: “2. Princípios Gerais. [...]2. Uma pessoa condenada no território de uma das Partes pode ser transferida para o território da outra, nos termos do presente Acordo, a fim de cumprir a pena a ela imposta. Com esse objetivo, o preso expressará ao Estado remetente ou ao Estado recebedor seu interesse em ser transferido nos termos deste Acordo. 3. A transferência poderá ser solicitada pelo Estado remetente ou pelo Estado recebedor”.

²³⁹ Nesse sentido, João Marcello de Araújo Júnior esclarece que: “a admissão da execução de sentença penal

Além desse princípio da soberania, alguns tratados também registram, logo em suas primeiras disposições que “as duas Partes acordam em prestar-se a maior cooperação possível em todas as questões relativas à transferência de pessoas condenadas”, como se pode observar do art. 2.1 do Tratado com o Peru²⁴⁰. A adoção dessa cláusula revela a concretização do princípio da eficiência na cooperação e, por conseguinte, o compromisso em conferir celeridade às solicitações, em dar prevalência à substância do pedido em relação a sua forma e em dotar a estrutura institucional do Estado de condições suficientes para efetivar as medidas previstas no tratado.

Por fim, o princípio das garantias do indivíduo, embora não encontre previsão expressa ou topografia privilegiada nesses tratados, pode ser identificado na previsão em todos eles da necessidade do consentimento²⁴¹, expresso e consciente, da pessoa apenada, ou de seu representante legal, no direito à informação²⁴² e na adoção do princípio do *ne bis in idem*²⁴³.

estrangeira não importa em violação do poder de império nacional, pois, ao contrário, o reafirma. Quando um Estado decide executar em seu território uma decisão de tribunal estrangeiro, prolatada contra um seu nacional, está, isto sim, exercendo um ato positivo de soberania”. Cf.: ARAUJO JR., João Marcello. Cooperação internacional na luta contra o crime. Transferência de condenados. Execução de sentença penal estrangeira. Novo Conceito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, nº 10, abr-jun, 1995, p. 111.

²⁴⁰ Há previsões semelhantes a essa no art. 2º da Convenção Interamericana e nos tratados com Portugal e com o Reino Unido.

²⁴¹ Vide o art. 5.3 dos Tratados com Argentina e Bolívia, o art. 3.e dos Tratados com Chile, Espanha, Paraguai e Portugal, art. 3.d do Tratado com Reino Unido, art. 3.f do Tratado com Peru e art. 3.2 da Convenção Interamericana. Em todos esses acordos pode-se considerar que o consentimento da pessoa condenada é verdadeira *conditio sine qua non* para a transferência, o que, como já visto no capítulo anterior, confere caráter humanitário aos tratados. Registre-se que o art. 5.6 do Tratado com o Canadá prevê que o Estado recebedor (Estado da execução da pena) pode solicitar ao Estado remetente (Estado da condenação) permissão para verificar se o consentimento da pessoa foi manifestado com amplo conhecimento da causa, o que permite inferir que esse consentimento deve ser considerado também nesse tratado como condição para a transferência. Como a experiência internacional demonstra que há Estados que cogitam em executar a transferência mesmo contra a vontade do cidadão apenado (vide Protocolo Adicional à Convenção de Estrasburgo comentado no capítulo anterior), consideramos que o ideal é que, para evitar dúvidas, a exigência do expresso e consciente consentimento do sentenciado ou de seu representante legal seja prevista entre os requisitos ou condições da transferência, conforme estabelecido na maioria dos tratados assinados pelo Brasil.

²⁴² Os direitos e deveres de informação serão comentados em tópico separado.

²⁴³ O princípio do *ne bis in idem* foi previsto em todos os acordos internacionais assinados pelo Brasil sobre a matéria. De acordo com esse princípio, a pessoa transferida não poderá ser novamente julgada no Estado de execução da pena pelo mesmo delito que motivou a pena imposta pelo Estado da condenação e sua posterior transferência. Vide art. 9 dos Tratados com Argentina e Bolívia; art. 8º dos Tratados com Canadá, Chile, Espanha e Paraguai; art. 12 do Tratado com Portugal; e art. 7.1 da Convenção Interamericana. Esse princípio não foi expressamente previsto nos Tratados com Peru e com o Reino Unido. Contudo, o Brasil se sujeita às disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, que, em seu art. 8.4, prevê a impossibilidade de a pessoa que tenha sido absolvida por sentença transitada em jugado ser novamente processada pelo mesmo fato. Assim, se para os países signatários dessa Convenção nem aqueles que foram absolvidos podem ser novamente processados, muito menos poderão sê-lo aqueles que já foram condenados e estão cumprindo ou já cumpriram pena correspondente. De qualquer sorte, para reduzir a possibilidade de violação desse direito, é recomendável que se preveja a aplicação desse princípio

4.3.3. Os requisitos para a transferência.

Os tratados internacionais assinados pelo Brasil sobre a transferência internacional de pessoas condenadas costumam prever os requisitos ou as condições para a execução dessas medidas no terceiro artigo de suas disposições. Contudo, como se comentará a seguir, há requisitos que, embora possuam essa natureza, não estão previstos como tal no rol específico constante em todos os diplomas celebrados.

O primeiro dos requisitos que, por exemplo, não constam como tal no rol dos Tratados celebrados com Argentina, Bolívia e Canadá é o do consentimento, expresso e consciente, da pessoa condenada. Como visto no tópico anterior, é justamente a exigência desse consentimento que confere o caráter humanitário aos tratados sobre transferência e que os diferencia da simples homologação de sentença penal estrangeira. Deve, pois, como já mencionado, ser considerada essa exigência verdadeira *conditio sine qua non* para a transferência.

Além da manifestação de vontade da pessoa condenada, os acordos internacionais assinados pelo Brasil também exigem a expressa anuência dos dois Estados envolvidos (o da condenação e o da execução da pena). Como já foi dito, cuida-se de regra que espelha a noção ainda vigente no Direito Internacional de que, mesmo em matéria de direitos humanos, deve ser respeitada a soberania voluntarista dos Estados²⁴⁴.

A nacionalidade da pessoa condenada também consiste em um requisito constante na absoluta maioria dos acordos internacionais assinados pelo Brasil. Com efeito, ainda quando não prevista expressamente no rol de condições da transferência, estabelece-se, logo nos primeiros dispositivos, que a transferência deve ser admitida tão-somente aos nacionais

expressamente.

²⁴⁴ No art. 6.3 dos Tratados com a Argentina e com a Bolívia prevê-se que o Estado da execução da pena terá absoluta discricção para dirigir ou não o pedido de transferência ao Estado da condenação. Além disso, o art. 7.2 desses mesmos tratados estabelece que o Estado da condenação poderá negar a autorização da transferência, inclusive sem indicar a causa de sua decisão. Os parágrafos 3 e 4 do art. 5º dos Tratados com o Canadá e com o Paraguai; o art. 5.5 do Tratado com o Chile; o art. 5.4 do Tratado com a Espanha; e o art. 6º da Convenção Interamericana também revelam que a transferência está condicionada à aprovação pelo Estado de condenação e pelo Estado de execução da pena. A anuência dos dois Estados envolvidos é expressamente considerada um requisito nos Tratados com o Peru (art. 3.g), com Portugal (art. 3.f) e com o Reino Unido (art. 3.f). A compatibilidade dessas previsões com o princípio da dignidade da pessoa humana será discutida no último capítulo desta dissertação.

do Estado recebedor (Estado de execução da pena)²⁴⁵. Apenas o Tratado com Portugal admite a transferência também para as pessoas que, independentemente da sua nacionalidade, tenham residência habitual no Estado de execução da pena que justifiquem, pelos laços afetivos, sociais e culturais a transferência²⁴⁶.

Um requisito presente em todos os acordos assinados pelo Brasil sobre a matéria é o do trânsito em julgado da sentença condenatória²⁴⁷. Como já ressaltado no capítulo anterior, a transferência, de acordo com essa exigência, está condicionada à inexistência de qualquer recurso pendente de julgamento em relação à sentença condenatória. A exigência aqui é apenas a da chamada coisa julgada formal, sendo admissível o cumprimento da pena no exterior, ainda que pendente de julgamento uma ação de revisão criminal, cuja competência é reservada, como se verá adiante, ao Estado de condenação.

Embora com critérios distintos, a existência de um período mínimo de pena remanescente para ser cumprida no Estado da execução também é um requisito previsto em todos os acordos celebrados pelo Brasil. Com efeito, considerando o período de tempo e os custos necessários para o trâmite dos pedidos de transferência, costuma-se exigir pelo menos seis meses como tempo de pena mínimo a ser cumprido no exterior²⁴⁸. Há, contudo, tratados bilaterais em que esse período de tempo mínimo de pena é de 12 meses²⁴⁹, o que pode provocar um tratamento desigual para cidadãos estrangeiros que se encontrem em situação absolutamente semelhante, sendo o único critério distintivo a nacionalidade do sujeito.

A dupla incriminação, por seu turno, não está presente em todos os acordos internacionais²⁵⁰ e, como visto no segundo capítulo desta dissertação, em atenção ao princípio da solidariedade internacional e da mútua confiança, tem sido cada vez menos exigida como condição para a cooperação jurídica internacional. Trata-se da exigência de que o fato pelo

²⁴⁵ Vide art. 1 dos Tratados com Argentina, Bolívia; art. 3.a dos Tratados com Peru e Reino Unido; art. 3.b dos Tratados com Canadá, Chile, Espanha, Paraguai; e art. 3.4 da Convenção Interamericana.

²⁴⁶ Vide art. 3.a do Tratado com Portugal.

²⁴⁷ Vide art. 3.a dos Tratados com Argentina e Bolívia; art. 3.d dos Tratados com Canadá, Chile, Espanha e Paraguai; art. 3.1 da Convenção Interamericana; art. 3.e do Tratado com Peru; e art. 3.b dos Tratados com Portugal e Reino Unido.

²⁴⁸ Vide art. 3.c dos Tratados com Canadá, Chile, Espanha, Portugal e Reino Unido e art. 3.6 da Convenção Interamericana.

²⁴⁹ Vide art. 3.d do Tratado com o Peru e art. 3.c do Tratado com o Paraguai. Note-se que o Tratado com o Paraguai é o único que prevê a possibilidade de ser desconsiderado esse requisito por “razões excepcionais”. Os tratados com Argentina e Bolívia falam em um prazo de “um ano” (vide art. 3.d).

²⁵⁰ Os Tratados com Argentina e Bolívia não preveem explicitamente a dupla incriminação como requisito para a transferência. As consequências da ausência de previsão desse requisito serão discutidas no capítulo seguinte.

qual a pessoa foi julgada e condenada seja também tipificado como crime no ordenamento jurídico do Estado de execução da pena. Nos tratados que preveem a dupla incriminação²⁵¹, não é necessário que haja identidade entre o *nomen juris* do delito ou mesmo que todas as circunstâncias sejam iguais. Basta que a conduta reprimida seja, em sua essência, também incriminada no Estado de cumprimento da pena²⁵².

Há ainda requisitos relacionados à natureza e duração da pena que, embora previstos apenas em alguns tratados, devem ser considerados como condições para todos os demais. Cuida-se da exigência de se comutar a pena de morte e a de se adaptar a pena de prisão perpétua. A transferência da execução da pena de morte encontra-se expressamente proibida no art. 3.b dos Tratados com Argentina, Bolívia e Peru e também no art. 3.5 da Convenção Interamericana. A necessidade de fixação de uma duração determinada da pena, por seu turno, encontra expressa previsão apenas nos Tratados com Argentina e Bolívia (art. 3.c). Na Convenção Interamericana, o art. 3.7 prevê que “a aplicação da sentença não seja contraditória com o ordenamento jurídico interno do Estado receptor”²⁵³. No Brasil, a Constituição de 1988, em seu art. 5º, XLVII, garante que não haverá penas: de morte (salvo em caso de guerra declarada); de caráter perpétuo; de trabalhos forçados; de banimento; e cruéis. Portanto, nos casos de transferência ativa, isto é, de um brasileiro condenado no exterior a uma dessas modalidades de pena para o cumprimento da pena no território nacional, independentemente de previsão ou não nos tratados, a sanção terá que ser adaptada, por comutação ou por fixação do prazo máximo de duração.

Por fim, alguns tratados condicionam a transferência da pessoa condenada ao pagamento da indenização para reparação dos danos provocados, das custas, das multas e das penas pecuniárias eventualmente aplicadas. Nesse sentido, o art. 3.e do Tratado com a Argentina condiciona a transferência ao fato de que o preso tenha reparado os danos causados à vítima, “na medida em que isso lhe seja possível”. Os Tratados celebrados com a Bolívia e com o Paraguai exigem, em seus arts. 3.e e 3.f, respectivamente, que, além da reparação cível, o condenado tenha cumprido ou garantido o pagamento de multas, custas judiciais ou qualquer condenação pecuniária. O Tratado com Paraguai, assim como o da Argentina,

²⁵¹ Vide art. 3.a dos Tratados com Canadá, Chile, Paraguai e Espanha; art. 3.3 da Convenção Interamericana; art. 3.d do Tratado com Portugal; art. 3.e do Tratado com o Reino Unido; e art. 3.h do Tratado com o Peru.

²⁵² Cf.: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 285.

²⁵³ BRASIL. **Transferência de pessoas condenadas**. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2010, p. 57.

excetua a hipótese de absoluta insolvência do condenado. Como no Brasil, o inadimplemento das custas e multas não pode ser convertido em pena privativa de liberdade, o pagamento ou a garantia dessas despesas só pode mesmo ser exigida como condição para a transferência nos casos em que expressamente previsto como tal nos tratados.

4.3.4. Os direitos e deveres de informação.

Sob esse aspecto, todos os acordos internacionais assinados pelo Brasil têm expressa disposição por meio do qual se assegura à pessoa condenada o direito de ser informada sobre a possibilidade de transferência. Nesse ponto, é importante destacar que não nos parece suficiente a previsão apenas do dever dos Estados de informarem o cidadão condenado sobre os termos do Tratado²⁵⁴. Para que o sujeito concernido possa decidir de forma consciente sobre a conveniência da transferência, é essencial que lhe sejam fornecidas todas as informações sobre as consequências jurídicas da admissão da medida, especialmente no que se refere à eventual possibilidade de ele vir a responder no Estado da execução penal a outras ações penais por fatos anteriores ao que ensejaram sua condenação. Além disso, o indivíduo solicitante da transferência, como parte mais interessada no processo, deve ter assegurado também o direito de ser informado sobre o trâmite de seu pedido de transferência e sobre as decisões tomadas pelos Estados envolvidos, o que só foi explicitamente garantido em alguns tratados e na Convenção Interamericana²⁵⁵. Contudo, mesmo para os tratados em que não houve a expressa previsão desse direito de informação do indivíduo interessado, entendemos que, no Brasil, encontra-se ele assegurado em razão do princípio da publicidade dos atos administrativos, previsto no art. 37 da Constituição de 1988 e do direito à informação

²⁵⁴ Os Tratados celebrados com Canadá (art. 5.1), Chile (art. 5.1), Peru (art. 4.1) e Reino Unido (art. 4.1) não preveem expressamente o direito de a pessoa a ser transferida de ser informada sobre todas as consequências jurídicas da transferência. Embora os demais tratados tenham previsão expressa a respeito desse direito, melhor seria que em todos houvesse expressa disposição assegurando à pessoa condenada o direito de ser informada sobre quais ações penais que poderão ser contra ela instauradas ou continuadas no Estado da execução da pena, conforme a previsão do art. 6 do tratado-modelo da ONU, em respeito ao princípio da especialidade.

²⁵⁵ A Convenção Interamericana determina expressamente, em seu art. 4.2, que “os Estados Partes manterão informada a pessoa sentenciada a respeito do trâmite de sua transferência”. Na mesma senda, o Tratado pactuado com o Peru estabelece, em seu art. 4.5, que: “O condenado será informado, por escrito, acerca de qualquer medida adotada pelo Estado Remetente ou pelo Estado Recebedor, com relação a seu pedido de transferência, assim como acerca de qualquer decisão adotada pelas partes”. Disposição semelhante a esta consta ainda no art. 4.5 do Tratado com Portugal. BRASIL. **Transferência de pessoas condenadas**. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2010.

sobre os processos administrativos de seu interesse, consoante o disposto nos incisos VIII e V do parágrafo único do art. 2º e no inciso II do art. 3º, todos da Lei nº 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito federal.

Por seu turno, como expressão do princípio da eficiência e da cooperação, os Estados envolvidos têm a obrigação de prestar mutuamente todas as informações necessárias ao efetivo e célere andamento dos processos de transferência. Assim, como regra, tomando por base o disposto no art. 4.2 do Tratado com o Reino Unido, o Estado da condenação deve fornecer ao Estado da execução da pena informações sobre: nome, data e local de nascimento do preso; natureza, duração e data do início de cumprimento da pena que foi imposta; relatório dos fatos sobre os quais se baseou a sentença; declaração ou atestado de pena já cumprindo, com informações sobre prisões provisórias ou cautelares anteriores ao julgamento e que permitam inferir se já teria direito a remissões; se necessário, relatório médico ou social do preso, com indicação de tratamento recomendado. O Estado da execução, por seu turno, deve prestar ao Estado da condenação informações sobre a nacionalidade da pessoa a ser transferida, sobre a tramitação do pedido de transferência em seu território e, especialmente, sobre o cumprimento da pena após a efetivação da transferência, consoante se pode observar, por exemplo, do art. 8.5 do Tratado com a Argentina.

4.3.5. O procedimento para a transferência no Brasil.

Os tratados celebrados pelo Brasil não estabelecem, como regra, explicitamente o procedimento ou a modalidade da transferência que deverá ser adotado pelo Estado de execução da pena, se o do prosseguimento da execução ou se o da conversão da sentença. Apenas o tratado bilateral com o Reino Unido trata especificamente do procedimento para aplicação da sentença, prevendo uma “aplicação continuada da sentença”, o que revelaria a adoção do sistema do *continued enforcement*, isto é, do prosseguimento da execução.

Os tratados, por outro lado, regulamentam, de forma um pouco diversa, o procedimento para a transferência, especialmente no que tange à iniciativa do pedido. Em alguns tratados, apenas o Estado da condenação pode dar início ao processo de transferência; em outros, é ao Estado da execução da pena a quem incumbe a iniciativa do pedido de

transferência; por fim, na maior parte dos casos, tanto o Estado da condenação como o da execução podem dar início ao processo de transferência.

Como visto anteriormente, os acordos internacionais assinados pelo Brasil conferem absoluta discricionariedade aos Estados envolvidos para decidir se concedem ou não a transferência. De acordo com esses documentos, o consentimento ou o desejo da pessoa condenada não lhe confere o direito ou a garantia de ser transferida. Negado o pedido, o processo se encerra, a menos que tal negativa seja revista pelo próprio Estado que a proferiu.

Se, por outro lado, for aprovado o pedido por ambos os Estados envolvidos, as Partes, como regra geral, acordarão o lugar e a data da entrega do preso, sendo que, na maior parte dos casos, o Estado da condenação é responsável pela custódia e pelos custos havidos até a entrega do cidadão ao Estado da execução, que, por sua vez, assume, desde então, os encargos com a custódia e com o cumprimento da pena.

Todos os tratados assinados preveem que, ocorrida a transferência, o cumprimento da pena passa a ser regido pela legislação do Estado da execução da pena, reservando-se ao Estado da condenação a competência exclusiva pela revisão criminal do julgado e pela concessão dos atos de clemência (anistia, graça e indulto).

Não há, no Brasil, qualquer ato normativo que discipline especificamente os procedimentos de transferência ativa e passiva de pessoas condenadas. Por essa razão, dirigimo-nos ao Ministério da Justiça para acompanhar, *in locu*, por uma semana, no período de 16 a 20 de abril de 2012, a tramitação desses pedidos, buscando identificar, a partir da análise de casos concretos e da entrevista com os servidores responsáveis, o procedimento utilizado, na prática, com esses pedidos.

A partir dessa pesquisa, pudemos confirmar que o procedimento descrito por Artur Gueiros Souza²⁵⁶ é, de fato, aquele verificado na prática. A seguir, descreveremos o procedimento em cada uma das duas hipóteses de transferência.

4.3.5.1. O procedimento para a transferência passiva no Brasil.

A transferência passiva, como visto anteriormente, ocorre nas hipóteses em que um cidadão estrangeiro foi condenado no Brasil e pretende cumprir o restante de sua pena no

²⁵⁶ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 295-298.

seu país de origem ou naquele em que tem residência habitual. O procedimento pode ser instaurado no âmbito do Departamento de Estrangeiros (DEEST) da Secretaria Nacional de Justiça, que é órgão vinculado à estrutura do Ministério da Justiça brasileiro, a partir de provocação do próprio interessado, isto é, do estrangeiro condenado; da representação diplomática de seu país ou ainda por meio do Ministério das Relações Exteriores, quando a transmissão do pedido realizou-se por via diplomática.

Recebida a provocação, que além de ser escrita não exige maiores formalidades, os autos serão encaminhados à Divisão de Medidas Compulsórias do DEEST, que será o órgão responsável pela tramitação do procedimento. Nesta divisão, será inicialmente identificada a correção da instrução do procedimento. Os Tratados bilaterais, em geral, exigem como documentação instrutória do pedido os seguintes documentos: solicitação/consentimento do ofendido; cópia da sentença penal condenatória; certidão de trânsito em julgado; atestado de comportamento carcerário; certidão de tempo de pena cumprida e do restante da pena a cumprir; e textos legais aplicáveis.

Se algum desses documentos não estiver juntado aos autos, a Divisão de Medidas Compulsórias inicia uma fase de instrução do pedido, solicitando esses documentos às autoridades responsáveis, entre as quais, frequentemente, são demandados o juiz da execução, a direção do estabelecimento penal onde se encontra recolhido o preso e o juiz da cognição, isto é, o prolator da sentença. Essa fase instrutória pode e, frequentemente, é a mais demorada do procedimento.

Devidamente instruídos os autos do procedimento, a Divisão de Medidas Compulsórias o encaminha para a Diretoria do Departamento de Estrangeiro, que, por sua vez, o remete ao Secretário Nacional de Justiça, representante a autoridade central do Brasil nos Tratados Bilaterais e que autorizará/aprovará ou não a transferência. Se aprovada, o ato de aprovação será publicado no Diário Oficial da União.

Com a aprovação da transferência pelo Brasil, será encaminhado um ofício ao Juiz da Execução informando-o sobre a aprovação da transferência e será solicitada a liberação do preso. Com a resposta do ofício, será instada a autoridade central ou representação diplomática do país recebedor, por intermédio do Ministério das Relações Exteriores, a manifestar-se sobre a sua aprovação ou não da transferência.

Uma vez aprovada por ambos os Estados, antes de ser efetivada a entrega, o Estado brasileiro, por entendimento mantido no Poder Executivo, verifica se já houve a

conclusão do inquérito de expulsão e o conseqüente decreto expulsório. Se não, o procedimento de transferência fica sobrestado aguardando a conclusão daquele. Se já houver sido publicado o decreto de expulsão, a Divisão de Medidas Compulsórias providenciará, em comunhão de esforços com a Polícia Federal e com a Interpol, a indicação pelo Estado Recebedor de autoridades policiais que serão responsáveis pelo recebimento e acompanhamento do preso durante o traslado. O Estado Recebedor informa, então, um plano de voo, com a data na qual será entregue o preso.

Registre-se que, frequentemente, são as autoridades policiais do país recebedor que vêm ao Brasil para a retirada do preso, o qual é entregue por Policiais Federais, normalmente, no próprio Aeroporto. Na ocasião da entrega, será lavrado termo de entrega, que ocorre em conjunto com o Termo de Expulsão.

Juntado aos autos o termo de entrega, o procedimento de transferência será arquivado, não havendo, contudo, qualquer impedimento a que se acompanhe o cumprimento da execução da pena por atos posteriores.

4.3.5.2. O procedimento para a transferência ativa no Brasil.

Na transferência ativa, por outro lado, busca-se o cumprimento no Brasil de pena imposta no exterior a cidadão brasileiro ou que aqui tenha residência habitual. O procedimento deve ser instaurado no âmbito do Departamento de Estrangeiros da Secretaria Nacional de Justiça do Ministério da Justiça brasileiro a partir de provocação do próprio interessado, isto é, do brasileiro condenado no exterior; diretamente por meio da representação diplomática do país onde foi condenada e está recolhido ou por meio do Ministério das Relações Exteriores.

Recebida a provocação, que além de ser escrita também não exige maiores formalidades, os autos serão encaminhados à Divisão de Medidas Compulsórias do DEEST, que será o órgão responsável pela tramitação do procedimento. Nesta divisão, será inicialmente identificada a correção da instrução do procedimento. Os Tratados bilaterais, em geral, exigem como documentação instrutória do pedido os seguintes documentos: solicitação/consentimento do ofendido; cópia da sentença penal condenatória; certidão de trânsito em julgado; atestado de comportamento carcerário; certidão de tempo de pena

cumprida e do restante da pena a cumprir; textos legais aplicáveis; dados que individualizem o cidadão e que permitam verificar a sua nacionalidade brasileira (nome, filiação, último endereço no Brasil, cidade de nascimento etc.). Esses documentos, normalmente, devem ser traduzidos.

Se algum desses documentos não estiver juntado aos autos, a Divisão de Medidas Compulsórias inicia uma fase de instrução do pedido, solicitando esses documentos às autoridades responsáveis do país prolator da sentença condenatória, por intermédio, via de regra, do Ministério das Relações Exteriores. Nos casos que envolvem a condenação de brasileiro em Portugal, contudo, por entendimento estabelecido entre as autoridades centrais, as solicitações de documentos podem ocorrer diretamente, inclusive por meio eletrônico, com a Procuradoria Geral da República portuguesa.

Se o pedido já se encontrar devidamente instruído, será possível a aprovação pelo Brasil. O trâmite para a aprovação é semelhante ao da transferência passiva. A Divisão de Medidas Compulsórias encaminha o pedido para a direção da Diretoria do Departamento de Estrangeiro, que, por sua vez, o remete ao Secretário Nacional de Justiça, representante da autoridade central do Brasil nos Tratados Bilaterais, que autorizará/aprovará ou não a transferência. Se aprovada, o ato de aprovação será publicado no Diário Oficial da União.

Uma vez aprovada a transferência ativa pelo Brasil, será expedida comunicação ao Juiz da Vara de Execuções do local para onde pretende ser transferido o brasileiro condenado no exterior, informando-o acerca da aprovação da transferência, e solicitando que ele indique uma vaga em algum estabelecimento prisional da localidade. É possível que ele informe a inexistência de vaga²⁵⁷.

Se existente a vaga e se aprovada a transferência também pelo Estado da condenação, a Divisão de Medidas Compulsórias providenciará em comunhão de esforços com a Polícia Federal e Interpol a indicação de policiais federais que serão responsáveis pelo recebimento e acompanhamento do preso brasileiro durante o traslado. O Estado brasileiro informa, então, um plano de voo, com a data na qual será entregue o preso. Registre-se que, frequentemente, são as autoridades policiais brasileiras que irão ao país para a retirada do brasileiro, o qual é entregue para os Policiais Federais, normalmente, no próprio Aeroporto. Na ocasião da entrega, será lavrado termo de entrega, e, em seguida, o processo será arquivado.

²⁵⁷ As possíveis consequências jurídicas dessa informação serão analisadas no capítulo seguinte.

4.3.6. Disposições diversas.

Os Tratados, em geral, também contêm disposições sobre a distribuição dos custos da transferência e sobre a aplicação no tempo das normas do Tratado. Em relação aos custos, como regra, pactuou-se que o Estado da condenação arcará com os ônus da custódia do preso e de seu transporte até o momento da entrega. A partir de então, incumbe ao Estado da execução da pena o custeio do transporte e também os decorrentes do cumprimento da pena.

Quanto à aplicação no tempo das normas dos tratados, alguns deles estabeleceram que são aplicáveis, inclusive, para as condenações anteriores à sua entrada em vigor. Além disso, previu-se também que, na hipótese de denúncia, as transferências já realizadas seguirão sendo reguladas pelas disposições do tratado. Ainda em relação à denúncia, a maioria dos tratados fixou em 180 dias o prazo para a produção dos seus efeitos, contados a partir da notificação da parte contrária. Por fim, no que se refere à duração dos tratados, diferentemente da prática verificada na Convenção de Estrasburgo e no tratado-modelo da ONU, previu-se a fixação de um prazo determinado, com renovação automática a cada 3 anos, se nesse período não houver a denúncia.

4.4. A transferência internacional de pessoas condenadas no Brasil em números.

Não existe no Brasil publicação oficial com os dados acerca do instituto da transferência internacional de pessoas condenadas e esse é um dos maiores problemas enfrentados no seu estudo. Sobre o tema havia, até então, apenas algumas informações fornecidas a Artur de Brito Gueiros de Souza, em entrevista que lhe foi concedida em 20 de setembro de 2005 pela Diretora do Departamento de Estrangeiros Izaura Maria Soares Miranda. Esses dados foram publicados no livro *Presos Estrangeiros no Brasil*²⁵⁸ e serão a seguir apresentados e comentados. Para atualizar esses números e tentar colher outras informações, realizamos pessoalmente consulta ao Departamento de Estrangeiros do

²⁵⁸ CF.: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 260-261.

Ministério da Justiça, entre 16 e 20 de abril de 2012, ocasião em que nos foram apresentadas planilhas relacionadas aos pedidos de transferências ativas e passivas e também outras com o número de transferências efetivamente realizadas.

Cotejamos esses dados com as estatísticas também colhidas disponibilizadas pelo Ministério da Justiça sobre a população carcerária no Brasil. Esses últimos dados estão publicados no site do próprio órgão estatal²⁵⁹ e compõem o sistema de informações estatísticas penitenciárias, chamado *Infopen-estatística*. Não olvidamos da precariedade desses dados para espelharem a realidade. A possibilidade de falhas nos registros efetuados pelos órgãos estatais não pode ser absolutamente descartada. Contudo, sendo o Departamento de Estrangeiros o órgão no qual devem tramitar todos os procedimentos de transferência internacional de pessoas condenadas, ao menos em relação ao número de transferências concretizadas, julga-se não haver discrepância significativa com a realidade.

Em primeiro lugar, apresentaremos dados relacionados ao número de nacionalidades com as quais o Brasil mantém acordo internacional que permite a transferência relacionando com o quadro geral da população estrangeira presa no Brasil. Em seguida, serão discutidos os dados relacionados à transferência passiva e, por fim, serão comentados os dados relativos à transferência ativa.

4.4.1. O âmbito de cobertura dos acordos internacionais sobre transferência internacional de pessoas condenadas.

De acordo com a coletânea de tratados sobre a matéria do Ministério da Justiça brasileiro, atualizada até 2010, o Brasil já celebrou 16 tratados bilaterais²⁶⁰. Desses apenas 9 estão em vigor²⁶¹. Ainda segundo essa mesma fonte, o Brasil é signatário da Convenção Interamericana para o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior, que já foi promulgada; do Acordo sobre Transferência de Pessoas Condenadas entre os Estados-parte do MERCOSUL, ainda não promulgado; e da Convenção sobre essa matéria no âmbito da Comunidade de Países de Língua Portuguesa, também ainda não promulgada. Em razão da

²⁵⁹ Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJC4D50EDBPTBRNN.htm>. Acesso em: 30 out. 2012.

²⁶⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. **Transferência de pessoas condenadas**. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2010.

²⁶¹ Estão em vigor os tratados celebrados com Argentina, Bolívia, Chile, Canadá, Espanha, Paraguai, Peru, Portugal e Reino Unido. Estão ainda em fase de tramitação legislativa, embora já tenham sido celebrados, os tratados bilaterais com Angola, Itália, Moçambique, Holanda, Panamá, Suriname e Venezuela.

entrada em vigor da Convenção Interamericana, o número total de países para os quais e a partir dos quais podem ser transferidos presos do ou para o Brasil eleva-se para o total de 22²⁶². Abaixo, para uma melhor visualização, segue tabela constante de manual elaborado pelo Ministério da Justiça relativa aos acordos em vigor²⁶³:

País	Histórico
Argentina	Assinado aos 11 de setembro de 1998 e promulgado pelo Decreto nº 3.875, de 23 de julho de 2001. Diário Oficial de 24 de julho de 2001.
Bolívia	Assinado aos 26 de julho de 1999 e promulgado pelo Decreto nº 6.128, de 20 de junho de 2007. Diário Oficial de 21 de junho de 2007
Canadá	Assinado aos 15 de julho de 1992 e promulgado pelo decreto nº 2.547, de 14 de abril de 1998. Diário Oficial de 15 de abril de 1998.
Chile	Assinado aos 29 de abril de 1998 e promulgado pelo Decreto nº 3.002, de 26 de março de 1999.
Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior	Concluída em Manágua, em 09 de junho de 1993 e promulgada pelo Decreto nº 5.919, de 03 de outubro de 2006, com reserva à primeira parte do parágrafo 2º do artigo VII, relativa à redução dos períodos de prisão ou de cumprimento alternativo da pena. Diário Oficial de 04 de outubro de 2006. Signatários: Brasil, Canadá, Chile, Costa Rica, Equador, Estados Unidos, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai e Venezuela. Obs.; Arábia Saudita, Belize, El Salvador, Guatemala, República Checa e

²⁶² Além de países como Chile, Canadá e Paraguai, com os quais o Brasil tem também tratados bilaterais, com a Convenção, foram acrescentados ao rol de Estados passíveis de transferência: Arábia Saudita, Belize, Costa Rica, Equador, El Salvador, EUA, Guatemala, México, Nicarágua, Panamá, República Checa, Uruguai e Venezuela. Além destes, o Brasil tem tratados bilaterais com Argentina, Bolívia, Espanha, Peru, Portugal e Reino Unido, totalizando, atualmente, 22 países para os quais podem ser transferidos estrangeiros aqui condenados e de onde podem vir brasileiros lá condenados.

²⁶³ BRASIL. Ministério da Justiça. **Transferência de pessoas condenadas**. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2010.

	Uruguai não haviam ainda aderido à Convenção quando da publicação do Manual pelo Ministério da Justiça.
Espanha	Assinado aos 7 de novembro de 1996 e promulgado pelo Decreto nº 2.576 de 30 de abril de 1998. Diário Oficial de 4 de maio de 1998.
Paraguai	Assinado aos 10 de fevereiro de 2000 e promulgado pelo Decreto nº 4.443, de 28 de outubro de 2002. Diário Oficial de 29 de outubro de 2002.
Peru	Assinado em Lima, em 25 de agosto de 2003 e promulgado pelo Decreto nº 5.931, de 13 de outubro de 2006. Diário Oficial de 16 de outubro de 2006.
Portugal	Assinado em Brasília, aos 05 de setembro de 2001 e promulgado pelo Decreto nº 5.767, de 02 de maio de 2006. Diário Oficial de 16 de outubro de 2006.
Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte	Assinado aos 20 de agosto de 1998 e promulgado pelo Decreto nº 4.107, de 28 de janeiro de 2002. Diário Oficial de 29 de janeiro de 2002.

Quando confrontados esses números com o da nacionalidade dos estrangeiros presos no Brasil percebe-se que o âmbito de cobertura dos tratados de transferência ainda é bastante reduzido. Com efeito, de acordo com o Ministério da Justiça, até dezembro de 2011, havia no Brasil cerca de 3.367 presos estrangeiros, entre homens e mulheres²⁶⁴. São pessoas de pelo menos 80 nacionalidades distintas. Como visto, desse total, o Brasil tem acordo para transferência com apenas 14 nacionalidades (Argentina, Bolívia, Canadá, Chile, Equador, Espanha, Estados Unidos, México, Panamá, Paraguai, Peru, Portugal, Reino Unido e Venezuela)²⁶⁵. Mesmo que se considere a quantidade de presos por nação, menos da metade (apenas 46,8%) dos presos estrangeiros no Brasil poderiam ser beneficiados com a transferência internacional de pessoas condenadas²⁶⁶, uma vez que, como já dito, o governo

²⁶⁴ Os dados relativos à população carcerária no Brasil foram extraídos do sistema informático do Ministério da Justiça disponibilizado ao público por meio do seu site oficial na *internet*. Constam do sistema chamado *Infopne Estatística*, que congrega as informações fornecidas por cada unidade da federação por meio do preenchimento de formulários. Foram consultados os relatórios estatísticos consolidados desde 2005. Cf.: BRASIL. Ministério da Justiça. **Relatórios estatísticos**: analíticos do sistema prisional da cada estado da federação. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D> Acesso em: 31 out. 2012.

²⁶⁵ Embora outras nacionalidades tenham também acordo internacional com o Brasil, não houve registro de qualquer cidadão desses países nas prisões brasileiras, de modo que elas não entraram na contabilização da representatividade das nações nos estabelecimentos penais brasileiros.

²⁶⁶ Em números absolutos esse percentual representa cerca de 1.578 presos assim distribuídos de acordo com sua nacionalidade: 103 da Argentina; 555 da Bolívia; 1 do Canadá; 57 do Chile; 11 do Equador; 163 da Espanha; 16 dos EUA; 8 do México; 1 do Panamá; 343 do Paraguai; 196 do Peru; 97 de Portugal; 1 do Reino Unido e 26 da Venezuela. Cf.; BRASIL. Ministério da Justiça. **Relatórios estatísticos**: analíticos do sistema prisional da cada estado da federação. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D> Acesso em: 31 out. 2012.

brasileiro só a admite quando fundamentada em tratado bilateral ou multilateral em vigor, não a permitindo em casos de promessa reciprocidade.

4.4.2. Números da transferência presos estrangeiros do Brasil para o exterior.

Além da baixa quantidade de países com os quais o Brasil tem acordo internacional, é baixa também a quantidade de transferências efetivamente realizadas. De acordo Artur de Brito Gueiros de Souza, até 2006, encontravam-se em tramitação cerca de 70 pedidos de transferência passiva (do Brasil para o exterior)²⁶⁷. Além disso, um total de 20 presos estrangeiros já teriam, até aquela data, sido transferidos para os seus respectivos países para o cumprimento do restante de suas penas. Desse total, 4 seriam da Argentina, 5 do Canadá, 5 do Chile, 5 da Espanha e 1 do Reino Unido. Por outro lado, apenas 8 brasileiros teriam sido transferidos para o Brasil, sendo que 2 encontravam-se presos na Argentina e 6 na Espanha.

Por meio de consulta realizada pessoalmente no Departamento de Estrangeiros, entre os dias 16 e 20 de abril de 2012, obtivemos novos dados sobre a matéria²⁶⁸. De janeiro de 2006 a março de 2012, foram concretizadas 21 transferências passivas. A tabela abaixo indica a quantidade de cidadãos estrangeiros transferidos de acordo com sua nacionalidade, no período de janeiro de 2006 a março de 2012:

País	Transferência Passiva Realizada
Argentina	1
Espanha	8
Paraguai	7
Portugal	2
Reino Unido	3
Total	21

A evolução do número de transferências passivas efetivadas ao longo dos anos demonstra que houve um aumento significativo em 2011. Com efeito, do total de 21

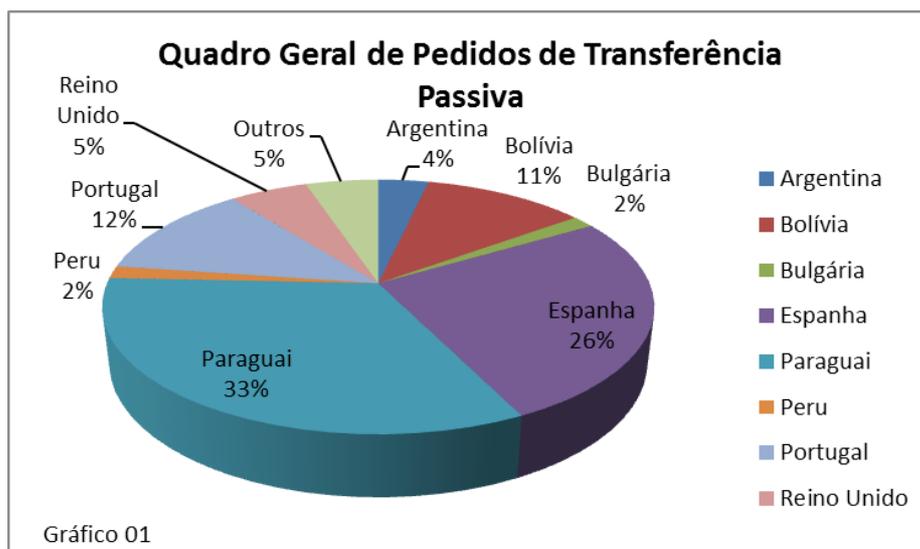
²⁶⁷ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 260-261.

²⁶⁸ Esses números constam em planilha elaborada por servidoras do setor de transferência de pessoas condenadas da Divisão de Medidas Compulsórias do Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça brasileiro gentilmente apresentada para consulta em visita realizada entre os dias 16 e 20 de abril de 2012.

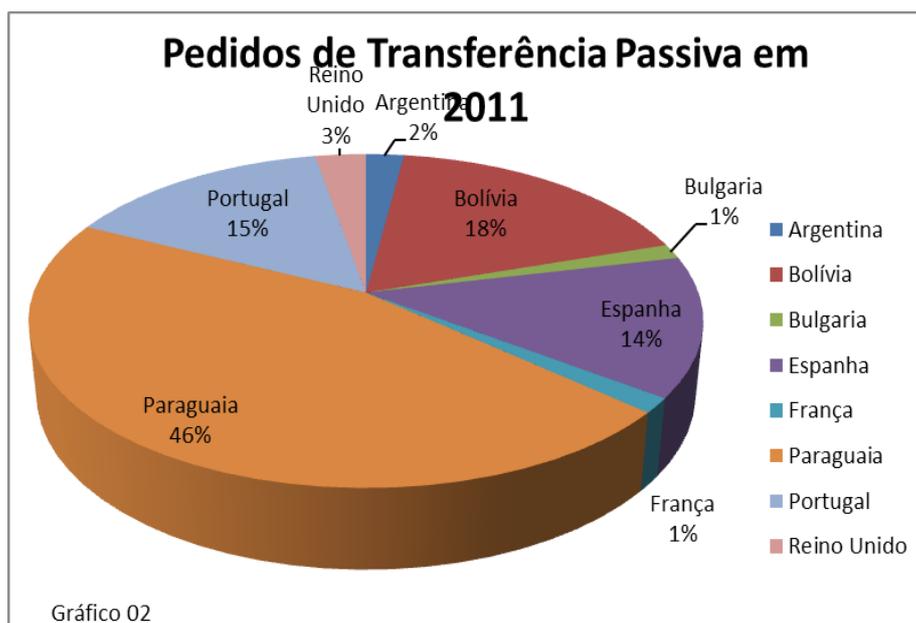
transferências realizadas, 2 ocorreram em 2006; 1 em 2007; 1 em 2010; 13 em 2011; e até março de 2012, 4 transferências passivas haviam se concretizado.

Se comparados os números das transferências realizadas com o número de pedidos formulados, verificar-se-á que a taxa de efetividade é muito baixa e que o aumento do número de transferências realizadas em 2011 correspondeu ao aumento de pedidos nesse mesmo ano. De fato, no que toca ao número de pedidos de transferência, de 1999 até o ano de 2012, havia o registro de 255 pedidos de transferência passiva autuados no Departamento de Estrangeiros, número que inclui o de transferências já realizadas, os pedidos já arquivados e os que ainda estão em tramitação²⁶⁹.

A representatividade dos países na formulação dos pedidos de transferência passiva pode ser apreendida a partir da análise dos seguintes gráficos, os quais espelham, respectivamente, o quadro geral de todo o período (2006-2011) e o relativo apenas ao ano de 2011:



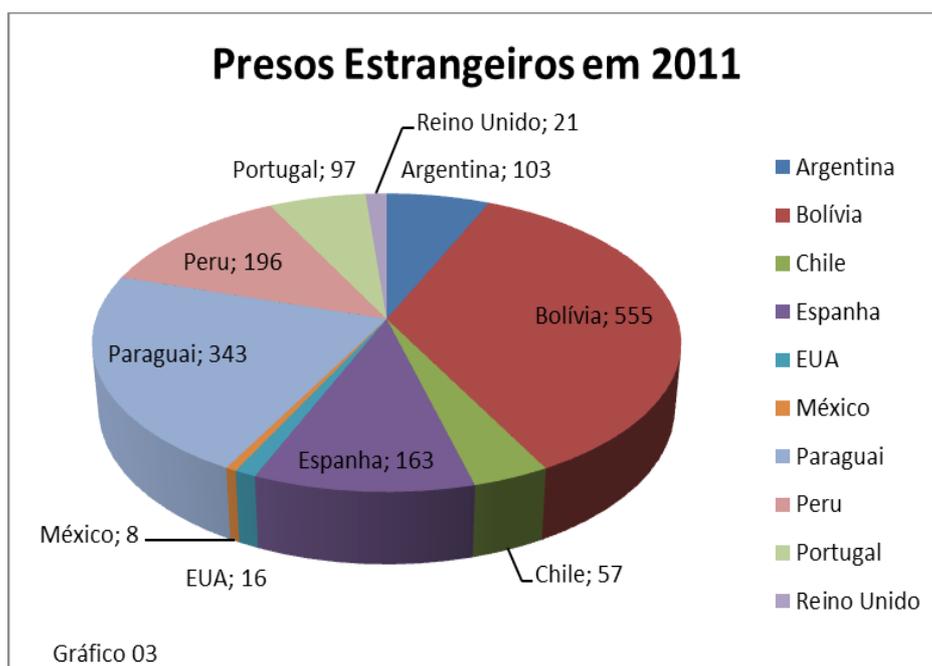
²⁶⁹ Só foram contabilizados os pedidos que foram autuados e tombados. Alguns pedidos anteriores ao ano de 2005 que já haviam sido arquivados quando da realização da tabela nela não constaram.



Nota-se que os estrangeiros que mais requereram a transferência para o seu país de origem, em 2011, são oriundos do Paraguai (46%), da Bolívia (18%), de Portugal (15%) e da Espanha (14%). Esses números não correspondem diretamente à quantidade de presos dessas nacionalidades nos estabelecimentos penais brasileiros. Com efeito, com base em dados fornecidos pelo Ministério da Justiça, considerando esses mesmos países e os demais que tiverem representação significativa no quadro geral de pedidos de transferência, observamos que, no ano de 2011, a Bolívia é o que mais tem presos de sua nacionalidade no Brasil, com 555 presos; seguida pelo Paraguai, com 343; pelo Peru, com 196; pela Espanha, com 164; e pela Argentina, com 103. Perceba-se que Portugal, o terceiro com o maior número de pedidos de transferência passiva no Brasil, aparece apenas, entre os países em questão, em 6º lugar.

O gráfico abaixo apresenta a quantidade de presos dos países com representação significativa no quadro de pedidos registrados de transferência passiva, com base nos dados constantes no *Infopen-estatística* do Ministério da Justiça²⁷⁰.

²⁷⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. **Sistema Integrado de Informações Penitenciárias-INFOPEN**. Disponível em; <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D> Acesso em 17 nov. 2012

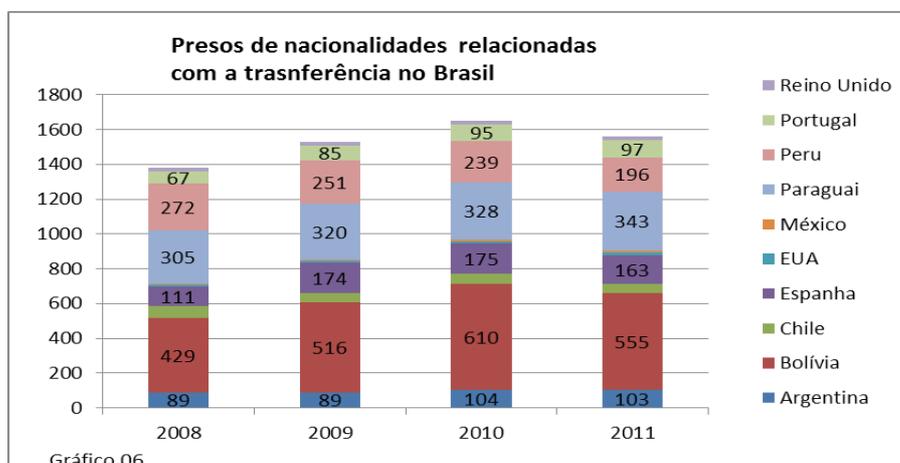


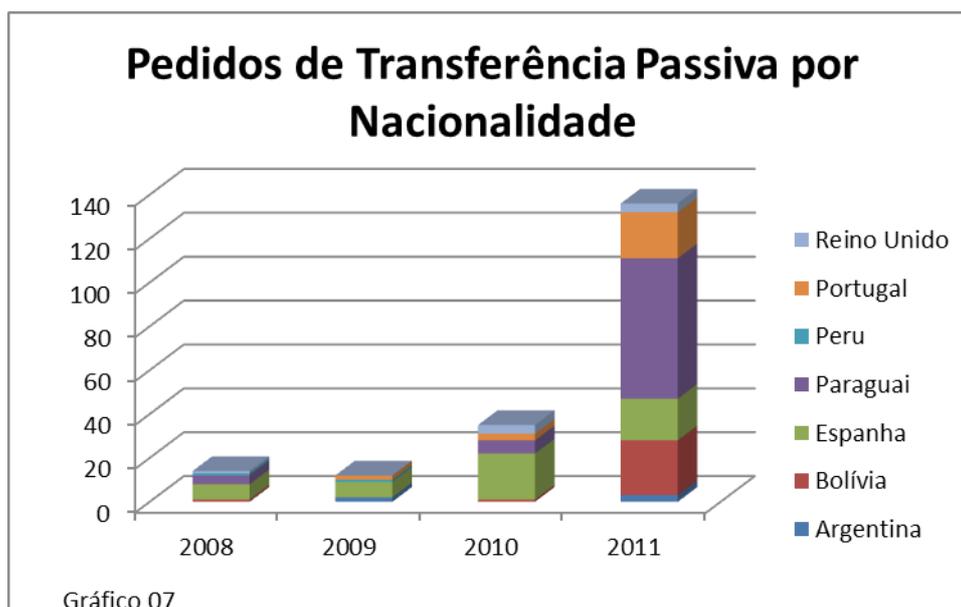
A comparação entre os gráficos da evolução do número de pedidos e o da quantidade total de presos estrangeiros no Brasil, entre os anos de 2006 e 2011, também demonstra a inexistência de relação entre esses fatores. Confira-se :





Percebe-se que, nesse período, a quantidade total de presos estrangeiros no Brasil foi sempre crescente, tendo havido uma pequena diminuição em 2011 em relação ao ano de 2010. Já a quantidade de pedidos de transferência oscilou pouco entre os anos de 2006 e 2009, tendo havido, por outro lado, um crescimento significativo entre 2010 e 2011. Esse crescimento, portanto, no número de pedidos de transferência não está relacionado com o aumento do número de presos estrangeiros, em geral, nem mesmo a um eventual aumento do número de presos de qualquer das nacionalidades especificamente examinadas acima. Essa última assertiva pode ser confirmada quando examinada a evolução do número de presos dessas nacionalidades no Brasil em cotejo com a quantidade de pedidos por nacionalidade no mesmo período, o que só se tornou possível a partir de 2008, quando o Ministério da Justiça iniciou o levantamento dos presos estrangeiros por nacionalidade. Confira-se:



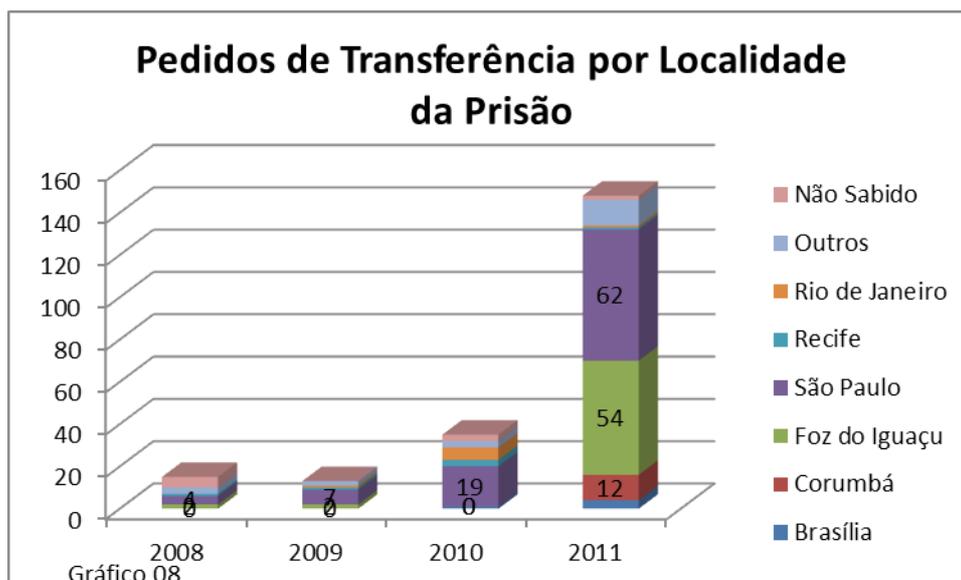


Verifica-se, por exemplo, em relação ao Paraguai, que o número de cidadãos de sua nacionalidade presos no Brasil, entre 2008 e 2011, foi sempre crescente (gráfico 06), não sendo possível afirmar o mesmo em relação ao quantitativo de pedidos de transferência desses estrangeiros (gráfico 07). Em 2008, foram registrados apenas 4 pedidos de presos paraguaios; em 2009, nenhum; em 2010, apenas 6; e em 2011, foram feitos 64 pedidos de transferência, tendo sido esse grupo de cidadãos um dos responsáveis pela abrupta elevação da taxa de pedidos em relação aos anos anteriores, juntamente com Bolívia e Portugal. A propósito, a Bolívia é também um exemplo claro da inexistência de relação entre a quantidade de presos estrangeiros no Brasil (e, por conseguinte, da demanda em potencial por transferência) e aqueles pedidos efetivamente registrados. Como se nota no Gráfico 06, o número de bolivianos presos no Brasil sempre foi elevado, sendo o maior entre os que aqui estão sendo analisados. Contudo, em 2008, foi registrado apenas 1 pedido de transferência; em 2009, nenhum; em 2010, também apenas 1; e, em 2011, foram realizados 25.

Diante da escassez de dados oficiais, não há como afirmar ou mesmo determinar quais os fatores que contribuíram diretamente para a elevação tão significativa de pedidos no ano de 2011, podendo esse fenômeno estar relacionado tanto a um maior processo de divulgação do instituto entre os operadores jurídicos e instituições que lidam diretamente com os presos estrangeiros, como simplesmente a um maior rigor na inserção dos registros na tabela produzida pelos servidores do Departamento de Estrangeiros.

O início do aumento do número de pedidos, contudo, coincide com a publicação, em 2010, pelo Ministério da Justiça, da segunda edição do manual sobre a transferência de pessoas condenadas aqui já citado. Além disso, foi instalada em fevereiro de 2011 mais uma vara federal em Foz do Iguaçu, região da tríplice fronteira (Brasil, Argentina e Paraguai), de reconhecida ocorrência de crimes transnacionais como o contrabando, o descaminho e o tráfico de drogas, o que justificaria também, em parte, o aumento de pedidos de transferência oriundos dessa localidade²⁷¹.

Se considerada a evolução dos pedidos a partir do local da prisão do estrangeiro que pretende a transferência, perceber-se-á que, além do aumento significativo dos pedidos oriundos do Estado de São Paulo, é singular o aumento da participação de pedidos feitos por presos em Corumbá, no Mato Grosso do Sul, e por presos em Foz do Iguaçu, no Paraná, o que poderia sugerir uma maior intervenção das instituições e dos operadores jurídicos locais em 2011. Confira-se:

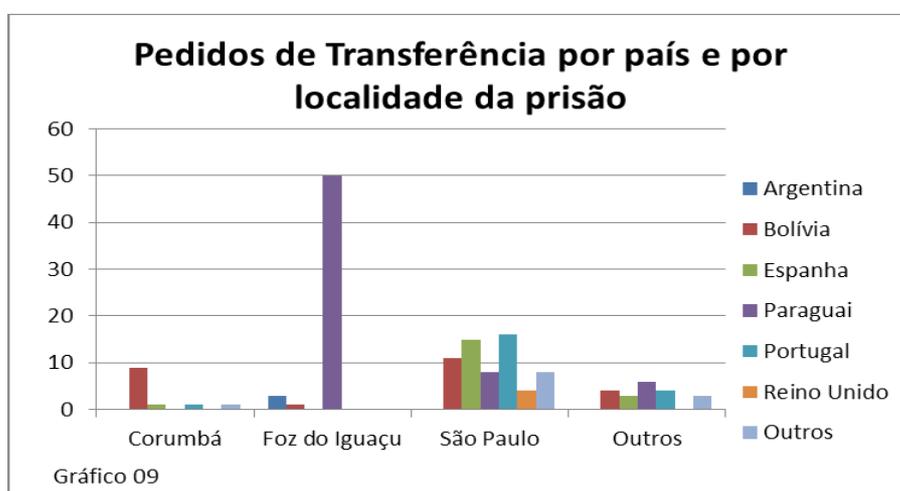


Observe-se que, em relação aos pedidos oriundos de presos em Foz do Iguaçu-PR, foram registrados tão-somente 2 pedidos de transferência em 2008 e em 2009; nenhum em

²⁷¹ De acordo com o site de notícias *JusBrasil*, na 1ª Vara Federal Criminal de Foz do Iguaçu tramitavam no início de 2011 cerca de 4.946 processos criminais, dos quais 3.082, haviam sido distribuídos em 2010. Do mesmo modo, na 2ª Vara Federal Criminal tramitavam 4.015 processos criminais, sendo que 3.012 foram distribuídos em 2010. Com a instalação da nova Vara Federal, a 2ª Vara Federal Criminal de Foz do Iguaçu passou a processar e julgar com exclusividade os crimes de contrabando e descaminho e violação de direito autoral e passou também a atuar como Juizado Especial Federal Criminal. A 1ª Vara Federal Criminal e a recém criada 3ª Vara Federal Criminal, por seu turno, passaram a ter competência para processar e julgar os crimes praticados por organizações criminosas, independente do caráter transnacional das infrações. Disponível em: <http://jf-pr.jusbrasil.com.br/noticias/2551781/trf4-e-jfpr-instalam-3-vara-federal-criminal-em-foz-do-iguacu>. Acesso em 31 out. 2012.

2010; e 54, em 2011. No que se refere a Corumbá-MS, não foram registrados quaisquer pedidos em 2008, 2009 e 2010, tendo-se observado, contudo, em 2011, o registro de 12 pedidos, ficando, desse modo, atrás apenas de São Paulo e Foz do Iguaçu como principais localidades de origem dos pedidos de transferência. Esses dados, como dito anteriormente, poderiam sugerir uma atuação destacada de agentes ou instituições locais na maior realização de pedidos de transferência.

Por outro lado, se cotejadas as informações referentes aos gráficos 07 e 08, perceber-se-á que há também a indicação de que esse fator sozinho não seria suficiente para explicar o crescimento no número de pedidos em 2011. O gráfico abaixo relaciona a nacionalidade com a localidade da prisão no ano de 2011.



Em relação aos pedidos feitos por paraguaios, embora tenham sido eles oriundos predominantemente de Foz do Iguaçu, houve também um aumento dos originados em São Paulo e em outras localidades. Do mesmo modo, verifica-se que os pedidos feitos por Bolivianos não aumentaram apenas em Corumbá, mas também em São Paulo e em outras localidades. É notável também o crescimento do número de pedidos feitos por portugueses a partir de prisões em São Paulo. Por outro lado, os pedidos feitos por espanhóis, como se pode observar do exame dos gráficos 07 e 09 permaneceu elevado e destacado ao longo dos anos de 2008 e 2011, de sorte que não se poderia mesmo atribuir a elevação do número de pedidos apenas a uma maior atuação dos agentes locais envolvidos na formulação de requerimentos em Corumbá e em Foz do Iguaçu.

Como visto na análise dos tratados que regulam a transferência internacional de pessoas condenadas, os pedidos podem ser formulados tanto por representantes do estado de

condenação como por representantes diplomáticos do país onde se cumprirá o restante da pena. O próprio cidadão apenado pode também formular um requerimento às autoridades do estado de condenação ou de cumprimento da pena que, então, poderão dar início ao pedido de transferência. Entretanto, diante dos obstáculos linguísticos e de acesso à informação sobre seus direitos, é natural que o contato entre o preso estrangeiro e as autoridades do país onde cumpre a pena seja limitada. Por essa razão, os Consulados podem desempenhar papel fundamental no processo de transferência.

Com efeito, o art. 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares²⁷² prescreve que a representação consular dos Estados estrangeiros têm o direito de ser imediatamente comunicada sobre a prisão de um cidadão de sua nacionalidade, devendo ainda ser-lhe assegurado o direito de visita-lo na prisão e de providenciar-lhe assistência jurídica. Assim, desde que cumprida essa disposição legal, teriam os Consulados condições de não só informar o preso de sua nacionalidade sobre a possibilidade de cumprir o restante da pena em seu país de origem como também a de encaminhar os pedidos por eles formulados para as autoridades competentes no Brasil.

Deve-se, pois, concluir que a elevação no número de pedidos de transferência passiva pode ter ocorrido por uma conjunção de fatores: maior rigor no registro dos pedidos pelos órgãos responsáveis, atuação de operadores jurídicos locais a partir de uma maior divulgação do instituto e atuação mais destacada de alguns órgãos consulares.

Contudo, para conferir efetividade ao instituto, não basta uma ampliação do número de pedidos. Como se demonstrará no tópico 4.4, muitos são os obstáculos a serem

²⁷² “Article 36 COMMUNICATION AND CONTACT WITH NATIONALS OF THE SENDING STATE. 1. With a view to facilitating the exercise of consular functions relating to nationals of the sending State : (a) consular officers shall be free to communicate with nationals of the sending State and to have access to them. Nationals of the sending State shall have the same freedom with respect to communication with and access to consular officers of the sending State ; (b) if he so requests, the competent authorities of the receiving State shall, without delay, inform the consular post of the sending State if, within its consular district, a national of that State is arrested or committed to prison or to custody pending trial or is detained in any other manner. Any communication addressed to the consular post by the person arrested, in prison, custody or detention shall also be forwarded by the said authorities without delay. The said authorities shall inform the person concerned without delay of his rights under this sub-paragraph; (c) consular officers shall have the right to visit a national of the sending State who is in prison, custody or detention, to converse and correspond with him and to arrange for his legal representation. They shall also have the right to visit any national of the sending State who is in prison, custody or detention in their district in pursuance of a judgment. Nevertheless, consular officers shall refrain from taking action on behalf of a national who is in prison, custody or detention if he expressly opposes such action”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Vienna convention on consular relations**. Disponível em: <http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20596/volume-596-I-8638-English.pdf>. Acesso em 10 nov. 2012.

superados para um maior desenvolvimento do instituto em questão no Brasil.

4.4.3. Números da transferência brasileiros presos no exterior para o Brasil.

A inefetividade dos pedidos de transferência também se observa quando examinados os dados sobre transferência ativa, isto é, de brasileiros condenados no exterior para cumprir pena no Brasil. De acordo com Artur de Brito G. Souza, até 2006, haviam sido registrados 50 pedidos de transferência ativa, sendo que apenas 16 foram concretizadas²⁷³. De janeiro de 2006 a março de 2012, foram efetivadas 58 transferências ativas. Dessas 58 transferências, 42 foram de brasileiros condenados em Portugal, o que representa mais de 70% do total; 12 foram de brasileiros condenados na Espanha; e o restante foi de brasileiros condenados no Reino Unido, no Paraguai, no México e nos Estados Unidos. O gráfico abaixo representa a distribuição do número de transferências ativas realizadas segundo o país da condenação.

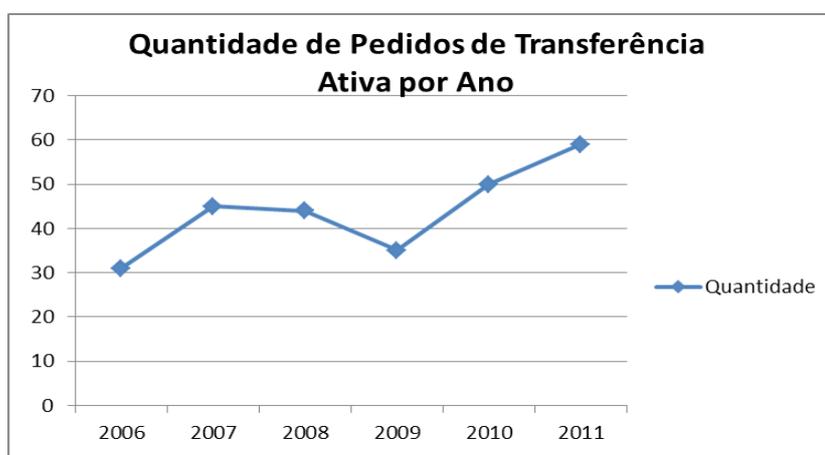


Nesse mesmo período foram realizados 282 pedidos de transferência, de modo que, considerando o número de transferências concretizadas, resultaria em um índice de cerca de 20,5%. O número de transferências ativas concretizadas no período em questão revela que os cidadãos brasileiros presos no exterior são mais beneficiados pelo instituto que os

²⁷³ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 260-261.

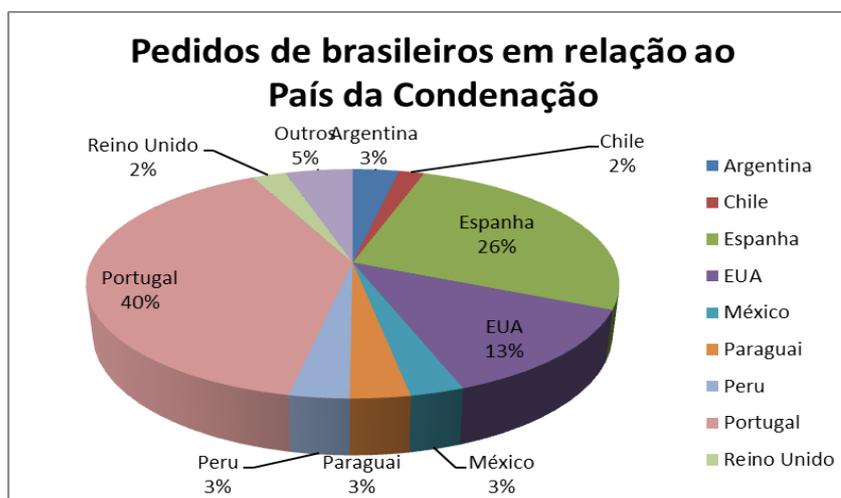
estrangeiros presos no Brasil. Com efeito, como visto, foram realizadas, no período de 2006 a 2012, um total de 58 transferências ativas; enquanto, no mesmo período, foram efetivadas apenas 21 transferências passivas. Essa informação deve servir, no mínimo, para uma melhor sistematização do instituto em nosso país, já que nas relações internacionais bilaterais mantidas em torno do tema os cidadãos brasileiros têm sido os mais beneficiados.

A evolução do número de pedidos de transferência ativa, no período 2006 a 2011, pode ser representada pelo gráfico a seguir:



Apesar da oscilação entre 2007 e 2009, percebe-se que há também uma tendência de aumento no número de pedidos de transferência ativa nos últimos anos, tendo sido superado em 2010 e em 2011 o patamar de 50 pedidos por ano.

A distribuição desses números pelo país no qual foi prolatada a sentença condenatória é apresentada a seguir:



Nota-se facilmente o predomínio de pedidos oriundos de brasileiros presos em Portugal (40%), na Espanha (26%) e nos Estados Unidos da América (13%). Se há poucos dados em relação aos presos estrangeiros no Brasil, as informações sobre os presos brasileiros no exterior são ainda menores. O último relatório sobre o perfil das comunidades brasileiras no exterior foi divulgado pelo Ministério das Relações Exteriores em 2000, há mais de uma década. Segundo esse relatório, citado por Artur Gueiros, haveria até então um total de 1.887.893 brasileiros vivendo no exterior, dos quais 1.246.153 estariam em situação regular, 640.370 em situação a ser regularizada e 1.372 seria o número de detentos²⁷⁴.

Em estudo sobre a transferência de pessoas condenadas, Ela Wiecko V. de Castilho mencionou um relatório consular elaborado em 2006 que lhe teria sido disponibilizado pelo Departamento das Comunidades Brasileiras no Exterior do Ministério das Relações Exteriores, segundo o qual o número de brasileiros no exterior seria de 2.971.872, dos quais 3.950 estariam presos²⁷⁵. A autora revelou ainda que a maior parte desses brasileiros presos está nos Estados Unidos (1.531), na Espanha (470), no Japão (412), em Portugal (239), no Paraguai (197), na Guiana Francesa (140), na Itália (103), na Argentina (96) e na Venezuela (90). Se estiverem certos esses dados, perceber-se-á que não há também uma relação direta entre a localidade onde potencialmente haveria mais brasileiros condenados e transferíveis com o número de pedidos ou mesmo com o número de transferências efetivamente realizadas²⁷⁶.

Além disso, se considerarmos que o Brasil não tem tratado com Japão, Guiana Francesa e Itália e que não admite sequer a transferência com base em pedido de reciprocidade, será possível concluir que, no mínimo, 655 brasileiros presos no exterior estão impedidos de cumprir o restante da sua pena no país.

Diante desses números, sobrelevam-se questionamentos quanto aos obstáculos que dificultam o aumento do número de transferências efetivadas e quanto às possíveis formas de superá-los. São esses os temas examinados no tópico seguinte.

²⁷⁴ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 260-261

²⁷⁵ CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Cooperação internacional na execução da pena: a transferência de presos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. N. 71, pp. 233-325, mar./abr. 2008, p. 238. Foi enviada correspondência eletrônica ao Ministério das Relações Exteriores solicitando o envio do relatório referido pela autora ou de outro mais recente. Contudo, até o término dessa dissertação não obtivemos resposta.

²⁷⁶ *Ibidem*.

4.5. Obstáculos ao desenvolvimento no Brasil do instituto da transferência internacional de pessoas condenadas.

Os dados examinados no tópico anterior revelam uma enorme distância entre o número de pessoas potencialmente interessadas na transferência do ou para o Brasil (presos estrangeiros no Brasil e brasileiros presos no exterior)²⁷⁷, o número de pedidos de transferência passiva e ativa registrados²⁷⁸ e o número de transferências efetivamente concretizadas²⁷⁹. Essa discrepância se deve a numerosos obstáculos identificados nos processos de transferência, que podem ser classificados como eminentemente jurídicos, de um lado, e essencialmente operacionais ou práticos, de outro. Examinaremos a seguir cada um desses grupos de obstáculos.

4.5.1. Obstáculos eminentemente jurídicos: o apego à soberania dos ordenamentos jurídicos nacionais.

Um dos principais desafios ao desenvolvimento no Brasil do instituto da transferência internacional de pessoas condenadas é o nacionalismo jurídico que ainda impera hodiernamente, especialmente em matéria penal, quando o tema envolve a produção de efeitos jurídicos em território nacional de atos editados em outro Estado soberano. Mesmo em um contexto de globalização das relações jurídicas, é persistente a idéia de que a execução das penas impostas às pessoas condenadas pela violação de normas jurídicas nacionais deve ocorrer no território nacional. A disseminação desse entendimento na formação dos juristas nacionais contribui para uma elevada desconfiança no instituto em exame.

Um dos argumentos para a manutenção dessa associação quase inquebrantável entre o exercício do direito de punir ou de condenação (*jus puniendi*) e o exercício do direito

²⁷⁷ Como visto, em 2011, havia cerca de 3.367 presos estrangeiros no Brasil, conforme dados do Ministério da Justiça. Além disso, de acordo com o informe do Ministério das Relações Exteriores mencionado por Ela Wiecko Castilho, só em 2006, havia cerca de 3.950 brasileiros presos no exterior.

²⁷⁸ Se somados os números de transferência ativa (327) e passiva (255) registrados no Departamento de Estrangeiros brasileiros, até março de 2012, teríamos um total de 582 pedidos sobre transferência autuados no Brasil.

²⁷⁹ Se considerados os dados apresentados por Artur Gueiros até 2005 e aqueles que apresentamos, com base na mesmo fonte (informações do Departamento de Estrangeiros) de janeiro de 2006 a março de 2012, teríamos um total de 66 transferências ativas e 41 transferências passivas, o que resultaria em 107 transferências concretizadas.

de executar a punição ou de execução (*jus punitiois*) é o de que assim se possibilita a satisfação de um dos fins da pena: o de prevenção geral. Desse modo, se admitida a possibilidade de o cidadão estrangeiro condenado cumprir o restante de sua pena no país do qual é nacional por meio da transferência, não se produziria no local do crime (*locus delicti commissi*) esse efeito inibidor geral.

Por outro lado, é possível afirmar também, em primeiro lugar, que a idéia de coação psicológica coletiva realizada por meio da pena pública não é plenamente afetada pela transferência, pois pode-se dizer que é a certeza da punição e não propriamente o local de sua execução que teria o efeito de coação sobre a sociedade. Ademais, na hipótese de transferência, a certeza da punição é isto sim reforçada, pois, com fundamento nos tratados sobre transferência, o cidadão continua submetido ao castigo imposto pelo Estado da condenação ainda que esteja distante do local do crime. Por meio da cooperação entre os Estados envolvidos, é possível que mesmo encontrando-se o cidadão estrangeiro apenado em liberdade condicional e nos limites do território de sua nacionalidade seja estendida a vigilância quanto ao cumprimento da pena imposta pelo Estado da condenação com o auxílio das autoridades competentes do Estado de execução da pena.

A publicidade quanto ao efetivo cumprimento da pena é garantida pelos meios de divulgação multimídia e pelo jornalismo internacional que permitem o acompanhamento instantâneo de fatos ocorridos em praticamente todos os locais do mundo. Assim, os casos de maior repercussão podem, na atualidade, ser amplamente acompanhados pelos meios já convencionais de divulgação de notícias, em especial pela internet. Os demais casos, isto é, aqueles que não provocam comoção social a ponto de demandar cobertura midiática continuam sendo sujeitos ao acompanhamento pelos meios oficiais, sendo certo que todos os Tratados assinados pelo Brasil preveem o direito de o Estado da condenação ser informado constantemente sobre o andamento da execução da pena, prevendo, inclusive, mecanismos facilitadores para a manutenção da comunicação entre os Estados envolvidos.

Por fim, como em todo acordo internacional, há nos tratados de transferência sempre a possibilidade de encerramento da cooperação nos casos em que se observem abusos por parte do outro Estado-parte. Assim, se constatado que os cidadãos apenados de um determinado país estão sendo reiteradamente beneficiados pela não execução da pena na forma como prevista no Tratado, é possível tanto a suspensão da concessão de transferências para cidadãos dessa nacionalidade até que se consiga por meios diplomáticos o compromisso

quanto ao respeito dos julgamentos soberanos como também, em última instância, a denúncia do Tratado, isto é, o encerramento de seus efeitos.

Sob o aspecto da soberania, questiona-se ainda se não seria ela afetada pela execução em território nacional de sentenças prolatadas por autoridades judiciárias estrangeiras sem que haja sequer a homologação por autoridade judiciária nacional. Nesse ponto, como já ressaltado no item 4.1 *supra*, é importante ter em mente que não há, na Constituição brasileira de 1988, qualquer vedação expressa quanto à produção de efeitos penais no território nacional de sentenças estrangeiras condenatórias.

Em comentário sobre o assunto, Antenor Madruga ressaltou a objeção que poderia ser suscitada quanto à constitucionalidade dos tratados sobre transferência que previam a possibilidade de execução de sentença penal estrangeira sem que esta fosse submetida ao procedimento da homologação, conforme estabelecido no art. 105, I, i, da Constituição²⁸⁰. Para ele, haveria duas possibilidades para admitir a constitucionalidade desses tratados: a primeira seria aceitar a premissa de que os requisitos e procedimentos para a execução de sentença penal estrangeira seriam matéria sujeita à regulação por lei ordinária; a outra seria defender que os tratados sobre transferência, ao versarem sobre direitos humanos, teriam natureza de norma constitucional²⁸¹.

Com efeito, em nosso ordenamento jurídico, a única restrição existente à homologação de sentenças penais estrangeiras é a do art. 9º do Código Penal, que limita a possibilidade dessa homologação à produção de efeitos civis e à aplicação de medida de segurança. Percebe-se que, até hoje, não se questionou a possibilidade de uma sentença penal estrangeira que impõe cerceamento do direito de liberdade produzir esses efeitos, se esta restrição de liberdade se referir à aplicação de medida de segurança. A limitação, portanto, tratava-se, até então, de opção política da legislação infraconstitucional editada em 1940 e mantida na reforma de 1984. Como não há na Constituição expressa previsão no sentido que os procedimentos e as normas processuais penais são matéria de lei complementar, presume-se que são temas passíveis de ser regulamentados por lei ordinária, que é a natureza hoje

²⁸⁰ MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. Transferência de condenados sem homologação. Revista **Consultor Jurídico**, 20 de julho de 2011, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jul-20/cooperacao-internacional-transferencia-condenado-homologacao>> Acesso em: 23 fev. 2012.

²⁸¹ Nesses comentários, o autor esclarece seu entendimento no sentido de que “os requisitos e procedimentos para atribuição de eficácia à sentença estrangeira são matéria de lei ordinária (não têm sede constitucional)”, de sorte que poderiam ser definidos por tratado comum, razão pela qual ele conclui não ter maiores problemas em aceitar a constitucionalidade de tratados de transferência de pessoas condenadas, mesmo quando não aprovados na forma do art. 5º, parágrafo 3º, da Constituição. *Ibidem*.

reconhecida ao Código Penal. Não haveria, pois, obstáculo para que os tratados internacionais dispusessem de forma contrária ao que previsto no referido Código Penal.

É, aliás, o que ocorre nos tratados internacionais sobre transferência de pessoas condenadas, que preveem a possibilidade de ser dispensada a homologação da sentença penal estrangeira, se assim preferir o Estado da execução. Se os tratados internacionais são incorporados ao ordenamento jurídico pátrio, no mínimo, com a mesma hierarquia de leis ordinária, não se aplica o previsto no art. 9º do Código Penal às hipóteses regulamentadas nos tratados internacionais sobre transferência. Além disso, o art. 105, I, i, da Constituição limita-se a estabelecer a competência de um dos órgãos do Poder Judiciário. Por meio desse preceito, não pretendeu o Poder Constituinte estabelecer limites, requisitos ou procedimentos para a cooperação jurídica internacional ou mesmo para a homologação de sentença penal estrangeira. Previu o Poder Constituinte simplesmente que, nos casos em que a lei (ordinária ou de nível equivalente) prescrever a necessidade de homologação de sentença, será o Superior Tribunal de Justiça o órgão do Poder Judiciário competente para o seu processamento e julgamento. Cabe, portanto, à legislação ordinária estabelecer as hipóteses em que a homologação de sentença penal estrangeira será necessária e, se for o caso, quais os efeitos poderão ser produzidos no território nacional.

Por conseguinte, não se pode afirmar que esses tratados são incompatíveis com o referido art. 105, I, i, da Constituição de 1988, pois não atribuem a órgão do Poder Judiciário diverso daquele previsto no texto constitucional a competência para a apreciação de homologação de sentença penal estrangeira, presumindo simplesmente a desnecessidade dessa homologação em casos específicos.

Cuida-se de hipótese semelhante ao que ocorre com os casos de auxílio direto previstos nos tratados bilaterais de cooperação jurídica internacional, os MLATs (Mutual Legal Assistance Treaties). Esses tratados preveem a possibilidade de realização de atos processuais diversos, como notificações, intimações, produção de provas etc., em outro país sem a necessidade de se recorrer à via diplomática. Dispensam, pois, o recurso ao procedimento das cartas rogatórias. A Constituição também prevê que compete ao Superior Tribunal de Justiça a concessão de *exequatur* nas cartas rogatórias. Contudo, já se assentou o entendimento de que, quando previsto o auxílio direto em tratados bilaterais, desnecessária será a intervenção desse Tribunal²⁸².

²⁸² Nesse sentido, Maria Rosa Guimarães Loula esclarece que: “No Brasil, além dessas facilidades, o auxílio

Nesse sentido, desde setembro de 2009, Ministros do Superior Tribunal de Justiça têm, em reiteradas decisões monocráticas, decretado a extinção de processos, sem resolução do mérito, por meio dos quais se pretendia a homologação das sentenças estrangeiras condenatórias de brasileiros que cumpriam pena no exterior e que, em função de tratados de transferência, haviam sido transferidos para cumprir aqui o restante da condenação. De acordo com pesquisa realizada no *site* do próprio Superior Tribunal de Justiça, com os termos “transferência”, “internacional” e “condenada”²⁸³, o primeiro processo sobre esse assunto foi instaurado em abril de 2008, e autuado como homologação de sentença estrangeira, registrado sob o número SE nº 3.521-PT. Tratava-se de pedido formulado por brasileiro que fora condenado em Portugal a uma pena de 12 (doze) anos e 6 (seis) meses de reclusão pela prática do crime de homicídio simples, que pretendia a homologação da decisão proferida, em 26 de outubro de 2006, em definitivo, pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal. Esse cidadão fora transferido para o Brasil, com base no Tratado entre Brasil e Portugal para transferência de pessoas condenadas, para aqui cumprir o restante de sua pena e pretendia a homologação pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro da decisão judicial portuguesa que estava sendo aqui executada. Foi colhida a manifestação do Ministério Público Federal, que opinou pelo arquivamento do pedido, por entender desnecessária a homologação. O Ministro Cezar Asfor Rocha, relator do processo, por meio de decisão monocrática, acolheu a manifestação do Ministério Público e extinguiu o processo, asseverando que:

A teor do disposto nos arts. 105, I, letra i, da Constituição Federal, e 483, caput, do CPC, c/c o art. 4º, caput, da Resolução n. 9/2005, do Superior Tribunal de Justiça, as sentenças proferidas por tribunais estrangeiros somente terão eficácia no Brasil após homologadas pelo Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, havendo procedimento específico previsto em tratado ou convenção internacional, o processo homologatório torna-se dispensável.

No caso dos autos, com efeito, o requerente, em razão do mencionado Tratado de Transferência de Pessoas Condenadas, encontra-se cumprindo a pena no Brasil desde 13/12/2007 (fl. 227).

Ademais, conforme enfatizado pelo Ministério Público Federal em seu parecer, a homologação da sentença condenatória não constitui requisito para a concessão de benefícios legais. De fato, nos termos do art. 9º, n. 3, do citado Tratado, “na execução da pena, observam-se a legislação e os procedimentos do Estado para o qual a pessoa tenha sido transferida”.

direto não se submete à apreciação do STJ, já que não há que se falar em delibação nesse instrumento de cooperação jurídica internacional” LOULA, Maria Rosa Guimarães. **Auxílio direto:** novo instrumento de cooperação jurídica internacional civil. Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 109.

²⁸³ Utilizamos também para a pesquisa a combinação com os termos “transferência”, “internacional” e “presos”. Contudo, com essas expressões, houve o retorno de apenas um registro referente ao instituto da transferência internacional de pessoas condenadas. Os demais relacionavam-se com a transferência interna de presos condenados por tráfico internacional de drogas de presídios estaduais para presídios federais.

Ante o exposto, julgo extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC²⁸⁴.

Esse pedido de homologação de sentença estrangeira, de acordo com o relatório da decisão, foi formulado pelo advogado do cidadão brasileiro, que já cumpria pena no Brasil. Mas não são apenas os advogados que, certamente ainda presos à noção clássica de soberania nacional, duvidavam da possibilidade de cumprimento de sentença penal condenatória estrangeira sem a necessidade de homologação judicial. Nem todos os juízes da execução penal no Brasil estão convencidos, até hoje, sobre essa desnecessidade.

Com efeito, ainda em 2008 foi instaurado, no Superior Tribunal de Justiça, outro processo semelhante, dessa vez por meio de provocação do Juiz da Vara de Execuções Criminais de Guarulhos-SP, que encaminhou cópia de autos de processo de execução de sentença condenatória prolatada pela 2º Vara Criminal de Lisboa, Portugal, em desfavor de cidadão brasileiro que também foi transferido daquele país para este com base no tratado de transferência entre Brasil e Portugal. A homologação de sentença estrangeira também foi rejeitada e arquivada sob o mesmo fundamento²⁸⁵. Decisões como essas se repetiram nos anos seguintes, demonstrando tanto a consolidação do entendimento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, inclusive, porque proferidas por outros Ministros, como também, por outro lado, a persistência entre alguns Juízes de Varas de Execuções Penais no Brasil do entendimento de que a homologação da sentença estrangeira seria essencial em nosso país, sob pena de violação da soberania nacional²⁸⁶.

²⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira nº 3.521-PT. Requerente: Osmar Neco da Silva Neto. Relator: Ministro Cezar Asfor Rocha. **Diário da Justiça Eletrônico**, 09 set. 2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/decisao.asp?registro=200800730425&dt_publicacao=9/9/2009. Acesso em 13 nov. 2012.

²⁸⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira nº 4.141-PT. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: Gilberto Faria Junior. Relator: Ministro Cezar Asfor Rocha. **Diário da Justiça Eletrônico**, 10 set. 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?numreg=200802651005>. Acesso em 13 nov. 2012.

²⁸⁶ Na SE nº 5.237-US, um cidadão brasileiro condenado nos Estados Unidos formulou o pedido de homologação de sentença estrangeira porque o Juiz da Vara de Execuções Penais da comarca onde se encontrava preso acolheu o posicionamento do Ministério Público Estadual no sentido de que não seria possível lhe reconhecer os benefícios da execução penal enquanto a sentença norteamericana não fosse homologada pelo Superior Tribunal de Justiça. O Ministro Cezar Asfor Rocha, em decisão publicada em 14 de junho de 2010, manteve o entendimento anterior, julgando extinto o processo, sem resolução de mérito, por entender desnecessária a homologação, no caso, com base na Convenção Interamericana sobre o cumprimento de penas no exterior, da qual Brasil e EUA são signatários. Cf.: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira nº 5.327-US. Requerente: Jacintho Neves. Requerido: Justiça Pública. Relator: Ministro Cezar Asfor Rocha. **Diário da Justiça Eletrônico**, 14 jun. 2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?numreg=200902426080> Acesso em 13 nov. 2012. No julgamento da SE nº 5.269-PT, o entendimento em questão foi ratificado, desta feita, pelo Ministro Ari

Superada essa questão jurídico-constitucional, resta examinar se, do ponto de vista político, se poderia falar em violação da soberania nacional. Nesse ponto, é importante ter em mente que os tratados sobre transferência, como todos os demais acordos internacionais, além de serem assinados pelo Presidente da República, representando no ato toda a federação brasileira, são ratificados pelo Poder Legislativo por meio de Decreto e, nos casos concretos, as transferências só ocorrem se houver a anuência do Estado brasileiro. Portanto, a transferência de pessoas condenadas só se torna possível, porque há a manifestação, em abstrato, por representantes eleitos do povo (a do Chefe do Poder Executivo na assinatura do tratado e a do Legislativo na edição do Decreto) da vontade em realiza-la e, em concreto, pela anuência do Poder Executivo com o ato de efetivar a transferência. Cuida-se, pois, de exercício do poder soberano por representantes legítimos do povo. A soberania nacional permanece preservada, destarte, tanto nos casos de transferência passiva de pessoas condenadas como na ativa, seja ela examinada sob a ótica jurídica ou mesmo sob uma perspectiva política²⁸⁷.

Além dos questionamentos quanto à soberania nacional, David S. Finkelstein, tendo em mente o ordenamento jurídico norte-americano, suscita questionamentos de índole constitucional que merecem ser examinados também sob o prisma do ordenamento jurídico brasileiro²⁸⁸. A primeira dessas possíveis violações a garantias constitucionais consiste na

Pagendler, então Presidente da Corte. Nesse caso, o processo foi instaurado a partir de provocação do Juiz da 2ª Vara de Execuções Penais da Comarca de Viana-ES, que enviou cópia de sentença condenatória prolatada pelo Tribunal de Comarca e de Família e Menores de Almada, de Portugal, para homologação pelo STJ. O processo foi extinto pelas razões já mencionadas. Cf.: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira nº 5.269-PT. Requerente: Juízo de Direito da 2ª Vara de Execuções Penais da Comarca de Viana-ES. Relator: Ministro Ari Pagnedler. **Diário da Justiça Eletrônico**, 15 fev. 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?numreg=200902494427> Acesso em 13 nov. 2012. Por fim, demonstrando que a questão, embora assente no STJ, não está resolvida entre os Juizes da Execução Penal brasileiros, foi publicada recentemente mais uma decisão sobre a matéria. De fato, no julgamento da SE nº 9.067-GB, o agora Ministro Presidente Felix Fischer corroborou o entendimento dos Presidentes anteriores sobre a desnecessidade da homologação de sentença nas hipóteses em que há tratado internacional sobre transferência de pessoas condenadas. Tratava-se de pedido de homologação de sentença prolatada pelo Tribunal da Coroa de Birmingham, Inglaterra, que condenou a brasileira Marillya Gabryela Fraga Passos a 20 (vinte) anos de prisão pelo crime de tentativa de homicídio. O pedido foi formulado pelo Juiz da Vara de Execuções Penais de Belo Horizonte-MG. Assim como nos demais casos, o processo foi julgado extinto, sem resolução de mérito. Cf.: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira nº 9.067-GB. Requerente: Juízo da Vara de Execuções Penais de Belo Horizonte-MG. Requerida: Marillya Gabryela Fraga Passos. Relator: Ministro Felix Fischer. **Diário da Justiça Eletrônico**, 13 nov. 2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/justica/detalhe.asp?numreg=201202165951> Acesso em 13 nov. 2012.

²⁸⁷ Para uma exame mais aprofundado sobre os reflexos da cooperação jurídica internacional na soberania nacional remetemos o leitor para o item 2.1 *supra*.

²⁸⁸ FINKELSTEIN, David S. “Ever been in a [foreign] prison?”: the implementation of transfer of penal sanctions treaties by US. States, **Fordham Law Review**, vol. 66, issue 1, Article 4, 1997, p. 125-163. Disponível em: <http://ir.lawsnet.fordham.edu/flr/vol66/iss1/4>. Acesso em: 31 out. 2012.

possibilidade de, a partir da transferência ativa de nacionais condenados no exterior, serem executadas em território nacional sentenças condenatórias oriundas de processos em que não foram respeitados os princípios decorrentes do devido processo legal. Além de requerimentos baseados nesses argumentos, há registros também, após a concretização da transferência ativa, de pedidos para declaração da invalidade do consentimento anteriormente manifestado com vistas a evitar o prosseguimento da execução da pena. Afirma-se que a manifestação de vontade não foi absolutamente livre e consciente porque o cidadão preso no exterior encontrava-se coagido pelas circunstâncias do encarceramento (às vezes, em condições subumanas), longe da família etc. Esses questionamentos à legalidade das transferências também se constituiriam, desse modo, em obstáculos jurídicos a sua concretização.

No que toca ao primeiro questionamento, citando um precedente judicial (*Neely vs. Henkel*), David S. Finkelstein argumentou que as cortes norte-americanas não têm acolhido os pedidos de anulação desses processos ou mesmo de reconhecimento de qualquer violação à Constituição dos EUA por entender, primeiramente, que os americanos que cometeram crimes em outro país devem se sujeitar às normas, materiais e processuais, do ordenamento jurídico desse país. Além disso, a Constituição norte-americana não se aplicaria para crimes cometidos fora da jurisdição dos EUA²⁸⁹.

Do mesmo modo, no que se refere ao segundo questionamento, não tem ele encontrado melhor sorte na jurisprudência norte-americana. Nesse ponto, assevera-se que as condições do cárcere e o desejo de cumprir a parte restante da pena mais próximo da família são elementos que necessariamente devem ser ponderados no momento de proferir o consentimento, sendo que consistem, na verdade, em alguns dos fundamentos que deram ensejo à celebração de tratados sobre a matéria. Não poderiam, pois, constituir hipótese de maculação da livre e consciente manifestação de vontade que, necessariamente, é baseada no exame de custos e benefícios²⁹⁰.

²⁸⁹ A jurisprudência norte-americana adotou nesse caso a teoria do *non-inquiry* integral, por meio da qual não caberia ao Poder Judiciário do Estado requerido aplicar garantias previstas na sua Constituição a processos que tramitariam de acordo com o ordenamento jurídico do Estado requerente. Essa intervenção do Poder Judiciário implicaria ainda violação ao princípio da separação de poderes, já que o tratado no qual se fundamentava o pedido de cooperação fora assinado pelo Poder Executivo na sua função de representação do Estado nas relações internacionais e de definição da política externa. Como esclarece Denise Abade, “buscava-se favorecer a implementação da cooperação, que era percebida como favorável aos interesses da justiça e das relações internacionais”. Cf.: ABADE, Denise Neves. **Direitos fundamentais na cooperação jurídica internacional: extradição, assistência jurídica, homologação de sentença jurídica estrangeira e transferência de presos**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 86-87.

²⁹⁰FINKELSTEIN, David S. **Op. cit.** p. 131

Os argumentos apresentados podem ser utilizados também para a orientação de casos no Brasil. Com efeito, em respeito ao princípio do reconhecimento mútuo, que deve nortear as relações internacionais em especial no âmbito da cooperação jurídica internacional, é necessário admitir a soberania dos processos e julgamentos conduzidos e produzidos no Estado da condenação superando eventuais diferenças processuais que não provoquem manifesto prejuízo à defesa. Por outro lado, hipóteses de violações intoleráveis à ordem pública nacional (v.g. uso de tortura para obtenção da confissão) devem ser examinadas em cada caso concreto, o que de resto ocorre e se admite em todos os demais mecanismos de cooperação jurídica internacional.

Além disso, a menos que se comprove a obtenção do consentimento também por meios não admitidos no Direito Internacional, não pode ele ser anulado com base apenas em alegados vícios de vontade por “coação das circunstâncias”. Como dito, as circunstâncias do cumprimento da pena no exterior são justamente o fundamento para a existência do instituto da transferência internacional de pessoas condenadas e devem ser ponderadas por aqueles que desejam se valer desse mecanismo de cooperação jurídica internacional. Ademais, todos os tratados sobre a matéria assinados pelo Brasil preveem a possibilidade de qualquer dos Estados envolvidos averiguar se o consentimento do interessado foi produzido de forma livre e consciente, o que, se efetivado com frequência, reduz as possibilidades de o Estado da condenação lançar mão de mecanismos ilícitos para obtenção dessa vontade. Por fim, a conduta ilícita de autoridades de um Estado soberano não pode ser simplesmente presumida, devendo também ser examinada individualmente.

4.5.2. Obstáculos eminentemente práticos: entraves procedimentais e as desvantagens práticas para o apenado.

Além das objeções jurídico-constitucionais apresentadas contra o instituto da transferência internacional de pessoas condenadas, há obstáculos essencialmente práticos que também dificultam o seu desenvolvimento. Esses obstáculos práticos se constituem tanto em entraves inerentes ao próprio procedimento hoje adotado no Brasil para a transferência como também em desvantagens práticas vislumbradas para o apenado com a transferência que o desestimulam a conferir o consentimento necessário à consecução da cooperação.

No que tange ao procedimento da transferência no Brasil, o primeiro obstáculo procedimental que se identifica a partir da leitura dos tratados assinados pelo país está na exigência da via diplomática para a transmissão de documentos. Enquanto nos mecanismos mais modernos de cooperação jurídica internacional, como visto, caminha-se para a transmissão direta de informações e documentos, entre as Autoridades Centrais, inclusive por meios informáticos, nos tratados de transferência internacional, os pedidos, o consentimento do apenado e as decisões sobre a anuência são ainda transmitidos por via diplomática, sendo exigida, na maioria dos casos, a tradução de todos os documentos na língua do país a que se destinam. Tanto o recurso à via diplomática quanto a exigência de tradução, especialmente em um país com carência de tradutores profissionais juramentados, são entraves que conferem maior lentidão ao procedimento da transferência.

Na consulta realizada no Departamento de Estrangeiros, identificou-se ainda que a inexistência de um sistema integrado e único de informações carcerárias também constitui-se em entrave ao procedimento da transferência. Isso porque, como os pedidos de transferência precisam ser instruídos com a certidão de tempo de pena já cumprido e a cumprir, bem como com informações sobre o comportamento carcerário do indivíduo, inclusive para fins de remissão, na ausência de um sistema integrado de informação carcerária, a Autoridade Central que se responsabiliza pela instrução do pedido recorre à comunicação por ofícios com os Juízes das Varas de Execução Penal da Comarca em que se encontra recolhido o apenado estrangeiro para conseguir essas informações. A demora na obtenção dessas respostas costuma também contribuir para uma maior lentidão do procedimento de transferência no Brasil.

Na transferência ativa, além das mesmas dificuldades na troca de informações e na comunicação com o Estado da condenação, ocasionadas pela necessidade de recurso à via diplomática e de tradução oficial dos documentos remetidos, identifica-se também a dificuldade na obtenção de vaga para o brasileiro condenado no exterior no sistema carcerário nacional²⁹¹. Como a efetivação da transferência fica condicionada, na prática, à aceitação pelo

²⁹¹ A superlotação no sistema carcerário é uma realidade conhecida. Dados consolidados apresentados pelo Ministério da Justiça relativamente ano de 2011 revelam que, nesse período, a população carcerária no Brasil era de 514.582 presos, incluindo homens e mulheres, tanto presos provisórios como definitivos. Por outro lado, a capacidade do sistema carcerário em geral, considerando todos os estabelecimentos penais nacionais, é de 306.497 vagas. Havia, pois, em 2011, um déficit de 208.085 vagas no sistema carcerário brasileiro. Cf.: BRASIL. Ministério da Justiça. **Sistema Integrado de Informações Penitenciárias-INFOPEN**. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72->

Juiz da Vara de Execução da Comarca para onde deseja ser transferido o brasileiro condenado no exterior, enquanto não encontrada ou disponibilizada a vaga, o processo de transferência permanece suspenso.

Além disso, nem sempre a transferência internacional apresentará apenas vantagens para a pessoa condenada. Primeiramente, há casos em que a pessoa condenada teve sua pena reduzida pela colaboração com a investigação criminal, especialmente, em razão da delação de outras pessoas envolvidas na empreitada criminosa. É possível, por exemplo, que um cidadão estrangeiro, contratado para realizar o transporte de substância entorpecente do Brasil para algum país da Europa, seja aqui detido e tenha optado por delatar os seus aliciadores ou demais pessoas envolvidas no tráfico de drogas. Pode essa pessoa ter o receio de que a sua transferência antecipada para o país em que foi aliciada e no qual se encontra o grupo criminoso que ela delatou ofereça ainda mais riscos a sua integridade física. Nos tratados sobre transferência assinados pelo Brasil não há dispositivos que confirmem segurança ao cidadão transferido delator, o que pode constituir empecilho prático à transferência.

Como os sistemas de registros de antecedentes criminais dos países com os quais o Brasil mantém tratado bilateral não estão integrados ao nosso, há, outrossim, entre alguns cidadãos estrangeiros a idéia de que, se não forem transferidos, haveria a chance de permanecerem primários em seu país de origem quando da ocorrência da expulsão, momento em que já estariam em gozo de liberdade. Imaginam essas pessoas que, quando de sua transferência, haverá necessariamente o registro no sistema carcerário e, desse modo, todos prejuízos jurídicos e sociais com o estigma da condenação criminal se refletirão também no território de sua nacionalidade.

A ausência de informações claras sobre a forma como será cumprida a pena no Estado de execução também provoca receios nos estrangeiros condenados de perderem os benefícios carcerários já conquistados, como dias de trabalho para remissão da pena e tempo de pena para fins de progressão de regime carcerário. Como visto, a execução da pena é regida pelo ordenamento do Estado de execução, permanecendo com o Estado da condenação apenas o direito de conceder anistia, graça ou indulto. Há casos, pois, em que a transferência será efetivamente desvantajosa para o cidadão condenado ou porque o regime de execução da pena do país de origem é mais rigoroso (por exemplo, quanto às saídas temporárias ou a

[4347-BE11-A26F70F4CB26%7D](#) Acesso em 17 nov. 2012. Sobre o assunto, confira-se também: NUNES, Adeildo. **A realidade das prisões brasileiras**. Recife: Nossa Livraria, 2005.

outros benefícios da execução) ou porque as condições dos estabelecimentos penais são de tal modo piores que as do Estado de condenação que não compensam a transferência para cumprir a pena em local mais próximo da família.

É importante registrar que esses obstáculos não são encontrados apenas na forma como o Brasil regulamenta e aplica o instituto da transferência. Como se observa de levantamento elaborado pelo CEP- *The European Organisation for Probation*, uma organização não governamental que visa auxiliar a inclusão social de pessoas condenadas na Europa, esses obstáculos também são verificados entre os países do continente europeu²⁹². De acordo com esse levantamento, as dificuldades encontradas no processo de transferência na Europa, de um modo geral, seriam, entre outras: a lentidão do processo, que duraria cerca de um ano entre a submissão do pedido e a eventual transferência; a carência de informações claras sobre os sistemas jurídicos dos países envolvidos, especialmente no que se refere aos benefícios da execução da pena; a interpretação estrita formulada por alguns países no que tange ao conceito de nacionalidade para fins de transferência; a cobrança de multas e de penas pecuniárias elevadas como condição para a transferência.

Além disso, o CEP apontou ainda as seguintes desvantagens relatadas pelos presos estrangeiros: regime de execução mais rigoroso no país de origem; tratamento mais rigoroso ao preso transferido por ser ele considerado no país de origem como se fosse preso de maior periculosidade por estar envolvido em crime transnacional; erros na contagem do tempo de pena a cumprir; e cobrança dos custos havidos com viagem internacional em decorrência da transferência, o que não ocorreria se fosse aguardada a expulsão²⁹³.

Uma parte considerável desses obstáculos poderia ser superada se considerada verdadeiramente as razões humanitárias que fundamentaram o surgimento do instituto da transferência e se adotado o princípio da dignidade humana como norte hermenêutico para a sua regulação e aplicação. É o que se pretende demonstrar no capítulo seguinte.

²⁹² CEP-The European Organisation For Probation. **Prison transfer**. Disponível em: <http://www.cepprobation.org/page/84#advantages>. Acesso em 03dez. 2012.

²⁹³ *Idem*.

5. A TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL DE PESSOAS CONDENADAS COMO DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA: SUPERANDO OBSTÁCULOS POR MEIO DA HERMENEUTICA JURÍDICA.

5.1. A necessária densificação do princípio da dignidade humana

Como visto nos capítulos terceiro e quarto desta dissertação, a ressocialização, a reabilitação ou a reintegração social do estrangeiro apenado têm sido apontadas como principal justificativa para a celebração de tratados internacionais sobre a matéria. Além dessa motivação, os preâmbulos mencionam ainda o interesse comum dos Estados no desenvolvimento da cooperação jurídica internacional em matéria penal como outra razão para a assinatura desses acordos internacionais. Vimos, por outro lado, que poucos tratados internacionais, de que é exemplo o pactuado pelo Brasil com Portugal, destacam expressamente entre as razões para sua promulgação a necessidade também de “ser garantido o pleno respeito pelos direitos do homem decorrentes das normas e princípios universalmente reconhecidos”²⁹⁴.

Embora a omissão desta última justificativa na maior parte dos tratados possa revelar uma subvalorização do aspecto humanitário do instituto e uma sobrevalorização dos seus aspectos pragmáticos e instrumentais, a previsão dela também no tratado modelo da ONU permite, do ponto de vista teórico, considerar hipoteticamente a dignidade humana como um fundamento válido para a transferência internacional de pessoas condenadas e testar as consequências hermenêuticas dessa hipótese de fundamentação para a solução de situações jurídicas concretas envolvendo o tema da transferência internacional de pessoas condenadas. Esse é o objetivo do presente capítulo.

Entretanto, para afirmar que um determinado instituto jurídico decorre do princípio da dignidade humana, é antes necessário esclarecer o que se entende por dignidade da pessoa humana, pois a vagueza e a ambiguidade dos termos empregados para a definição desse princípio contribuem para ampliar em demasia o sentido que se pode atribuir à expressão. Para evitar que essa amplitude de significados possa tornar a dignidade da pessoa

²⁹⁴ Vide os *consideranda* do Tratado entre a República Federativa do Brasil e a República Portuguesa sobre a Transferência de Pessoas Condenadas.

humana um discurso vazio, carente de utilidade hermenêutica, é que pretendemos atribuir-lhe alguma densidade. Nesse processo de densificação, não olvidamos a dificuldade (ou até mesmo a impossibilidade) inerente a todo ato comunicacional de atribuir um único significado válido (ou tido como o único correto) a uma expressão como a que é objeto de nossa análise. O abismo gnosiológico e o abismo axiológico nos impedem de pretender descortinar qualquer suposta verdade por trás desse conceito²⁹⁵. A relativização da capacidade de definição de termos polissêmicos, contudo, não pode conduzir o intérprete a um estado de letargia e de pura perplexidade diante da complexidade da linguagem. Entendemos que se trata de um conceito histórico, sujeito, por essa razão, entre outras, a contingências de tempo e lugar. A reconstrução da trajetória desse conceito e a tentativa de identificar o papel que uma determinada comunidade de intérpretes atribui a ele permite, a nosso ver, sugerir aproximações sobre uma das possíveis noções acerca da dignidade da pessoa humana e sobre as suas possíveis consequências jurídico-dogmáticas. É a partir dessa aproximação que estudaremos as consequências jurídicas da afirmação de que o instituto em exame decorre do princípio da dignidade humana.

Para tanto, em primeiro lugar, é válido recorrer ao momento histórico em que o princípio da dignidade da pessoa humana foi positivado como um direito (ou valor) com pretensões de universalidade. Nesse sentido, Flávia Piovesan ressalta que a concepção contemporânea de direitos humanos, fundada na dignidade da pessoa humana e na universalidade e indivisibilidade de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, é uma construção recente na história da humanidade e seria uma resposta ao que ela chamou de “legado do nazismo” e da “era Hitler”²⁹⁶. Com efeito, a Declaração Universal dos Direitos

²⁹⁵ Adotamos aqui as definições articuladas por João Maurício Adeodato sobre o abismo gnosiológico e o abismo axiológico. Para ele, o abismo gnosiológico poderia ser compreendido a partir de três incompatibilidades recíprocas que são problematizadas pela teoria do conhecimento entre o evento real, a idéia e a expressão linguística ou simbólica. O evento real seria um acontecimento único e irrepitível e independente do sujeito cognoscente. Do mesmo modo, a experiência real, isto é, a compreensão que cada indivíduo tem sobre o ambiente real e sobre objetos não-reais (matemáticos, por exemplo) também seria única e irrepitível e não se confundiria com o evento real. A idéia, por seu turno, seria o resultado da experiência real, ou seja, a generalização que é feita pelo indivíduo sobre os objetos reais e não-reais. Por idéia, nas palavras do autor, “entende-se o estímulo que se completa no sujeito no ambiente de seu defrontar-se com os eventos, pois o ser humano é experiência”. A expressão simbólica seria a comunicação da idéia. Esse ato comunicacional reintroduziria a idéia no mundo real e seria ele mesmo também um evento real, reiniciando-se no destinatário da comunicação o processo de conhecimento do mundo. No campo do Direito, o intérprete enfrentaria ainda um quarto elemento complicador: o abismo axiológico. Esse quarto elemento, segundo Adeodato, seria trazido pelos intérpretes “pela valoração que os envolve, as perspectivas emocionais diferentes e quase sempre antagônicas que as pessoas têm sobre o mundo”. Cf.: ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 285-298.

²⁹⁶ Para a autora, o legado do nazismo foi “condicionar a titularidade de direito, ou seja, a condição de sujeito

Humanos, de 1948, assinada logo após o fim da Segunda Guerra Mundial, seria o primeiro documento de índole internacional a prever em dispositivo específico a dignidade como um atributo incondicionado de todo ser humano²⁹⁷.

É possível associar a previsão ou a positivação da dignidade da pessoa humana na Declaração Universal a uma espécie de cláusula de barreira ao totalitarismo, à repressão estatal, à opressão de um grupo dominante da sociedade em detrimento de alguns indivíduos²⁹⁸. A esse respeito, Maria Celina Bodin de Moraes lembra que, antes mesmo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, a Constituição italiana proclamou, pouco depois da queda do regime totalitário fascista, que: “todos os cidadãos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei”²⁹⁹. Igualmente, na Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn, de maio de 1949, previu em seu art. 1.1 que: “A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protege-la é obrigação de todos os poderes estatais”³⁰⁰. Alguns anos depois, em

de direitos, à pertinência a determinada raça – a raça pura ariana”. Além disso, a “era Hitler”, ainda de acordo com suas palavras, “foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, que resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de 11 milhões, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais, ciganos...”. Cf. PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. **Revista do Advogado**. São Paulo, Ano XXIII, nº 70, ju. 2003, p. 35. A idéia de dignidade estava presente na Antiguidade, mas era, nessa época, associada ao *status* pessoal de alguns indivíduos ou à proeminência de determinadas funções institucionais. Essa idéia, contudo, pressupunha uma sociedade hierarquizada e não estava ela relacionada a um atributo inerente a todo ser humano. Para Luis Roberto Barroso, o desenvolvimento da compreensão contemporânea de dignidade humana ter-se-ia iniciado com o pensamento clássico de Marco Túlio Cícero, na obra *De officiis*, na qual ele teria empregado a expressão dignidade humana para designar a razão e a capacidade do ser humano de tomar livremente decisões morais. Do ponto de vista religioso, a dignidade humana encontraria reforço na tradição judaico-cristã e sua ideia estaria presente ainda no Antigo Testamento (“Deus criou o homem à sua própria imagem e semelhança”) e também no Novo Testamento. Na visão de Barroso, teria sido Pico della Mirandola quem, em 1486, teria afastado a justificação teológica da dignidade humana e a atribuído à *ratio philosophica*. Esse autor ainda indica o Iluminismo, especialmente a partir da obra de Kant, como um antecedente histórico-filosófico da noção mais contemporânea de dignidade da pessoa humana compreendida como um valor ou característica compartilhada por todos os seres humanos. Ele reconhece, contudo, que o fim da Segunda Guerra Mundial seria o marco histórico-jurídico do desenvolvimento da ideia de dignidade da pessoa humana com pretensões de universalidade. Cf.: BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n 919, maio de 2012, p. 131-135.

²⁹⁷ Nos termos do art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: *Article 1. All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood.* UNITED NATIONS. Universal declaration of human rights. Disponível em: <http://www.un.org/en/documents/udhr/index.shtml#a1>. Acesso em: 19 nov. 2012.

²⁹⁸ Em sentido semelhante ao do texto, José Afonso da Silva inclui a dignidade humana entre os princípios constitucionais relativos ao regime político, isto é, como fundamento do Estado Democrático de Direito. Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 94. Vide também: SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, nº 212, 1998.

²⁹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 117.

³⁰⁰ *Ibidem*.

Portugal, a Constituição de 1976, após o fim do regime totalitário salazarista, estabeleceu em seu art. 1º que: “Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores, na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”³⁰¹. Do mesmo modo, a Constituição espanhola de 1978, adotada após o término da ditadura franquista, previu, em seu *artículo 10*, a dignidade como direito da pessoa³⁰². Por fim, no plano interno, também foi somente após a ditadura militar iniciada em 1964, isto é, foi apenas a partir da Constituição brasileira de 1988 que a dignidade da pessoa humana passou a ser prevista em nosso ordenamento jurídico como um dos fundamentos da República.

Com efeito, o discurso comum, com base no qual esses governos totalitários buscavam se legitimar, era o de proteção da paz e da ordem pública. A pretexto de proteger esses bens jurídicos, justificava-se toda sorte de restrição aos direitos individuais e impunha-se, com alguma aprovação popular, a ditadura do interesse da coletividade. Com a queda desses regimes totalitários, adotou-se deliberada e expressamente um regime que tem por fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana, que considera esse atributo (a dignidade) algo inerente ao ser humano, inalienável e insuscetível de ser lícitamente suprimido³⁰³.

Além desse papel simbólico contra o autoritarismo, é possível também reconhecer uma função difusora ou de base irradiadora de direitos e garantias atribuída à dignidade da pessoa humana. Os predicados associados por doutrinadores brasileiros à expressão espelham bem esse papel diferenciado que tem sido reservado ao valor dignidade humana. Nesse sentido, Fábio Konder Comparato, comentando o direito de todo ser humano ser reconhecido como pessoa, previsto no art. 6º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, afirma que a preeminência do ser humano no mundo é fonte de todos os valores e que o direito de todo ser humano de ser reconhecido em todos os lugares como pessoa é o princípio supremo em matéria de direitos humanos³⁰⁴. Em sentido semelhante, Flávia Piovesan atribui à

³⁰¹ *Ibidem*.

³⁰² *Ibidem*.

³⁰³ Nesse regime de dignidade da pessoa humana como valor efetivamente fundamental da sociedade, limitações ou restrições à dignidade só são admitidas quando se ponham em conflito com o exercício de direitos e garantias de igual índole, isto é, também decorrentes da dignidade humana. Não se admite, contudo, a supressão lícita da dignidade de qualquer pessoa humana. Se levado esse regime às últimas consequências, não seria, pois, tolerável a imposição da pena de morte, por exemplo.

³⁰⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 231. No mesmo sentido, afirmando, com base nas idéias de Miguel Reale, que a dignidade da pessoa humana é o “valor-fonte” de todo ordenamento jurídico, confira-se: ANDRADE, Vander Ferreira de. A dignidade da

dignidade humana as características de um “superprincípio”, que consistiria em um “núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional”³⁰⁵. É, pois, em razão dessa função matricial que se pode afirmar que direitos e garantias fundamentais “decorrem” da dignidade da pessoa humana.

O reconhecimento da função da dignidade humana no ordenamento jurídico, contudo, não é suficiente para conferir-lhe a concretude necessária à validade dos argumentos refutáveis. Com efeito, dizer que é da dignidade da pessoa humana que emanam os direitos fundamentais não resolve o problema da identificação de quais direitos podem ser efetivamente extraídos e de quais os verdadeiros destinatários desses direitos. A conclusão exposta por Maria Cristina de Souza Alvim sobre a pretensa definição do que seria a dignidade da pessoa humana pode esclarecer as razões pelas quais insistimos em perseguir uma maior nitidez na noção que utilizaremos para os fins dessa dissertação. Após discorrer sobre a distinção entre normas, princípios e regras, a autora conclui que:

Diante das considerações até aqui traçadas, podemos chegar à definição da dignidade da pessoa humana. A dignidade da pessoa humana inclui direitos inerentes à personalidade da pessoa, direitos esses individuais e pessoais e, também os direitos estabelecidos para a coletividade, quais sejam os direitos sociais, econômicos e culturais³⁰⁶.

Percebe-se que uma definição em termos tão genéricos (e, em alguma medida, redundantes) como essa continua não contribuindo para a identificação de quais direitos podem ser extraídos da dignidade da pessoa humana e também não permite identificar por completo os seus destinatários. De fato, ao associar os direitos sociais, econômicos e culturais a “direitos estabelecidos para a coletividade”, a autora parece admitir que apenas os direitos civis e políticos seriam destinados especificamente aos indivíduos. Embora se possa afirmar que ao serem protegidos os interesses da coletividade garante-se também indiretamente o

pessoa humana como valor-fonte da ordem jurídica. Revista Imes direito, São Caetano do Sul, v. 2, n. 4, p.29-43, jan./jun. 2002. Veja-se ainda: SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, nº 212, 1998.

³⁰⁵ A autora sintetiza sua conclusão da seguinte forma: “a dignidade humana simboliza, deste modo, um verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe especial racionalidade, unidade e sentido”. Cf. PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. **Revista do Advogado**. São Paulo, Ano XXIII, nº 70, ju. 2003, p. 35.

³⁰⁶ ALVIM, Maria Cristina de Souza. A força normativa do princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, ano 7, n. 2, p. 15-25, 2007, p. 22.

interesse do indivíduo, é fundamental, para os fins da presente dissertação, esclarecer, em casos de conflito, qual o interesse deve prevalecer: o decorrente da dignidade do indivíduo ou aquele que melhor atenda aos interesses da coletividade. Em verdade, busca-se identificar se a dignidade da pessoa humana é um valor absoluto, devendo sempre prevalecer em detrimento do interesse coletivo, nas hipóteses de contraposição; se ela é um valor relativo, devendo sempre prevalecer o interesse coletivo; ou, ainda, se, mesmo não sendo um valor absoluto, tem ela primazia sobre o interesse coletivo, só admitindo em hipóteses remotas a sua parcial afetação.

Para buscar maior concretude à noção de dignidade da pessoa humana, recorreremos ao pensamento dos brasileiros Ingo Wolfgang Sarlet, Maria Celina Bodin de Moraes e Luís Roberto Barroso sobre o tema. Em comum, nota-se que esses autores buscam extrair postulados a partir da ideia de dignidade da pessoa humana, compreendida como um atributo inerente ao ser humano. Se bem analisados os seus conceitos, perceber-se-á que estão eles relacionados mais estritamente com as ideias iluministas de dignidade como decorrência da capacidade de razão do ser humano e de direito à liberdade, à igualdade e à fraternidade, todas elas também contidas no já citado art. I da Declaração de Direitos Humanos de 1948³⁰⁷. O primeiro desses autores brasileiros reconhece a existência de um núcleo essencial na dignidade da pessoa humana que impediria o retrocesso em termos de direitos fundamentais e sociais³⁰⁸. A segunda, embora atribua à dignidade da pessoa humana o caráter de valor absoluto, admite algumas limitações, restritas, contudo, às hipóteses de conflito com outros direitos também relacionados com a dignidade da pessoa humana, de modo que, na solução desses casos, seria, de qualquer sorte, prevalecente o valor dignidade³⁰⁹. Por fim, o último não

³⁰⁷ Na tradução de Fábio Konder Comparato: “Artigo I. Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. Cf.: COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 235.

³⁰⁸ Ingo W. Sarlet afirma que seria inviável sustentar uma vedação absoluta ao retrocesso em matéria de direitos sociais, os quais estariam em alguma medida condicionados por fatores como a variabilidade e a instabilidade da capacidade prestacional do Estado e da própria sociedade. Contudo, ele esclarece que: “o legislador (assim como o poder público em geral) não pode, uma vez concretizado determinado direito social no plano da legislação infraconstitucional, mesmo com efeitos meramente prospectivos, voltar atrás e, mediante uma supressão ou mesmo relativização (no sentido de uma restrição), afetar o núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social constitucionalmente assegurado”. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Boletim da Faculdade de Direito**, VI. LXXXII, 82, Coimbra, 2006, p. 277. Esse núcleo essencial encontrar-se-ia, para o autor, conectado ao princípio da dignidade da pessoa humana, isto é, corresponderia ao “conjunto de prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade”. *Ibidem*.

³⁰⁹ Para Maria Celina Bodin de Moraes, mesmo a teoria da relatividade de Albert Einstein admitiria como valor absoluto a velocidade da luz. Nas palavras da autora: “seria o caso, creio eu, de usar esta analogia, a da

considera a dignidade da pessoa humana como um valor absoluto, mas como um princípio constitucional importante, que, embora admita limitações nos casos concretos, inclusive, em favor da coletividade, prevaleceria na maior parte das vezes³¹⁰.

De acordo com Sarlet, a dignidade da pessoa humana projeta-se nos direitos fundamentais de todo indivíduo. Estes seriam explicitações ou exigências inarredáveis daquela. A dignidade da pessoa humana se constituiria nos núcleos essenciais dos direitos fundamentais expressamente previstos ou implícitos no ordenamento jurídico. Mesmo reconhecendo a dificuldade para se conferir termos fechados para a definição de dignidade da pessoa humana, Sarlet explicita uma definição que nos parece mais analítica que aquela apresentada por Maria Cristina S. Alvim e, por isso mesmo, mais útil do ponto de vista hermenêutico. Para ele, a dignidade da pessoa humana seria:

“a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão como os demais seres humanos”³¹¹.

relatividade das coisas e a do valor absoluto da velocidade da luz para expressar que também no Direito, hoje, tudo se tornou relativo, ponderável, em relação, porém, ao único princípio capaz de dar harmonia, equilíbrio e proporção ao ordenamento jurídico de nosso tempo: a dignidade da pessoa humana, onde quer que ela, ponderados os interesses contrapostos, se encontre”. MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 149.

³¹⁰ Para Luís Roberto Barroso, a dignidade da pessoa humana não pode ser considerada nem um valor absoluto - porque, em alguns casos, ela teria que ceder em favor de outros valores igualmente relevantes para a sociedade - nem um direito fundamental - porque, nessa hipótese, ela se enfraqueceria e se sujeitaria a conflitos com outros direitos menos relevantes. Nas palavras do autor: “Como regra geral, no direito não há espaço para absolutos. Embora seja razoável afirmar que a dignidade humana normalmente deve prevalecer, existem situações inevitáveis em que ela terá de ceder, ao menos parcialmente. [...] Além disso, se a dignidade humana fosse considerada um direito fundamental específico ela necessitaria ser ponderada com outros direitos fundamentais, o que a colocaria em uma posição mais fraca do que ela teria caso fosse utilizada como um parâmetro externo para aferir soluções possíveis nos casos de colisões de direitos. Como um princípio constitucional, contudo, a dignidade humana pode precisar ser ponderado com outros princípios ou metas coletivas. Vale lembrar que ela normalmente deve prevalecer, mas nem sempre será esse o caso. É melhor reconhecer esse fato do que tentar negá-lo através de argumentos circulares”. Cf.: BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n 919, maio de 2012, p. 153-157.

³¹¹ Cf.: SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Boletim da Faculdade de Direito**, VI. LXXXII, 82, Coimbra, 2006, p. 247.

Nessa definição, estão presentes as idéias de (I) igualdade, já que a dignidade seria algo intrínseco a todo ser humano; de (II) verticalidade e horizontalidade, uma vez que a dignidade deveria ser respeitada e considerada em favor do indivíduo tanto na sua relação vertical com o Estado como na sua relação de horizontalidade mantida com os membros da comunidade; (III) de proteção do indivíduo contra atos degradantes e desumanos, o que se relaciona com a sua origem histórica como proteção do indivíduo contra os regimes totalitários; (IV) de condições mínimas para a manutenção de uma vida saudável, o que inclui as possibilidades de manutenção da integridade físico-psíquica e social; e, por fim, de autonomia da vontade, com a possibilidade de decidir os destinos da própria existência, e de participação democrática e de solidariedade comunitária, com o reconhecimento de direitos que propiciem a participação ativa do indivíduo e sua co-responsabilidade na vida em sociedade.

Essas idéias não são compartilhadas apenas por doutrinadores brasileiros. Para o constitucionalista português Jorge Miranda, o fato de sermos dotados de razão e de consciência é o que constituiria o denominador comum a todos os seres humanos e o que nos tornaria merecedores de dignidade. A partir dessa ideia, Jorge Miranda constrói 12 postulados que auxiliam na compreensão do que seria a dignidade da pessoa humana: a) a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e a cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta; b) ela refere-se à pessoa desde a concepção, e não só desde o nascimento; c) a dignidade é da pessoa enquanto homem e enquanto mulher; d) cada pessoa vive em relação comunitária, o que implica o reconhecimento por cada pessoa da igual dignidade das demais pessoas; e) o fato de viver em relação comunitária, contudo, não limita a dignidade a essa situação, isto é, a pessoa permanece sendo dotada de dignidade, mesmo em uma eventual situação de isolamento; f) a dignidade impõe o respeito à liberdade individual, mas não pressupõe capacidade de autodeterminação; g) a dignidade da pessoa não está condicionada aos seus comportamentos sociais; h) a dignidade da pessoa exige condições adequadas de vida material; i) o primado da pessoa é o do *ser*, não o do *ter*, a liberdade prevalece sobre a propriedade; j) só a dignidade justifica a procura por qualidade de vida; l) a dignidade de cada pessoa é um *prius* em relação à vontade popular; m) a dignidade da pessoa está além da nacionalidade³¹².

³¹² MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (coord). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 170.

Para os fins e nos limites do presente estudos, examinaremos apenas alguns desses postulados. Primeiramente, chama a atenção o destaque dado à individualização da dignidade. Para o constitucionalista português, a dignidade pertence à pessoa concreta, individualizada, e não a um ser humano em abstrato ou a um modelo idealizado da espécie humana (postulado ‘a’). Ela é um atributo natural e incondicionado, não usurpável em favor de qualquer interesse coletivo. Além disso, para ele, o fato de o ser humano viver em comunidade obriga-o a reconhecer que os demais membros dessa comunidade também são detentores da mesma dignidade, mas isso não implica em condicionar o reconhecimento da dignidade do indivíduo à sua convivência em sociedade ou mesmo ao seu comportamento social (postulados ‘e’ e ‘g’). Por conseguinte, aquele que se encontra em situação de isolamento ou cujo comportamento tenha sido considerado anti-social não deixa de ser digno, não perde sua dignidade humana. O autor ressalta, outrossim, destacando que a dignidade da pessoa humana não pode ser subjugada por interesses coletivos, que até mesmo a vontade popular está subordinada à dignidade da pessoa humana, pois o respeito a ela e o seu exercício são expressões e realizações da própria noção de dignidade e de igualdade entre os seres humanos³¹³.

Do mesmo modo, com base nas ideias de Marilena Chauí, Maria Celina Bodin de Moraes, embora tendo em mente o direito privado, apresenta quatro desdobramentos da noção de dignidade da pessoa humana que podem servir de caminho para a densificação e identificação dos reflexos da adoção desse valor-fonte para a execução penal. Para ela, o substrato material da dignidade humana poderia ser resumido aos seguintes postulados:

“i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado”³¹⁴.

³¹³ Em sentido semelhante, Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que os direitos fundamentais do indivíduo, como expressões da dignidade da pessoa humana, estão protegidos pela cláusula geral da proibição do retrocesso, o que conferiria segurança jurídica e a confiança do cidadão no ordenamento jurídico, por saber que mudanças na vontade popular ou no corpo de representantes por ela indicados não implicarão redução significativa no conjunto de direitos que conformam a dignidade da pessoa humana. Cf.: SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Boletim da Faculdade de Direito**, VI. LXXXII, 82, Coimbra, 2006, p. 248-249.

³¹⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 115.

Esses postulados teriam como corolários os princípios jurídicos da igualdade; da integridade física e moral; da liberdade; e da solidariedade. O princípio da igualdade deve ser entendido, segundo a autora, tanto em seu sentido formal (igualdade de todos perante a lei) como em seu sentido material (tratamento desigual aos desiguais e direito à identidade própria, isto é, à diversidade). O princípio da integridade psicofísica também deve ser compreendido de forma ampla, para incluir o completo bem-estar psicofísico e social, assegurando tanto a saúde plena como condições sociais mínimas capazes de atender às necessidades vitais básicas. Por sua vez, o princípio da liberdade estaria tanto no direito de ir e vir como na autonomia para realizar, sem interferências indevidas, as próprias escolhas. Por fim, o princípio da solidariedade se concretizaria tanto no direito de participar dos destinos da sociedade como de compartilhar os seus desafios, contribuindo para o desenvolvimento do outro como também sendo beneficiado pelo auxílio que a sociedade tem por dever fornecer a cada um de seus membros, não provocando a sua marginalização³¹⁵.

Luís Roberto Barroso também reconhece à dignidade da pessoa humana uma dupla função: a de fonte de direitos e a de norte interpretativo, já que dignidade da pessoa humana informaria a interpretação dos direitos fundamentais e contribuiria para a definição de seu sentido nos casos concretos³¹⁶. Para ele, a dignidade humana identificaria “(1) o valor intrínseco de todos os seres humanos, assim como (2) a autonomia de cada indivíduo, (3) limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário)”³¹⁷.

O valor intrínseco do ser humano estaria na combinação de traços singulares da natureza humana, quais sejam: inteligência, sensibilidade e capacidade de comunicar. Essas características inerentes a toda pessoa humana confeririam a todos dessa espécie um “*status*

³¹⁵ Destaque-se que, para Maria Celina Bodin de Moraes, esse rol de postulados ou de direitos e garantias decorrentes da dignidade da pessoa humana não é taxativo, isto é, não constitui um conjunto fechado (*numerus clausus*) de interesses a serem protegidos. Nas palavras da autora: “ Não há mais, de fato, que se discutir sobre uma enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade, por que se está em presença, a partir do princípio constitucional da dignidade, de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana. [...] Nenhuma previsão especial pode ser exaustiva, porque deixaria de fora, necessariamente, novas manifestações e exigências da pessoa, que, com o progredir da sociedade, passam a exigir uma consideração positiva”. MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 145-146.

³¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n 919, maio de 2012, p. 156

³¹⁷ *Idem*, p. 160.

especial no mundo”, uma dignidade que estaria na origem de direitos como o direito à vida, à igualdade, à integridade física e mental, entre outros. O segundo postulado, o da autonomia de cada indivíduo, estaria associado tanto às liberdades básicas (autonomia privada e liberdade de escolhas individuais e morais) como ao direito de participação política (autonomia pública e liberdade de expressão e de decisão políticas). Por fim, o valor comunitário representaria a aceitação de que a vida em sociedade implicaria o reconhecimento da dignidade de outros seres humanos e o dever de solidariedade entre eles, o que legitimaria a imposição de restrições aos direitos dos indivíduos. Para o autor, o valor comunitário da dignidade humana teria por fim a proteção de direitos e da dignidade de outros indivíduos e dos valores sociais compartilhados.

Do exame cotejado do pensamento desses doutrinadores percebe-se que existe uma tensão comum em suas definições: de um lado, o reconhecimento da importância da dignidade da pessoa humana como valor fundamental da vida em comunidade; de outro, a aceitação de que algumas limitações parciais podem ser impostas aos direitos decorrentes da dignidade humana em benefício da própria coexistência entre os membros dessa comunidade. A experiência vivenciada pela humanidade durante os regimes totalitários, em especial o período do nazismo, com a utilização do aparelho estatal e da ideia de bem comum para impor limitações aos direitos de alguns indivíduos, impeliu, contudo, as nações a reconhecerem que existem direitos individuais que devem ser respeitados incondicionalmente e que, como regra, o interesse coletivo não pode ser imposto em detrimento da dignidade da pessoa humana. A lista desses direitos fundamentais, que têm como origem comum o valor inerente a toda pessoa humana, é extensa e inacabada. Para os fins dessa dissertação, importa reconhecer que, estando a dignidade da pessoa humana prevista em tratados internacionais e nos textos constitucionais de diversas nações como um valor ou princípio fundamental, a sua limitação será sempre excepcional (como regra deve prevalecer o respeito à dignidade da pessoa humana); parcial (não se admite a supressão total da dignidade da pessoa humana) e a menos gravosa possível (o sacrifício tolerado é apenas aquele indispensável para a satisfação do interesse de igual índole protegido no caso concreto).

Assim, nesse processo de densificação do conceito em exame, que é essencialmente informador apenas da noção a partir da qual desenvolveremos alguns aspectos de nosso estudo e que não é (e, como visto, não poderia ser) exaustivo, concluímos, primeiramente, que a dignidade da pessoa humana tem uma função simbólica contra o

autoritarismo e contra a imposição da vontade de um grupo dominante em desrespeito aos direitos e garantias básicos de uma minoria ou mais especificamente do indivíduo. Com efeito, ela se destina especialmente ao indivíduo concreto e não ao sujeito abstrato, idealizado e padronizado por definições irrealistas (como *homem médio*, o *homem de bem*, o *homem portador do senso comum*). Ela tutela os interesses essenciais desse indivíduo (como a vida, a integridade física e mental, a liberdade, a igualdade, a autonomia, a identidade, entre outros) independentemente de seu *status* e de seu comportamento social, proibindo discriminações, que não sejam positivas³¹⁸, em razão de raça, cor, credo, origem, nacionalidade ou classe social. Do ponto de vista hermenêutico, a dignidade da pessoa humana é a um só tempo fonte de (novos) direitos humanos e diretriz para interpretação do significado daqueles direitos e garantias individuais já reconhecidos (sejam eles civis, políticos, sociais, econômicos ou culturais).

Estabelecidos esses parâmetros sobre o conceito de dignidade da pessoa humana de um modo geral, cumpre agora observar os seus reflexos no Direito Penal e mais especificamente no processo de execução da pena.

5.2. O princípio da legalidade da pena (*nulla poena sine lege*) e a padronização da execução penal pretendida pela ONU com base na dignidade da pessoa humana como produtores do direito subjetivo da pessoa condenada à transferência internacional.

O Direito Penal é a forma mais grave de intervenção do Estado nos direitos do cidadão. A sanção criminal implica sempre um sofrimento ao ser humano, pois consiste na restrição ou limitação de seus direitos independentemente de sua vontade. Costuma-se justificá-la como a imposição de um mal (violência) em retribuição ao mal (violência) provocado pelo indivíduo apenado. De fato, a pena atinge sempre direitos fundamentais do cidadão, como vida, liberdade e propriedade. Como visto, esses direitos, em especial os dois

³¹⁸ Adotamos aqui a ideia de Boaventura de Sousa Santos sobre o imperativo da interculturalidade que pretende compatibilizar o respeito à igualdade e o respeito à diferença. Nas suas palavras: “O segundo imperativo intercultural pode ser enunciado do seguinte modo: uma vez que todas as culturas tendem a distribuir pessoas e grupos de acordo com dois princípios concorrentes de pertença hierárquica, e, portanto, com concepções concorrentes de igualdade e diferença, as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”. SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Lua Nova*, São Paulo, n. 39, 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451997000100007&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 27 nov. 2012.

primeiros, são decorrentes do princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que a pena será sempre uma limitação à dignidade da pessoa humana e, como tal, só será tolerada, em um Estado democrático que adote esse valor como seu fundamento, se for excepcional, parcial e a menos gravosa possível.

Em matéria de Direito Penal, a reflexão a respeito das consequências do reconhecimento da força normativa e do papel hermenêutico do princípio dignidade da pessoa humana é especialmente relevante. Isso porque as intervenções sancionatórias do Estado estão costumeiramente associadas à proteção de bens jurídicos, cujo usufruto constitui um interesse comum na manutenção da paz social e da ordem jurídica. Contudo, como visto no tópico anterior, em um Estado regido pelo valor da dignidade da pessoa humana, a proteção desses interesses mais amplos (paz e ordem) não pode ser executada em desrespeito aos direitos e garantias que também decorrem daquele valor fundamental. O interesse no resguardo desse valor supremo é a um só tempo individual e coletivo. Com efeito, se considerarmos o contexto histórico de seu surgimento, a simbologia em declarar a dignidade da pessoa humana como valor-fonte de uma determinada sociedade está na expressão do desejo coletivo de não ver reeditados os históricos abusos cometidos por agentes estatais em nome justamente do direito, da ordem e da paz. Quer-se com essa previsão constitucional asseverar que não há paz onde há violação à dignidade da pessoa humana.

A forma encontrada para limitar a violência estatal foi o desenvolvimento da ideia de legalidade. Embora a origem do princípio da legalidade seja controvertida, havendo quem a identifique nas ideias liberais de limitação do poder dos soberanos iniciadas ainda durante a Baixa Idade Média, é, hoje, mais comum afirmar que a definição dos atuais contornos desse princípio ocorreu com mais vigor na Idade Moderna, com os teóricos do Iluminismo³¹⁹. No

³¹⁹ As opiniões quanto às origens do princípio da legalidade, como esclarece Luiz Luisi, são divergentes. Ele destaca que há autores como Vincenzo Manzini que sustentam estar a origem do postulado da reserva legal no direito romano; outros, como Nelson Hungria, a identificariam na Magna Carta Inglesa de 1215; alguns, como Frederico Marques atribuem as origens da legalidade em instituições do direito ibérico medieval. Ele, contudo, afirma que “é a partir da pregação dos teóricos do chamado iluminismo que realmente surge como real apotegma político o princípio da Reserva Legal”. Cf.: LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 14. A origem do princípio da legalidade no direito romano é mesmo criticável. Como destaca Cláudio Brandão, citando Theodor Mommsen, o arbítrio dos magistrados romanos não foi eliminado com a chamada *Lei Valéria*, pois poderiam eles punir só pelo julgamento, ainda que não houvesse um delito prefixado ou uma medida de pena prefixada. Cf.: BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 28. Além disso, também não reputamos devida a atribuição da origem do princípio da legalidade à Magna Carta inglesa de 1215. Nesse ponto, Ricardo de Brito, julgando correta a assertiva de Jiménez de Asúa, esclarece que a legislação imposta ao Rei prescrevia apenas que não se admitiria a prisão dos homens livres sem fundamento legal, o que representava uma garantia apenas aos membros da nobreza e não a todos os súditos. Cf.: FREITAS, Ricardo de Brito A. P.

âmbito do Direito Penal, costuma-se atribuir a Cesare de Bonesana, o Marquês de Beccaria, as primeiras vinculações entre a pena e a sua necessária previsão na lei³²⁰, e a Anselm von Feurbach a sistematização desse princípio³²¹. Como esclarece Cláudio Brandão, para Feurbach, a pena se justificaria em virtude da sua função de coação psicológica exercida sobre os indivíduos com a previsão na lei da ameaça de um mal³²². Objetivar-se-ia, desse modo, com a lei penal desestimular os impulsos de lesão aos direitos externos de terceiros. Como a pena só se legitimaria enquanto fosse capaz de prevenir crimes futuros, para que ela possa atingir essa finalidade, precisaria estar prevista em lei, pois, assim, todos saberiam qual a consequência para a violação dos direitos subjetivos. Por essa razão, não poderia haver pena sem lei (*nulla poena sine lege*)³²³. Ademais, como a pena é uma consequência, ela somente poderia ser admitida quando ocorrida a sua causa, isto é, a lesão ao direito subjetivo, ou, em

Princípio da legalidade penal e estado democrático de direito: do direito penal mínimo à maximização da violência punitiva. In: BRANDÃO, Claudio *et al.* **Princípio da legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 367.

³²⁰ Em sua clássica obra *Dos Delitos e das Penas*, Beccaria, ao fundamentar as origens do direito de punir no contrato social, afirma que os cidadãos cedem, por esse pacto, apenas parcelas mínimas de sua liberdade, que só poderiam ser usurpadas pelo interesse coletivo em casos de extrema necessidade, os quais, para segurança de todos, devem estar definidos na lei editada pelo legislador, representante da vontade do corpo social. Nas palavras do autor: “Foi, portanto, a necessidade que constrangeu os homens a cederem parte da própria liberdade: é certo, pois, que cada um só quer colocar no depósito público a mínima porção possível, apenas a que baste para induzir os outros a defendê-lo. [...] A primeira consequência desses princípios é que só as leis podem decretar as penas dos delitos, e esta autoridade só pode residir no legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social; [...] Mas uma pena superior ao limite fixado pelas leis corresponde à pena justa mais uma outra pena; portanto, um magistrado não pode, sob qualquer pretexto de zelo ou bem comum, aumentar a pena estabelecida para um cidadão delincente”. Cf.: BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 42-44. Embora haja menção à ideia de legalidade nessa obra, como destaca Ricardo de Brito A. P. Freitas, Beccaria “não formula um conceito técnico de legalidade penal, na medida em que esta preocupação ainda não se fazia presente entre os primeiros pensadores do direito penal liberal”. Cf.: FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Princípio da legalidade penal e estado democrático de direito: do direito penal mínimo à maximização da violência punitiva. In: BRANDÃO, Claudio *et al.* **Princípio da legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 375.

³²¹ Nesse sentido, Luiz Luisi afirma que foi Feurbach quem teria elaborado a fórmula latina pela qual o postulado da reserva legal é conhecido: “nullum crimen e nulla poena, sine previa lege” (sic). Além disso, segundo Luisi, Feurbach teria sido o responsável pela fundamentação jurídica do princípio da legalidade, que estaria relacionado ao fim de prevenção geral da pena. Cf.: LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 15. No mesmo sentido, Cláudio Brandão assevera que, embora Beccaria tenha proposto o princípio da legalidade diante da necessidade de limitação ao poder de punir do Estado, “a sistematização jurídica deste princípio se dará, entretanto, com Anselm von Feurbach, em 1801, com a sua teoria da coação psicológica”. Cf.: BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012. p. 30.

³²² BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012, p. 116.

³²³ *Ibidem*.

outras palavras, quando verificada a ocorrência do crime. Formula-se, por conseguinte, a conclusão de que: *nulla poena sine crimen*³²⁴.

O desenvolvimento do princípio da legalidade permitiu o aperfeiçoamento dos elementos dogmáticos, em especial, da teoria do crime, contribuindo para a formulação de um método específico para o Direito Penal. Na verdade, como destaca Cláudio Brandão, tal ramo do Direito é aplicado em face da sucessão de dois métodos: o primeiro seria o da conformação da ação com a teoria do crime e o segundo seria a definição dos critérios conformadores da imposição da consequência do crime, ou seja, da pena³²⁵. Embora tenha sido o último dos elementos da teoria do crime a ser desenvolvido, é a tipicidade quem confere unicidade a esses dois métodos, pois serve, em relação ao primeiro, como elemento que qualifica o comportamento humano como relevante para o Direito Penal, dando-lhe a característica de crime; e, no que se refere ao segundo, serve a tipicidade como limite negativo e positivo do raciocínio utilizado pelo magistrado no momento de atribuição da consequência da verificação de um crime, isto é, da pena³²⁶.

Como garantia que visa proteger o cidadão contra o exercício arbitrário pelo Estado do *jus puniendi*, o princípio da legalidade apresenta consequências hermenêuticas ou significados jurídicos que podem ser expressos em quatro postulados que representam características orientadoras da lei penal.

A primeira delas refere-se à proibição da analogia (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*). Como esclarece Brandão, essa vedação se relaciona ao princípio democrático, segundo o qual somente o Poder Legislativo poderia definir as condutas reputadas criminosas e atribuir-lhes uma pena³²⁷. Assim, diante de um eventual vazio

³²⁴ Embora a noção de lesividade de direitos como condicionante da pena já esteja presente na obra de Feurbach, é importante ressaltar, como o faz Brandão, que o conceito de bem jurídico foi desenvolvido por Birnbaum, para quem a lesão só pode ocorrer concretamente e, portanto, são os bens e não os direitos os objetos de violação pela conduta delituosa. BRANDÃO, Cláudio. **Op. Cit.** p. 117-121.

³²⁵ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático.** Coimbra: Almedina, 2012, p. 27

³²⁶ Para Brandão, esse raciocínio judicial, ao contrário do que se sustentava tradicionalmente, não se constitui em um silogismo demonstrativo, que seria próprio apenas das ciências naturais, ligadas ao mundo do ser. Nas ciências jurídicas, normativas, ligadas ao mundo do dever ser, seria mais apropriado falar de um silogismo retórico no qual apenas uma das premissas é conhecida, sendo a conclusão, desde logo, inferida a partir desta, apresentando-se estrategicamente a outra premissa apenas para validação da argumentação. Com base na leitura de Catarina Sobota sobre como os juízes julgam, Brandão sustenta que também no Direito Penal se valem os julgadores do método entimemático. Cf.: BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático.** Coimbra: Almedina, 2012, p. 197-207.

³²⁷ BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade.** Rio de Janeiro: Forense, 202, p. 74.

legislativo ou de dúvida na interpretação dos termos da lei penal, deve ela ser interpretada estritamente, não podendo o magistrado a pretexto de integrar a norma qualificar como crime um comportamento que não foi assim expressamente considerado pelo Poder Legislativo. Do mesmo modo, as normas que definem a sanção a ser atribuída à conduta criminosa devem ser interpretadas estritamente, só se admitindo as restrições aos bens jurídicos do apenado expressamente previstas na lei. Por outro lado, considerando que a teleologia do princípio da legalidade é a proteção dos interesses do cidadão, seria admissível a analogia *in bonam partem*³²⁸.

A segunda refere-se à linguagem que deve ser empregada na confecção dos tipos penais (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*). Para não esvaziar o conteúdo do princípio da legalidade, impõe-se ao legislador que defina a conduta incriminada com clareza e de forma individualizada, evitando utilizar termos indeterminados ou de complexa determinação, como, por exemplo, “ações contrárias ao sadio sentimento popular”³²⁹. A utilização de expressões indeterminadas como essa e também de penas indeterminadas não atenderia à finalidade de limitação do poder punitivo e igualmente não poderiam satisfazer sequer a pretensão de prevenção geral negativa da pena, pois sem saber qual a conduta efetivamente proibida não poderia a coletividade orientar-se para evitá-la.

Além dessas características, a lei penal se revestiria ainda da exigência de ser escrita (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*), não sendo admissível a incriminação e a imposição de penas com base no costume³³⁰. Mais uma vez essa exigência se relacionaria ao princípio democrático e ao da separação de poderes que fundamentaram o perfil liberal do princípio da legalidade durante o iluminismo. Com efeito, a admissão do costume como fonte de incriminação de condutas permitiria atribuir ao Poder Judiciário e não ao Legislativo o papel de identificar as condutas que devem ser tidas como crime e as sanções que lhe devem ser impostas. Esse postulado decorrente do princípio da legalidade, contudo, não impediria a derrogação de leis penais pelo costume, pois, nessa hipótese, estar-se-ia ampliando o espaço de liberdade do cidadão, o que seria consentâneo com a teleologia norteadora do princípio da legalidade³³¹.

³²⁸ *Idem*, p. 77.

³²⁹ BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 202, p. 79-80.

³³⁰ *Idem*, p. 83-85.

³³¹ *Idem*, p. 85-89.

Por fim, o princípio da legalidade se desdobraria também na garantia da irretroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*)³³². Essa vedação à aplicação retroativa da lei pena se justifica tanto em razão da finalidade garantidora do princípio da legalidade como também em função da pretendida finalidade preventiva da pena. De fato, a irretroatividade da lei penal limita o poder punitivo estatal ao proibir que incrimine ou mesmo se eleve a punição de uma conduta após ela já ter sido praticada, impedindo criminalizações e punições casuísticas. Além disso, sem a exigência da *lex praevia* não se poderia satisfazer ao pretendido fim de prevenção da pena, pois, por óbvio, não se pode coibir prática futura de condutas com leis retroativas. O princípio da irretroatividade da lei penal em prejuízo do réu seria aduzido ainda da adoção do conceito formal de crime, pois, se considerado que a conduta só pode ser qualificada como um crime se prevista em lei, não havendo lei que, na época do fato, o qualifique como crime inexistiria este, que é a causa, e sem esta não poderia haver a consequência, que é a pena (*nulla poena sine crimen*). A irretroatividade da lei penal benigna, por outro lado, também é admitida em atenção à finalidade garantidora do princípio da legalidade³³³.

A aplicação rígida dos postulados do princípio da legalidade no plano do Direito Internacional Penal e no dos países que adotam a *common law*, entretanto, não tem sido aceita sem controvérsias. Nesse sentido, comentando a aplicação do princípio da legalidade no âmbito do Direito Internacional Penal, Alicia Gil Gil destaca que as garantias formais do princípio da legalidade (previsão em lei escrita editada pelo parlamento) não podem ser acolhidas uniformemente porque concebidas para um modelo de Estado que não é igualmente adotado em todo o mundo³³⁴. Isso, contudo, não implicaria, em seu sentir, em dizer que o Direito Internacional Penal não seria regido pelo princípio da legalidade. No âmbito internacional, seria apenas necessário ajustar os conceitos decorrentes do princípio da legalidade e identificar aqueles que são realmente indispensáveis. Nesse sentido, ela esclarece que a irretroatividade da lei penal desfavorável seria, por exemplo, um postulado possível de constituir princípio do Direito Internacional Penal, desde que se entendesse por lei não a lei escrita editada por um legislador, mas sim as normas decorrentes da conjugação de fontes

³³² *Idem*, p. 89.

³³³ BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal**: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 202, p. 90.

³³⁴ GIL GIL, Alicia. **Derecho penal internacional**: especial consideracion del delito de genocidio. Madrid: Tecnos, 1999, p. 87.

jurídicas internacionais (tratados internacionais, convenções, declarações, costume e jurisprudência)³³⁵.

De qualquer sorte, o princípio da legalidade, em seu aspecto meramente formal, não é suficiente para impedir o excesso na violência estatal considerada legítima. Com efeito, as penas de morte, perpétuas, cruéis e degradantes podem estar previstas (e as duas primeiras espécies são ainda hoje empregadas em algumas legislações) em lei anterior ao fato, editada pelo legislador legitimamente eleito, como resultado de crimes graves, e, assim, sob a ótica da legalidade em sentido estritamente formal, serem consideradas válidas. Para reduzir o arbítrio do legislador, diante das experiências terrivelmente negativas da primeira metade do século XX, constatou-se a necessidade de associar ao princípio da legalidade da pena a noção de dignidade da pessoa humana enquanto valor fundamental de todo o ordenamento jurídico³³⁶.

A dignidade da pessoa humana passou, então, a ser positivada nas Constituições dos Estados democráticos e, ao lado dela, foram também estabelecidos os seus reflexos em matéria de aplicação da pena. Iniciou-se, assim, um processo de tipificação das penas consideradas toleráveis, proibindo-se, em um primeiro momento, de um modo geral, aquelas consideradas cruéis, degradantes ou desumanas e, em seguida, buscando padronizar até mesmo a forma de execução daquelas penas admitidas, com o intuito de limitar ao máximo as possibilidades de impingir lícitamente um sofrimento ao ser humano.

Se a intervenção do Direito Penal estaria legitimada para proteger a dignidade (bens jurídicos) da vítima em detrimento da dignidade (bens jurídicos) do acusado, não se admitiria mais, contudo, a supressão lícita da dignidade deste último, aceitando-se, apenas

³³⁵ Nas palavras da autora: “Cuando un tratado internacional es dotado por la costumbre del carácter de ius cogens o una costumbre es recogida en un tratado o proclamada en una declaración de la Asamblea General, etc., el resultado de este proceso conjuga la seguridad jurídica y la taxatividad que permite el texto con el carácter general y obligatorio que le aporta la costumbre”. Cf.: GIL GIL, Alicia. **Op. Cit.** p. 88-89. Em sentido um pouco diverso, admitindo que no Direito Internacional Penal seria possível a incriminação como base no costume, conferindo-se, assim, uma nova roupagem ao princípio da legalidade, que se converteria em princípio da juridicidade (nullum crimen sine jure), confira-se: ALMEIDA, Francisco Antonio de M. L. Ferreira de. **Os crimes contra a humanidade no actual direito internacional penal.** Coimbra: Almedina, 2009, p. 77-81.

³³⁶ Para Cláudio Brandão, se devidamente analisado o princípio da legalidade, seria até mesmo desnecessária essa vinculação expressa entre o princípio da legalidade da pena e o princípio da dignidade da pessoa humana, pois, se levada em consideração a teleologia daquele primeiro princípio, seria possível aduzir que nele já estaria incluído o dever de respeito à dignidade da pessoa humana. De acordo com as palavras do autor: “Através do Princípio da Legalidade o Direito Penal põe como centro de seu sistema a pessoa humana, porque a protege de um modo peculiar, sintetizado através da fórmula: não existe agressão aos bens jurídicos pessoas pelo estado sem o crivo da Legalidade. Com isso, o Princípio da Legalidade cumpre o preceito – que no Brasil tem sede constitucional – de garantir a Dignidade Humana. Por conseguinte, o Princípio da Legalidade é a própria realização do comando de garantir a dignidade da pessoa humana no Direito Penal”. Cf.: BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade.** Rio de Janeiro: Forense, 202, p. 164.

quando necessário, limitações parciais e excepcionais. Como já dito, se levado esse regime às últimas consequências, não seria, por exemplo, tolerável a imposição da pena de morte, pois esta implicaria limitação definitiva da dignidade humana. Mesmo para a aplicação das demais espécies de pena, a dignidade da pessoa condenada não poderia ser simplesmente desprezada em favor da dignidade da vítima ou do suposto interesse coletivo. Como visto, a dignidade da pessoa humana é um atributo inalienável e incondicionado ao comportamento social do indivíduo. Mesmo que se afirme que o sujeito condenado com sua conduta pôs em risco ou violou a dignidade de outra pessoa humana ou o dever de fraternidade ou ainda, para usar a expressão de Luís R. Barroso, o valor comunitário da dignidade, diante da existência de um conflito entre bens jurídicos de mesma hierarquia necessária será uma solução proporcional³³⁷.

Com o intuito justamente de limitar violações à dignidade humana na execução da pena e nos estabelecimentos prisionais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 5º estabelece que ninguém deve ser submetido a tortura ou a pena e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Essa mesma Declaração prevê ainda no art. 8º que ninguém será submetido a prisão, detenção ou exílio arbitrários.

O desenvolvimento havido no âmbito do Direito Humanitário em relação ao tratamento dos prisioneiros de guerra conduziu as Nações Unidas a estabelecerem parâmetros mais precisos também para o tratamento de presos civis, tendo como princípio basilar a necessidade de se respeitar a dignidade da pessoa humana encarcerada. Nesse sentido, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas adotou, em 31 de julho de 1957, por meio

³³⁷ Mesmo recorrendo à chamada ponderação de princípios, inadmissível seria suprimir a dignidade da pessoa humana condenada sob o pretexto de proteção do interesse comum. De fato, teóricos da argumentação jurídica como Robert Alexy sustentam que, em caso de colisão de direitos fundamentais de mesma hierarquia, a solução do conflito deve ser encontrada por meio da aplicação da lei da ponderação. Um dos subprincípios que possibilitam a ponderação entre os direitos fundamentais conflitantes é o da necessidade, segundo o qual entre dois meios igualmente idôneos para satisfação de um dos princípios deve ser escolhido o mais benigno ao direito fundamental afetado ou o que lhe provoque o menor sacrifício possível. De acordo com jusfilósofo alemão, os direitos fundamentais seriam equiparados a princípios constitucionais, e, como tais, caracterizar-se-iam por sua natureza de mandamentos de otimização. Assim, seriam eles normas que ordenariam uma certa conduta que deveria ser realizada na maior medida possível, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. Para se chegar a essa medida de otimização, seria essencial a compreensão do princípio lógico da proporcionalidade e de seus subprincípios: idoneidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. As idéias de idoneidade e de necessidade estariam ligadas à pretensão de se alcançar a maior realização possível de um dos princípios em conflito de acordo com as possibilidades fáticas, com o menor sacrifício possível do outro princípio conflitante; a de proporcionalidade em sentido estrito, por seu turno, estaria ligada a verificação na espécie das possibilidades jurídicas de maior otimização do princípio constitucional. Essa tese foi apresentada em: ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. Contudo, em texto de resposta às críticas que lhe foram dirigidas por Habermas e por Böckenförde, ela foi melhor desenvolvida. Cf.: ALEXY, Robert. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Ano 22, nº 66. set/dez 2002.

da Resolução nº 663 C (XXIV), as Regras Mínimas Padrão para o Tratamento de Prisioneiros (RMPTP), aprovadas no Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento dos Infratores, realizado em Genebra, entre 22 de agosto e 3 de setembro de 1955³³⁸. Além das regras gerais ao tratamento de presos estrangeiros, já anteriormente mencionadas, relativas ao tratamento sem discriminações negativas (item. 6.1. das RMPTP), com respeito à sua diversidade religiosa e cultural (item. 6.2 das RMPTP) e de modo a permitir a sua comunicação com a intermediação de intérprete e com a sua representação diplomática (item. 38, 1 e 2, das RMPTP), chama a atenção os dispositivos que prescrevem a valorização do contato com o mundo exterior e, em especial, com a família. Nesse sentido, o item 37 das RMPTP prevê que “os prisioneiros devem ter permissão, sob a supervisão necessária, para comunicarem-se periodicamente com suas famílias e amigos de boa reputação por correspondência ou por meio de visitas”³³⁹.

Esse primeiro conjunto de regras mínimas estabelecidas pela ONU tem um capítulo específico destinado aos “prisioneiros sentenciados”, que são justamente aqueles que, por já estarem sujeitos à fase de execução da pena, mais interessam aos limites desse estudo. Destaca-se, em primeiro lugar, o reconhecimento de que o encarceramento e as medidas que resultam na exclusão do infrator do mundo exterior já são penosos o suficiente por privarem o indivíduo do direito à autodeterminação e à liberdade. Assim, adotou-se como princípio orientador a ideia de que o sistema penitenciário não deve agravar o sofrimento do indivíduo além daquele inerente a essa situação de restrição da liberdade (vide item 58 das RMPTP). A

³³⁸ Consoante as observações preliminares desse documento, cuida-se de um conjunto de princípios e regras para uma boa organização penitenciária, para o tratamento de prisioneiros e para a gestão das instituições. Embora tenha natureza de *soft law*, sem caráter propriamente regulatório, também de acordo com essas observações preliminares, elas foram estabelecidas “com base no consenso geral do pensamento contemporâneo e dos elementos essenciais da maioria dos sistemas mais adequados atualmente”. Ainda que não exista esse consenso geral do pensamento contemporâneo, essas “regras mínimas” refletem, ao menos, o discurso oficial da ONU sobre o tema e, como veremos mais adiante, foram incorporadas, ainda que indiretamente, ao sistema internacional de proteção aos direitos humanos. Os dispositivos relativos às Regras Mínimas e ao Conjunto de Princípios para a Proteção de Todos os Indivíduos em Qualquer Forma de Detenção ou Encarceramento serão citados conforme o texto publicado pelo Ministério da Justiça, por ocasião da realização no Brasil do 12º Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção ao Crime e Justiça Criminal, em 2010. Cf. BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Norma e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal**. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2009. O compêndio pode ser acessado também na sua versão em inglês por meio do site das Nações Unidas. Cf.; UNITED NATIONS. **Compendium of United Nations standards and norms in crime prevention and criminal justice**. New York: United Nations Office on Drugs and Crime, 2006. Disponível em: http://www.unodc.org/pdf/criminal_justice/Compendium_UN_Standards_and_Norms_CP_and_CJ_English.pdf. Acesso em 29 nov. 2012.

³³⁹ BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Norma e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal**. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2009, p. 19.

ideia de ressocialização está presente em diversos dos itens relativos aos princípios que devem segundo a ONU orientar as instituições penais (vide itens 59 a 64 das RMPPTP), sendo destacado, ainda, o papel que a família teria para o alcance desse fim³⁴⁰.

É importante ressaltar que entre essas regras mínimas não há qualquer previsão expressa quanto a eventual direito do preso estrangeiro de ser transferido para cumprir pena em local mais próximo à sua família ou mesmo recomendação para que os Estados celebrem tratados para a transferência. Como visto, o instituto da transferência internacional de pessoas condenadas só tornou-se objeto de recomendações da ONU a partir do 5º Congresso para Prevenção do Crime, em 1975, sendo que o tratado-modelo só foi adotado em 1985, no 7º Congresso. De qualquer sorte, a valorização pela ONU do contato do preso com a sua família como um caminho facilitador da sua ressocialização pode sim ter sua origem remetida, como visto, às Regras Mínimas de 1955.

A força normativa das Regras Mínimas e das recomendações editadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas é tema ainda controverso. Nigel Rodley, por exemplo, afirma que elas não são por si mesmas um instrumento legal, já que o Conselho Econômico e Social da ONU não teria o poder de legislar³⁴¹. Para ele, as Regras Mínimas teriam por função prover um norte para a interpretação das regras gerais contra o tratamento ou punições cruéis, desumanas ou degradantes³⁴². Por outro lado, Fábio Konder Comparato argumenta que, embora do ponto de vista formal as Declarações adotadas pela Assembleia Geral da ONU possuam a natureza de recomendações, sem força vinculante, os costumes e os princípios gerais de direito também constituem fonte do Direito Internacional, nos termos do art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, de sorte que previsões relativas aos direitos humanos contidas em tais Declarações podem ser consideradas normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*), nos moldes do art. 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados³⁴³.

³⁴⁰De acordo com o item 62, “toda instituição social deve ter trabalhadores encarregados de manter e aperfeiçoar todas as relações desejáveis de um prisioneiro com sua família e com agências sociais reconhecidas”. Por sua vez, o art. 79 prescreve que: “Atenção especial deve ser dada para a manutenção e o aperfeiçoamento das relações entre o prisioneiro e sua família, conforme adequado ao interesse de ambos”. *Idem*, p. 25.

³⁴¹ RODLEY, Nigel S. **The treatment of prisoners under international law**. New York: Oxford University, 1999, p. 280

³⁴² *Idem*, p. 281.

³⁴³ Cf.: COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 226-227.

Ainda que se entenda que as resoluções da ONU têm função apenas sugestiva, orientadora ou recomendatória, sem qualquer força vinculante, deve-se reconhecer a relevância hermenêutica dessas disposições mesmo para fins de aplicação das normas de direito interno e daquelas previstas em tratados relativos ao tema dos direitos da pessoa encarcerada. Elas revelam, no mínimo, o discurso oficial mantido em organismo internacional que tem relevância no sistema de proteção dos direitos humanos e pode sim servir como reforço de argumento em pleitos eventualmente apresentados nos tribunais nacionais e na Corte Internacional de Justiça.

As regras mínimas são ainda reforçadas pelo Conjunto de Princípios para a Proteção de Todos os Indivíduos sob qualquer Forma de Detenção ou Encarceramento, adotado pela Assembleia Geral da ONU, por meio da Resolução nº 43/173, de 9 de dezembro de 1988. Nesses princípios, as ideias de humanização da pena e de respeito à dignidade da pessoa encarcerada são ratificadas. Embora também esse conjunto de princípios não contenha previsão expressa sobre o instituto da transferência internacional de pessoas condenadas, dois princípios podem ser associados à matéria e servir de norte para a interpretação dos tratados sobre a transferência de pessoas condenadas. De fato, os princípios 19 e 20 prescrevem que:

Princípio 19. O indivíduo detido ou preso terá o direito de ser visitado e de se corresponder principalmente com membros de sua família, e lhe será dada oportunidade adequada para comunicar-se com o mundo exterior, sujeito às condições e restrições cabíveis conforme especificado pela lei ou regulamentos locais.

Princípio 20. Se o indivíduo detido ou preso assim requerer será, se possível, mantido em um local de detenção ou encarceramento razoavelmente próximo de sua residência³⁴⁴.

Nota-se, pois, que, no contexto dos postulados internacionais que buscam construir um padrão mínimo para o tratamento de pessoas condenadas com dignidade, a comunicação com o mundo exterior e com a família são elementos integrados ao rol de direitos que devem, sempre que possível, ser assegurados aos presos. Previsões como a relativa ao direito de ser visitado e ao de ser mantido em local “razoavelmente próximo de sua residência” corroboram o interesse em se aperfeiçoar os mecanismos jurídicos relativos à execução da pena que, embora não impeçam o exercício do *jus puniendi*, permitem à pessoa

³⁴⁴ BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Norma e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal**. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2009, p. 41-42.

condenada cumprir sua pena em local mais próximo de sua família e com o qual mantenha laços afetivos e sociais.

As Regras Mínimas de 1955 e o Conjunto de Princípios de 1988 podem ajudar, por exemplo, na interpretação do disposto nos arts. 7º e 10 da Convenção Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, em vigor no Brasil por força do Decreto nº 692, de 6 de julho de 1992. O primeiro desses dispositivos, o art. 7º, veda a submissão de qualquer pessoa à tortura ou a qualquer outro tratamento ou punição cruel, desumana ou degradante³⁴⁵, fórmula também adotada na Constituição brasileira de 1988 como se verá adiante. O segundo prevê o direito de toda pessoa privada de sua liberdade de ser tratada com humanidade e com respeito à sua dignidade³⁴⁶. Como já afirmado alhures, os tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil e incorporados por Decreto ao ordenamento jurídico nacional têm, no mínimo, a mesma força normativa da lei ordinária. Os dispositivos da Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos, portanto, têm, no mínimo, força de lei em nosso território. Se pretendemos verificar a hipótese de que a transferência internacional de pessoa condenada é um direito humano (ou, ao menos, uma expectativa legítima) porque o cumprimento da pena longe de sua residência pode provocar sofrimento excessivo, precisamos identificar em qual desses preceitos legais se poderia encontrar o seu fundamento.

Para tanto, recorreremos mais uma vez ao pensamento de Nigel Rodley. Para ele, em que pese as dificuldades inerentes à definição de termos ambíguos, a diferença entre a tortura e os demais tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes poderia ser encontrada no grau de especificidade e de critérios utilizados para a qualificação da conduta. Assim, com base no relatório da Comissão Europeia de Direitos Humanos no *Greek case*³⁴⁷, ele afirma que o tratamento degradante é aquele que humilha gravemente o indivíduo perante outras pessoas ou que o coage a se comportar contra o seu desejo ou contra a sua consciência³⁴⁸. Por sua vez, o tratamento desumano é aquele que, além de ser degradante, provoca deliberadamente grave

³⁴⁵ Art.7º: Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas.

³⁴⁶ Art. 10. “Toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana”.

³⁴⁷ Como destaca Rodley, esse caso foi suscitado pela Dinamarca, pela Noruega, pela Suécia e pela Holanda contra a Grécia em relação ao período após o golpe militar de 1967. Cf.: RODLEY, Nigel S. **The treatment of prisoners under international law**. New York: Oxford University, 1999, p. 76.

³⁴⁸ O autor esclarece que para configurar o tratamento degradante não é necessária a presença de outras pessoas, bastando que no ato estivessem presente terceiros aquele comportamento causaria grave humilhação ao indivíduo. Cf. *Idem*, p. 77-78.

sofrimento, físico ou mental, injustificável³⁴⁹. Por fim, a tortura seria o tratamento degradante e desumano que teria por fim a obtenção de informações ou a confissão³⁵⁰.

Essa definição de tortura se aproxima daquela que consta no art. 1.1 da Declaração sobre a Proteção a Todas as Pessoas Sujeitas a Tortura e Outras Formas de Punição e Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução nº 3452 (XXX), em 9 de dezembro de 1975. De acordo com esse dispositivo:

Art. 1.1. Na presente Declaração, entende-se por tortura qualquer ato pelo qual dor ou sofrimento intenso, seja est físico ou mental, é intencionalmente provocado por indução de um agente público sobre um indivíduo, a fim de obter deste ou de terceiros, informações ou confissões, bem como na punição por um ato que o mesmo tenha cometido ou do qual seja suspeito, ou ainda, em intimidação a ele ou a outros indivíduos. Porém não inclui dor e sofrimento provenientes apenas das sanções jurídicas inerentes às Regras Básicas Padrão para o Tratamento de Prisioneiros³⁵¹.

Perceba-se que, por essa última definição oficial, o atendimento às regras mínimas foi adotado como critério legitimador das sanções jurídicas válidas. Portanto, *a contrario sensu*, a inobservância dessas regras aliada ao preenchimento dos demais critérios da definição poderia ensejar o enquadramento como tortura da imposição de penas em situação degradante e com o resultado de grave sofrimento ao indivíduo. As más condições de encarceramento e a execução da pena em desrespeito a alguns dos padrões mínimos, contudo, não têm sido examinadas como exemplos de tortura. Como destaca Rodley, apesar das dificuldades inerentes à utilização de conceitos indeterminados, a Comissão Europeia de Direitos Humanos tem optado, em alguns casos, por caracterizar essas situações como violadoras do art. 10.1 e não do art. 7º da Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos (CIDCP). A distinção está exatamente na compreensão do que seria, de um lado, uma punição cruel, desumana ou degradante (fórmula adotada no referido art. 7º da CIDCP), e, de outro, uma punição que viola a dignidade da pessoa humana (previsão do art. 10.1 do mesmo diploma legal). A Comissão Europeia teria acolhido o entendimento de que a violação

³⁴⁹ Nesse ponto, o autor destaca que o termo “injustificável” provocou grande controvérsia, pois poderia permitir o entendimento de que haveria casos em que a Comissão entenderia que o tratamento desumano seria justificável. Ele esclarece, contudo, que, mesmo de forma um pouco ambígua, a Comissão teria, em caso posterior (*Nothern Ireland case*) afirmado que o tratamento desumano é injustificável em qualquer hipótese. *Idem*, p. 77-81.

³⁵⁰ *Idem*. p. 77.

³⁵¹ BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Norma e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal**. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2009, p. 131.

do art. 7º normalmente envolve também a violação do art. 10.1, mas o contrário não é verdadeiro.

Assim, poder-se-ia concluir, a partir dessas definições, que todo ato de tortura seria desumano, embora nem todo tratamento desumano seja qualificável como tortura (pode-se imaginar, por exemplo, um ato que provoque sofrimento intenso praticado por um agente público contra uma pessoa detida que tenha sofrido sem a finalidade específica de obter informações ou de impor uma sanção). Do mesmo modo, todo tratamento desumano seria degradante, mas nem todo tratamento degradante seria desumano (pense-se, por exemplo, no ato do agente policial que obriga a pessoa detida a se despir e urina sobre ela, sem causar-lhe grave sofrimento). Por fim, todo tratamento degradante imposto a um indivíduo encarcerado viola a dignidade da pessoa humana, mas nem todo ato violador desta pode ser considerado degradante para os fins de aplicação dos dispositivos em questão.

É evidente que essas distinções soam arbitrárias e sugerem até mesmo uma contradição em termos, pois não conseguimos imaginar um ato que viola a dignidade da pessoa humana e que não é considerado desumano (!?) Além disso, todo ato que provoca humilhação contra o desejo da pessoa detida (degradante) também pode ser compreendido como provocador de “grave sofrimento injustificado” (desumano). Assim, as definições utilizadas parecem apenas indicar escalas de tolerância do sofrimento humano, compreendendo que algumas seriam mais toleráveis (as sanções jurídicas respeitadoras das Regras Mínimas) e outras menos (em ordem decrescente de sofrimento humano, tortura; sanção cruel, desumana ou degradante; e sanção que viola a dignidade da pessoa humana)³⁵².

Na mesma linha dos documentos internacionais, a Constituição brasileira de 1988 estabelece, em seu art. 5º, os seguintes reflexos da necessidade de se respeitar a dignidade da pessoa condenada: ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante (inciso III); nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido (inciso XLV); não haverá penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento ou cruéis (inciso XLVII); a pena será cumprida em

³⁵² É esse, aliás, o dilema do Direito Penal: como toda pena envolve sofrimento, aceita-la como ato legítimo do Estado é admitir a imposição voluntária, consciente e calculada do sofrimento ao ser humano como um ato racional, jurídico, legítimo. Como visto, a pena é sim contrária ou limitadora da dignidade da pessoa humana, na forma como a compreendemos, ainda que seja ela coletivamente tolerada.

estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (inciso XLVIII); e, por fim, será garantido aos presos o respeito à sua integridade física e moral (inciso XLIX)³⁵³.

Da leitura desses dispositivos, percebe-se, primeiramente, que o Poder constituinte nacional adotou, de certo modo, as distinções acima referidas entre tortura e outras formas de tratamento desumano ou degradante (inciso III) e também a idéia de que existem penas cruéis, que são proibidas (inciso XLVII), e penas não-cruéis, isto é, aquelas que respeitam a integridade física e moral do apenado, que não o sujeitam à morte, a uma pena perpetua, a trabalhos forçados, à tortura e a outros tratamentos considerados cruéis, desumanos ou degradantes. Desse modo, a simples condenação de alguém à pena de privativa de liberdade não pode, em si mesma, em uma interpretação literal da Constituição, ser considerada nem cruel, nem degradante, nem desumana, nem atentatória à dignidade da pessoa humana³⁵⁴. A forma como essa pena é executada, contudo, pode sim sujeitar-se ao exame de sua compatibilidade com a vedação da tortura, do tratamento cruel, desumano ou degradante ou, ainda, com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Para os fins da presente dissertação, não examinaremos as condições específicas do cumprimento da pena no Brasil, pois os fundamentos para o instituto da transferência internacional de pessoas condenadas não estariam nessas circunstâncias específicas, mas sim na execução, de um modo geral, da pena privativa ou restritiva de liberdade a um cidadão estrangeiro. Com efeito, a pena aplicada ao preso estrangeiro³⁵⁵, na forma como ela vem sendo executada hoje, independentemente do local considerado, apresenta um grau de sacrifício

³⁵³ Com referência à Constituição portuguesa, Jorge Miranda afirma que dispositivos semelhantes a esses previstos também naquele texto constitucional são decorrentes da dignidade da pessoa humana. Mais precisamente, ao examinar o primeiro dos seus postulados (o de que a dignidade é da pessoa individual e concreta), afirma que o valor eminente reconhecido a cada pessoa explicaria a garantia da integridade pessoa contra a tortura, os tratos e as penas cruéis, degradantes ou desumanas (prevista no art. 25º da Constituição portuguesa); e também a proibição de penas ou medidas de segurança privativas ou restritivas de liberdade com caráter perpétuo ou de duração ilimitada ou indefinida (conforme disposto no art. 30, nº1, da Constituição portuguesa). MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (coord). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 171.

³⁵⁴ O próprio art. 5º da Constituição de 1988 estabelece, em seu inciso XLVI, que: Art. 5º. [...]XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.

³⁵⁵ Por cidadão estrangeiro preso, para os fins da presente dissertação, entendemos aquele que não tem a mesma nacionalidade do Estado em que está cumprindo a pena e que também nesse local não tem residência habitual ou laços sociais e afetivos. O critério da inexistência de habitualidade de residência ou de laços sociais foi por nós utilizado na definição desse grupo de pessoas porque são os não-residentes e aqueles que não tem laços sociais com o local onde cumprem pena os que normalmente têm restringido os direitos de visita e que apresentam maiores dificuldades de adaptação por diferenças culturais e, às vezes, também de língua.

maior que aquele imposto aos demais presos. Como já mencionado alhures, por não residirem, como regra, no território do Estado em que foram condenados e onde estão cumprindo pena, essas pessoas recebem pouca ou nenhuma visita, sendo, pois, reduzido ou nulo o contato com o mundo exterior ao da prisão. Eles são obrigados a permanecer praticamente afastados do contato com a família, o que pode ensejar distanciamento afetivo recíproco, em especial com os filhos menores. Além disso, as diferenças culturais podem ensejar tanto um maior isolamento dentro do próprio estabelecimento penal (um isolamento dentro do isolamento), como também um processo de exclusão involuntário por preconceitos xenofóbicos ou obstáculos linguísticos. De fato, quando existente a diferença linguística, a execução da pena pode ser ainda mais gravosa. Isso porque, como poucos estabelecimentos penais dispõem de intérpretes em todas as línguas, na hipótese de ser preso um cidadão que não compreenda a(s) língua(s) dominada(s) pelas autoridades penitenciárias, tanto a compreensão de seus deveres como o esclarecimento acerca de seus direitos restará prejudicada. Além disso, a incomunicabilidade com outras pessoas por longo período é fator que contribui significativamente para a afetação da integridade psíquica da pessoa detida.

Boa parte dessas dificuldades já foi reconhecida pelas Nações Unidas, conforme se pode depreender dos motivos que fundamentaram a adoção da Resolução nº 13 no 6º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente, realizado em 1980³⁵⁶. Do mesmo modo, José Luís Manzanares Samaniego, citado por Artur B. Gueiros Souza, a esse respeito, afirma que:

De fato, o apenado estrangeiro sofre uma agravação de sua condenação, porque as barreiras idiomáticas, as diferentes mentalidade e cultura, a distância dos familiares, e, inclusive, a diversidade de religião, aumentam seu isolamento do mundo exterior e pioram sua situação dentro do estabelecimento penitenciário. Não se trata só de considerações humanitárias, senão também de estrita justiça, porquanto se produz uma clara desigualdade sobre o real conteúdo da pena imposta³⁵⁷.

³⁵⁶ “Transferência de delinquentes: O 6º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, [...] Consciente de que dificuldades de comunicação, devidas a barreiras linguísticas e desconhecimento da cultura e dos costumes locais, bem como a ausência de contatos com parentes e amigos, podem constituir excessivo sofrimento para as pessoas que cumprem pena em país que não é o seu, [...] Resolve, I. Instar os Estados-Membros a cogitarem da instituição de procedimentos em cujos termos tais transferências de delinquentes possam ser efetuadas, admitindo que qualquer um dos ditos procedimentos só pode ser aplicado com a concordância de ambos os países, o remetente e o receptor, cada um deles com o consentimento do preso ou no interesse dele”. Cf.: MIOTTO, Armida Bergamini. Presos estrangeiros - preocupação da ONU. **Revista de Informação Legislativa**, ano 22, n. 86, abr./jun. 1985, p. 223-224.

³⁵⁷ Cf.: SAMANIEGO, José Luís Manzanares. El convenio del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas. **Revista de Derecho Público**, Madrid, Tomo VIII, vol 2º, 1988, p. 754. *Apud* SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris,

As dificuldades impostas à execução da pena do cidadão estrangeiro repercutem em diversos aspectos da dignidade da pessoa humana. Em primeiro lugar, a igualdade é mesmo afetada porque, como visto, diferentemente dos demais presos, o preso estrangeiro tende a receber poucas visitas, tem dificuldades para comunicar-se e também para a adaptação a uma cultura que lhe é estranha. Aliás, o constrangimento para o aprendizado de uma nova língua e para a adaptação cultural é algo que implica sim dano ao direito à identidade própria e à diversidade cultural. O isolamento e a ausência de visitas podem provocar, ademais, prejuízos à saúde mental do estrangeiro encarcerado, afetando-lhe o direito à integridade física e mental. A imposição de pena ao cidadão estrangeiro pode resultar, outrossim, em maior restrição ao direito de liberdade desses indivíduos, pois, não raras vezes, por não terem vínculos sociais no local do cumprimento da pena, tem presumida contra si a pretensão de fuga do território nacional, de sorte que lhe são reiteradamente negados os pedidos para saídas temporárias, para progressão de regime ou para concessão de liberdade condicional. Além disso, a existência de regime disciplinar único com horários iguais para todos os presos, alimentação também pouco diversificada e imposição de trajes e aparência física uniformes pode afetar o direito à liberdade de expressão religiosa desses cidadãos estrangeiros, sendo conhecido, no Brasil, o caso do cidadão norteamericano, judeu ortodoxo, que foi obrigado a cortar barba e cabelo quando foi preso no Brasil³⁵⁸. Por fim, ao impor a execução de penas normalmente longas ao cidadão estrangeiro em local distante do de sua residência, esse modelo de execução tradicional (com a identidade entre o local da condenação e o do cumprimento da pena) vulnera o direito à solidariedade ou à fraternidade, pois contribui para o afastamento desse cidadão da sua comunidade originária, reforçando a sua marginalização, e ainda impede que ele se integre à comunidade do local onde cumpre a pena, pois, encerrada esta, como regra, será ele expulso do país em que ocorreu a sua condenação.

Há, pois, motivos para reconhecer que, se a pena imposta ao cidadão estrangeiro e executada nesses moldes tradicionais não pode ser considerada cruel, desumana ou

2007, p. 258.

³⁵⁸ Segundo as informações divulgadas na mídia, depois de ser preso em flagrante, quando desembarcava no Aeroporto de Guarulhos, em São Paulo, com jóias e produtos de alto valor não declarados, o cidadão teria sido levado para um estabelecimento penal e lá os agentes carcerários teria retirado a sua quipá, jogado-a no chão e, depois de rirem dele, teriam gritado em tom de deboche “*heil Hitler*”. No dia seguinte, teriam sido cortados os seus cachos e raspada a sua barba. JORNAL O DIA.. **Judeu diz ter sofrido humilhações em cadeia em SP.** Edição do dia 24/08/2009. Disponível em: http://www.jdia.com.br/exibir_not.php?idnoticia=9145&op=imprimir Acesso em 03 dez. 2012.

degradante, pode, ao menos, ser considerada atentatória ao princípio da dignidade da pessoa humana e violadora, portanto, do disposto no art. 10.1 da Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 e do art. 1º, III, da Constituição de 1988, que, no tocante a execução da pena, devem ser interpretadas de acordo com o princípio nº 20 do Conjunto de Princípios para a Proteção de Todos os Indivíduos sob qualquer Forma de Detenção ou Encarceramento, adotado pela Assembleia Geral da ONU, por meio da Resolução nº 43/173, de 9 de dezembro de 1988³⁵⁹. Por conseguinte, considerando que esses dispositivos legais impõem ao Estado brasileiro o dever de agir diversamente, conclui-se que o dever de o Estado brasileiro de adotar o instituto da transferência internacional de pessoas condenadas como uma faculdade para o cidadão estrangeiro aqui condenado é sim uma decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana. Como esse princípio se constitui em um dos fundamentos da própria República Federativa do Brasil e desempenha, como visto, o papel de valor-fonte de todas políticas públicas, é ele fundamento suficiente para o Estado brasileiro adotar providências no sentido de fornecer às pessoas aqui condenadas a oportunidade de serem transferidas, sendo desnecessários para fins de motivação dos atos do Estado nesse sentido recorrer a razões de ordem econômica ou mesmo ao pretensio fim ressocializador da pena.

Vimos que o reflexo do princípio da legalidade da pena é o dever do Estado de executar a sanção criminal nos exatos limites da lei. A esse dever estatal corresponde um direito do sujeito submetido à intervenção penal: não ser punido além dos limites definidos na lei. Se, como visto, a imposição da pena a um cidadão estrangeiro em local diverso do seu de origem pode implicar um acréscimo ao sofrimento a que se submetem todas as demais pessoas condenadas, esse excesso na punição estatal pode ser compreendido como violador daquele direito subjetivo do cidadão de não ser castigado além dos limites legais. Para que a sanção estatal ao crime praticado pelo cidadão estrangeiro não-residente possa, então, compatibilizar-se com a noção de legalidade da pena, seria possível imaginar duas soluções. A primeira seria a previsão na lei desse acréscimo de sofrimento ao cidadão estrangeiro não-residente. Essa solução, contudo, não deve ser admitida porque violaria o princípio da dignidade da pessoa humana e os preceitos constitucionais dele decorrentes, como o princípio da igualdade e o da proibição de penas que afetem a integridade física e moral do indivíduo.

³⁵⁹ Não custa reproduzi-lo: Princípio 20. Se o indivíduo detido ou preso assim requerer será, se possível, mantido em um local de detenção ou encarceramento razoavelmente próximo de sua residência. BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Norma e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal**. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2009, p. 41-42.

A outra solução seria justamente permitir ao cidadão estrangeiro cumprir o restante de sua pena no local mais próximo de sua comunidade de origem.

Essa última solução, além de se harmonizar com o texto constitucional e com os tratados de direitos humanos, tem sido recomendada pela Organização das Nações Unidas e acolhida nos discursos oficiais dos diversos países representados nos Congressos das Nações Unidas para Prevenção do Crime e Justiça Criminal. Os Estados, contudo, a exemplo do Brasil, têm-na adotado apenas parcialmente. De fato, em primeiro lugar, a transferência internacional de pessoas condenadas só tem sido aceita com a celebração de tratados internacionais, não se admitindo a declaração de reciprocidade como sendo suficiente para fundamentá-la. Em razão desse entendimento, cidadãos de nacionalidades não contempladas pelos tratados continuam sem poder exercer esse direito. Além disso, mesmo nos casos em que há tratado celebrado, as disposições desses tratados conferem absoluta discricionariedade aos Estados envolvidos para negarem a transferência mesmo quando preenchidos todos os requisitos previstos, o que, na prática, implica em não reconhecer ao cidadão o direito subjetivo à transferência.

No âmbito interno, a Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal) prevê a possibilidade de a pena ser cumprida em unidade da federação distinta daquela onde ocorreu a condenação. A jurisprudência nacional, contudo, não tem reconhecido a transferência de penitenciária para local mais próximo da família dentro do território nacional como um direito subjetivo da pessoa condenada. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, ratificando decisões anteriores, no julgamento do *habeas corpus* nº 135.607-GO, cujo relator foi o Ministro Gilson Dipp, decidiu que “a possibilidade de transferência de estabelecimento prisional está sujeita à apreciação, pelo Juiz competente, da conveniência do deslocamento do detento, no interesse da segurança da sociedade, não constituindo direito subjetivo do réu”³⁶⁰.

Nesse caso, um cidadão brasileiro foi condenado a uma pena de oito anos e nove meses de reclusão pela prática do delito de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06). Ele cumpria pena na comarca de Goiania/GO e pretendia ser transferido para a cadeia pública de Jussara, também no estado de Goiás, onde residiam seus familiares. Embora houvesse vaga disponível nesse estabelecimento penal, o juiz responsável pela execução penal entendeu que o nível de segurança desse estabelecimento penal não seria compatível com a

³⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 135.607-GO. Processo nº 2009/0085994-1. Impetrante: Alessandro Lisboa Pereira e Outro. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, 31 maio 2011 **Diário da Justiça Eletrônico**, 01 set. 2011.

periculosidade que ele atribuía ao réu. Como destacou o Ministro relator em seu voto, “segundo o magistrado, não há, nas comarcas do interior, estrutura física adequada ou pessoal suficiente para executar penas nos casos em que o reeducando apresenta alta periculosidade, tal como na presente hipótese, onde o houve condenação por tráfico de drogas”³⁶¹.

Diante da decisão do juiz de primeira instância, foi interposto o recurso de agravo em execução. O Tribunal de Justiça de Goiás, contudo, também negou provimento a esse recurso, argumentando que o pedido de transferência do local de cumprimento da pena se sujeitaria a “critérios de conveniência e oportunidade inerentes ao poder discricionário do juiz” e que a constatação da precariedade da cadeia frente à natureza e gravidade do crime praticado, bem como o risco de cumprimento inadequado da pena, seriam fundamentos suficientes para o indeferimento do pedido. Contra esse julgamento, foi impetrado o *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça, tendo sido, como já antecipado, denegada a ordem, por se entender que a Lei de Execução Penal, ao prever a possibilidade de cumprimento da pena em unidade da federação distinta daquele onde ocorreu a condenação, não conferiu ao condenado o direito subjetivo à transferência.

A Constituição de 1988, em seu art. 93, IX, prescreveu que, sob pena de nulidade, todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e que devem ser fundamentadas todas as decisões. Essa exigência de fundamentação se justifica pela necessidade de controle público dos atos jurisdicionais e de se coibir o arbítrio estatal. Portanto, mesmo na condução da execução da pena, o Juiz deve decidir conforme os critérios de legalidade. Assim, ainda que empreenda ele raciocínio entimemático, deve fundamentar a sua decisão nos preceitos legais e não em juízos pessoais de oportunidade e conveniência.

A lei de execução penal (LEP) não definiu no *caput* do art. 86 quais os critérios que deveriam orientar a decisão do magistrado diante da possibilidade de transferência do condenado. Contudo, o art. 1º desse diploma legal estabelece que:

Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Na ausência de outros critérios legais, são esses objetivos gerais que devem orientar a atividade jurisdicional do responsável pela execução penal. A harmônica integração social do condenado se efetiva, não há dúvida, preferencialmente no seio da comunidade com

³⁶¹ *Idem.*

a qual ele já possui vínculos afetivos e sociais. A visita do cônjuge, da(o) companheira(o), de parentes e amigos(as) em dias determinados constitui direito expressamente atribuído ao apenado nos termos do art. 41, X, da LEP. Além disso, o art. 3º da LEP prevê que: “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”. O art. 226 da Constituição de 1988 assegura que a unidade familiar terá especial proteção do Estado. Não existe no ordenamento jurídico brasileiro qualquer disposição que preveja a necessidade de a pessoa condenada cumprir integralmente a pena que lhe foi imposta na mesma comarca onde foi prolatada a sua condenação. Por essa razão, a transferência do apenado para estabelecimento penal no qual o direito de visita se viabilize também pode ser considerado um direito subjetivo.

Esse direito, contudo, está condicionado ao outro objetivo definido na LEP: o de efetivar as disposições da sentença. Assim, inexistindo vaga em estabelecimento penal adequado no local mais próximo da família do apenado ou mesmo diante da inexistência de estabelecimento penal adequado nessa localidade, não se poderia efetivar a transferência.

A existência de condicionamentos legais ao exercício do direito subjetivo não retira deste a sua característica essencial. As decisões segundo as quais a transferência não se constituiria em um direito subjetivo do apenado confundem a noção de direito subjetivo com a de direito potestativo. Este último não admite condicionamento e impõe a submissão dos demais indivíduos a eles vinculados independentemente de qualquer condição. A existência de limites, requisitos ou condições especiais para o exercício de um direito, portanto, não lhe retiram a qualidade de direito subjetivo. Para ilustrar, a definição das hipóteses legais para a interposição de um recurso contra uma decisão judicial não retira do direito de recorrer à instância superior a sua característica de direito subjetivo.

O que caracteriza um direito subjetivo, adotando a premissa juspositivista que afasta qualquer possibilidade de extração de direitos de um plano naturalista (uma divindade, a razão metafísica, o consenso racional etc.), é a sua previsão no sistema jurídico positivado. Nos termos do art. 5º, §2º, da Constituição de 1988, os direitos fundamentais são tanto aqueles explicitamente previstos no texto constitucional como “outros decorrentes do regime e dos princípios por ela [pela Constituição] adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Assim, considerando o disposto no art. 10.1 da Convenção Internacional de Direitos Cívicos e Políticos de 1966 e que está previsto no princípio 20 do Conjunto de

Princípios para a Proteção de Todos os Indivíduos sob qualquer Forma de Detenção ou Encarceramento, adotado pela Assembleia Geral da ONU, por meio da Resolução nº 43/173, de 9 de dezembro de 1988³⁶², é sim possível considerar tanto a transferência interna como a internacional de pessoas condenadas para cumprirem pena em local mais próximo de sua família um direito subjetivo dessas pessoas, ainda que seja esse direito condicionado à satisfação dos requisitos expressamente previstos na lei ou em tratado internacional sobre a matéria.

Afirmada essa hipótese, necessário é também rediscutir alguns dos dispositivos que regulamentam o funcionamento do instituto da transferência internacional de pessoas condenadas a fim de que possam ser verificadas as consequências da adoção da dignidade da pessoa humana como seu fundamento.

5.3. As consequências jurídicas da adoção do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento para a transferência internacional de pessoas condenadas.

Vimos que a dignidade da pessoa humana é atributo que confere ao ser humano o papel de destinatário final de todo o ordenamento jurídico. Por se tratar de valor que é identificado com a raiz de todo esse ordenamento, os interesses dele decorrentes merecem especial proteção jurídica, o que se desenvolve na forma das garantias previstas na lei. Assim, se a dignidade da pessoa humana for considerada um fundamento essencial da transferência internacional de pessoas condenadas, a regulamentação deste instituto deve atender precipuamente aos interesses do indivíduo concernido, definindo-se as garantias a ele asseguradas e os limites da intervenção externa tolerada.

Contudo, como visto nos capítulos anteriores, a regulamentação dos mecanismos de cooperação jurídica internacional em matéria penal tem atendido prioritariamente ao princípio da eficiência e ao princípio da soberania estatal. Assim, mesmo na disciplina do instituto pensado para beneficiar o cidadão concernido, no conflito entre, de um lado, os interesses de uma punição eficaz, rígida e exemplar com a manutenção da integridade dos

³⁶² Princípio 20. Se o indivíduo detido ou preso assim requerer será, se possível, mantido em um local de detenção ou encarceramento razoavelmente próximo de sua residência. Cf.: BRASIL, MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Norma e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal**. Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2009, p. 41-42.

dispositivos legais do ordenamento jurídico nacional; e, de outro, os direitos e garantias do indivíduo, têm prevalecido os primeiros. Essa predominância de interesses pode ser percebida, por exemplo, no condicionamento da transferência à anuência de ambos os Estados envolvidos, que, em alguns casos, sequer necessitam justificar eventual negativa do pedido de transferência, e também na interpretação restrita dos requisitos para a transferência como os ligados à nacionalidade e à dupla incriminação.

Entretanto, se a dignidade da pessoa humana for mesmo compreendida como valor-fonte de todo o ordenamento jurídico e como norte interpretativo para a aplicação (mas também para a criação) da legislação nacional, então, necessária será a revisão da forma como os tratados internacionais sobre a transferência vêm sendo redigidos e como eles vêm sendo aplicados nos casos concretos. Nesse esforço de revisão hermenêutica, identificamos, pelos menos, quatro aspectos que precisariam ser regulamentados de forma distinta em alguns tratados ou simplesmente interpretados em sentido diverso na aplicação do instituto. Eles têm em comum o fato de servirem nos casos concretos como limitadores ao pleno exercício da transferência e podem ser encarados como obstáculos que, se superados, podem contribuir para conferir mais efetividade ao instituto em questão. São eles: a exigência da nacionalidade; a exigência do trânsito em julgado; a exigência da dupla incriminação; a exigência de tratado como fonte para a transferência.

5.3.1. A residência habitual (e não a nacionalidade) como critério para a transferência.

O primeiro aspecto a ser reexaminado, agora sob a ótica da dignidade da pessoa humana, na regulamentação do instituto, é a exigência, presente na maior parte dos tratados aqui analisados, de que o cidadão candidato à transferência tenha a nacionalidade do país no qual deseja cumprir o restante de sua pena. Como já mencionado anteriormente, esse critério não parece condizente com os fundamentos do instituto em questão. Em primeiro lugar, é preciso ter em mente que aquilo que pode provocar o acréscimo de sofrimento na pena imposta ao estrangeiro não é tão-somente a sua nacionalidade. Embora possa também ela servir como critério de discriminação e de preconceitos expressados em um estabelecimento penal, as maiores dificuldades na execução da pena do cidadão estrangeiro, como visto, encontram-se na diversidade cultural e idiomática e na distância em relação à sua comunidade

originária, entendida esta como aquela na qual o indivíduo mantém sua família e laços afetivos, sociais e culturais.

É comum que sejam coincidentes os locais de residência habitual do estrangeiro condenado e o de sua nacionalidade. Contudo, a imigração é um fenômeno social frequente na história da humanidade, sendo provocada por diversos fatores econômicos, sociais, políticos ou mesmo ambientais e foi intensificada, nos últimos anos, com o desenvolvimento dos meios de transporte e de comunicação e ainda com a aceleração do processo de globalização. Assim, é possível que também imigrantes cometam delitos transnacionais e, dessa forma, não será impossível identificar que, para os fins de garantir a proximidade do indivíduo com a sua família e com a comunidade na qual ele se encontrava inserido, prefira ele ser transferido para o país onde mantinha residência habitual ao invés de ser encaminhado para o país de sua nacionalidade originária. Um caso julgado no Brasil pode ilustrar bem a hipótese em comento.

Trata-se do caso que envolvia um cidadão cabo-verdense, naturalizado holandês, que, na época do julgamento, residia com sua família e trabalhava em Lisboa, Portugal. Esse cidadão havia sido, antes de se mudar para Portugal, condenado no Brasil por tráfico de drogas (art. 12, c/c o art. 18, incisos I e III, da Lei 6.368/76)³⁶³ e por fraude à lei do estrangeiro (art. 309 do Código Penal) a uma pena de 8 anos de reclusão, para o primeiro delito, e de 1 ano de detenção, para o segundo. Embora houvesse iniciado o cumprimento da pena em regime fechado no Brasil, conseguiu fugir, em 24 de setembro de 1996, e estava, até então, em local desconhecido pelas autoridades brasileiras. Como já referido, após a fuga, ele mudou-se para Portugal e lá constituiu família e estava trabalhando em emprego lícito. Com a descoberta pela Interpol do local onde ele se encontrava, o Brasil solicitou a sua extradição para que ele cumprisse aqui a pena que lhe fora imposta. O governo português, então, deferiu o pedido de extradição solicitado pelo Brasil e sua remoção estava marcada para o dia 6 de dezembro de 2005, cerca de 9 anos depois da sua saída do território nacional.

Para evitar que fosse transferido para local distante de sua família, o cidadão naturalizado holandês impetrou, então, no Superior Tribunal de Justiça, *habeas corpus* contra o ato do Ministro da Justiça que havia determinado a sua extradição, solicitando que lhe fosse concedida, desde logo, liminarmente, a “transferência” da sua condenação a fim de que cumprisse a pena imposta pelo governo brasileiro, em Portugal, perto de sua família, com

³⁶³ Em 2006, foi promulgada no Brasil uma nova lei sobre drogas. Atualmente, o crime de tráfico de drogas está previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06.

base no Tratado bilateral celebrado entre Brasil e Portugal sobre a transferência de pessoas condenadas. A liminar por ele solicitada, contudo, foi indeferida, sob o argumento de que a transferência dependeria da anuência dos dois países envolvidos³⁶⁴. Como a extradição fora solicitada pelo Brasil e deferida por Portugal, deveria ser presumido o desinteresse desses países em concordar com a transferência³⁶⁵. Em 13 de fevereiro de 2006, o processo foi arquivado³⁶⁶.

Independentemente do mérito desse julgamento, serve ele para ilustrar a necessidade de se rever a mencionada exigência de que a pessoa a ser beneficiada com a transferência tenha a nacionalidade do país no qual pretende cumprir o restante da pena. Como visto, um cidadão naturalizado holandês, condenado no Brasil, não pretendia ser transferido para o país de sua nacionalidade, a Holanda, mas sim para o país onde mantinha residência, com laços familiares e profissionais. Essa transferência somente seria possível porque o Tratado celebrado entre Brasil e Portugal é justamente o único em vigor no nosso ordenamento que prevê a possibilidade de o candidato à transferência ser nacional do país para onde pretende ser transferido ou aí ter residência habitual³⁶⁷. Todos os demais tratados bilaterais assinados pelo Brasil não têm previsão semelhante.

Portanto, para atender efetivamente aos fins humanitários do instituto, nos casos em que o cidadão estrangeiro condenado no Brasil não possuir a nacionalidade do país no qual pretende cumprir o restante de sua pena, mas nele tiver residência habitual ou vínculo pessoal no seu território, deve ser admitida a aplicação por analogia do art. 3, a, do Decreto nº 5.767, de 2 de maio de 2006. É imperioso, contudo, para evitar o casuísmo, que em futuros acordos a fórmula adotada no Tratado celebrado com Portugal seja neles replicada.

5.3.2. A interpretação restritiva do requisito do trânsito em julgado.

³⁶⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 50.893-DF. Processo nº 2005/0203968-7. Impetrante: Paulino Antonio Soares. Impetrado: Ministro de Estado da Justiça. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 02 dez. 2005. **Diário da Justiça**, 14 dez. 2005.

³⁶⁵ *Idem*.

³⁶⁶ Embora não se possa afirmar com certeza, pois não se teve acesso aos autos do processo, mas apenas às informações que constam no site do Superior Tribunal de Justiça (www.stj.jus.br), o objeto do pedido deve ter restado prejudicado com a efetivação da extradição poucos dias depois do julgamento que indeferiu o pedido liminar, já que sua remoção estava marcada para o dia 06 de dezembro de 2005 e o seu pedido de liminar foi julgado no dia 02 de dezembro de 2005.

³⁶⁷ O art. 3.a do Tratado Brasil-Portugal (Decreto nº 5.767, de 2 de maio de 2006) prevê que: “Art. 3. A transferência poderá ter lugar quando: a) o condenado no território de uma das Partes for nacional ou tiver residência habitual ou vínculo pessoal no território da outra Parte que justifique a transferência”.

Todos os tratados assinados pelo Brasil preveem que a sentença penal condenatória seja firme, definitiva, isto é, tenha transitado em julgado. O tratado com a Argentina, por exemplo, esclarece que não pode estar pendente de julgamento qualquer recurso legal, “inclusive procedimientos extraordinários de apelação ou revisão”. Argumenta-se que o trânsito em julgado da sentença condenatória é essencial para sua exequibilidade, tanto internamente como, com muito mais razão, externamente³⁶⁸.

Artur de Brito Gueiros Souza afirma, ainda, em defesa desse requisito, que a sua exigência decorreria da necessidade de se respeitar o princípio da presunção de inocência, segundo o qual não se admitiria o cumprimento de sanção de natureza penal enquanto não transitada em julgado a sentença condenatória. Além disso, ele destaca ainda uma razão utilitarista para a manutenção da exigência consistente na necessidade de assegurar que o estrangeiro condenado repare o dano e efetue o pagamento das multas e das penas pecuniárias antes de ser transferido.

Esse requisito, contudo, na forma como vem sendo aplicado, também parece não contribuir para os fins humanitários que justificaram a criação do instituto da transferência. De fato, não é raro identificar casos em que o estrangeiro é mantido “provisoriamente” preso durante todo o transcurso do processo sob o argumento de que, por não ter ele qualquer vínculo com o território nacional, grande seria o risco de fuga se respondesse ao processo em liberdade, e, assim, também elevado seria o risco de prejuízo à aplicação da lei penal. Costumam, portanto, esses estrangeiros aguardar por meses o trânsito em julgado de sua condenação, recolhidos em regime fechado, não sendo, nesses casos, tutelado o princípio da presunção de inocência.

Se o intuito da transferência é justamente evitar que esses cidadãos percam os vínculos afetivos e sociais mantidos com sua família e comunidade de origem em razão da distância do seu aprisionamento no exterior e também reduzir-lhes o sofrimento pelo longo período que passam sem receber visitas ou com dificuldades para o contato com o mundo

³⁶⁸ Nesse sentido, comentando a Convenção Europeia de Transferência de Pessoas Condenadas que possui disposição semelhante, Caffarena e Cano sustentam que: “La existencia de recurso pendiente contra la sentencia de condena impediría la ejecución propiamente dicha de la misma en cuanto a los pronunciamientos penales, y por tanto el consiguiente traslado para el cumplimiento em outro país de la privación de libertad contenida en la sentencia de instancia o en apelación, ya que se impediría el efecto ejecutivo de la misma, independientemente del mantenimiento de la medida cautelar de la prisión provisional durante su substanciación”. CAFFARENA, Borja Mapelli; CANO, María Isabel Gonzalez. **El traslado de personas condenadas entre países**. Madrid: McGraw Hill, 2001, p. 58-59.

exterior, deve-se reconhecer a eles o direito de aguardarem o desfecho das ações penais que contra si tramitam no seu país de origem.

A transferência do estrangeiro condenado antes do trânsito em julgado da sua condenação não viola o princípio da presunção de inocência. Esse princípio poderia ser considerado violado quando se impõe ao cidadão a restrição de sua liberdade, seja em função das chamadas prisões cautelares, seja em razão do impedimento de ele regressar ao seu país enquanto não julgado em definitivo o seu processo penal. Tem-se entendido, contudo, que, nesses casos (em tese) excepcionais, a restrição de liberdade do cidadão se justificaria por interesses coletivos. Se admitida essa restrição à liberdade antes do trânsito em julgado, não se pode afirmar que a transferência do local onde essa limitação será imposta implicará maior ou menor violação ao princípio da presunção de inocência. Ademais, é consabido que as garantias fundamentais, como o princípio em questão, visam à proteção dos interesses do indivíduo, de sorte que não podem elas ser utilizadas como fundamento para a imposição de restrições aos interesses deles próprios. No que tange ao argumento utilitarista relativo à garantia da reparação do dano, essa preocupação de índole eminentemente econômica pode ser resolvida com o condicionamento da transferência antecipada ao depósito prévio do valor fixado na sentença ou pela comprovação também antecedente da completa insolvência.

Por fim, embora se questione a possibilidade de se executar uma sentença anteriormente ao trânsito em julgado da condenação, como também reconhece Artur de Brito Gueiros de Souza, o Brasil admite a chamada “execução provisória”, especialmente para atender aos interesses da pessoa sob julgamento. A súmula nº 716 do Supremo Tribunal Federal estabelece que “admite-se a progressão de regime de cumprimento de pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória”. Seria, portanto, ao menos razoável, admitir também a execução provisória para reduzir-lhe o sofrimento em razão da distância da família e de sua comunidade de origem.

No que se refere à incerteza da própria condenação na hipótese de execução provisória, que poderia ser reformada quando do último julgamento, é importante ressaltar que essa incerteza, ainda que em menor grau, também está presente atualmente nos tratados na forma em que eles estão redigidos. De fato, todos os tratados assinados pelo Brasil preveem a cláusula da reserva de jurisdição, por meio da qual o Estado de condenação se reserva ao direito de proceder à revisão criminal, que, se julgada procedente, também permitiria a

reforma da condenação, a imediata soltura da pessoa condenada e a interrupção do prosseguimento da execução da pena no país para o qual o cidadão foi transferido.

Por outro lado, aqui também há um argumento de natureza pragmática para as hipóteses em que o recurso pendente de julgamento é o da acusação, que pretende o aumento da pena imposta. Nesses casos, poder-se-ia argumentar que permitir a transferência antecipada do indivíduo poderia implicar prejuízo para o interesse do Estado de ver a pena aplicada completamente cumprida, pois, estando a pessoa condenada em liberdade no seu país de origem, seria mais difícil a complementação do período restante da pena aumentada. Mais uma vez o prejuízo aqui só pode ser presumido, se também for presumida a fuga, pois, desde que prevista essa possibilidade de complementação no tratado, a complementação da pena seria executada da mesma forma como se cumprem os demais mecanismos de cooperação jurídica internacional e, em especial, a extradição.

De qualquer sorte, a possibilidade de fuga e as dificuldades para a complementação da pena também se verificam na hipótese de não haver a transferência, pois, aplicando-se a referida súmula nº 716 do STF, o estrangeiro poderá ser aqui posto em liberdade condicional ou ser beneficiado com a progressão para o regime aberto com base na pena fixada provisoriamente e também fugir. É inegável, contudo, que, em casos de modificação do julgamento, seria necessário uma alteração normativa nos Tratados já em vigor, a fim de que fosse regulamentada a forma como se procederia a essa complementação.

Por outro lado, tendo em mente uma exegese teleológica das disposições dos tratados, é possível interpretar as disposições atuais dos Tratados a fim de compreender que a exigência do trânsito em julgado refere-se apenas à inexistência de qualquer recurso da acusação pendente de julgamento, permitindo-se, desde logo, a transferência antecipada nos casos de pendência apenas de recurso da defesa, que, como se sabe, somente poderia melhorar a sua situação ou mantê-la da forma como está, não devendo, por isso mesmo, constituir óbice a mecanismo que visa atender interesse da pessoa defendida. Essa hipótese, aliás, é condizente com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois evita que a pessoa já condenada seja constrangida a renunciar a garantias recursais e processuais para ser beneficiada por um instrumento que, na sua essência, foi pensado para reduzir-lhe o sofrimento e não ampliar sua angústia. De fato, é constrangedor e angustiante ter que decidir entre a possibilidade passar menos tempo preso, de um lado, e a possibilidade de rever a família, de outro.

5.3.3. A exigência da dupla incriminação e o seu paradoxo.

O princípio da dupla incriminação, segundo o qual a cooperação jurídica internacional em matéria penal só é possível quando o fato criminoso seja tipificado no ordenamento jurídico dos dois Estados envolvidos, foi importado da construção teórica em torno da extradição. Seu uso tem sido paulatinamente abandonado nos tratados mais recentes de assistência jurídica internacional, em respeito a outro princípio vigente no Direito Internacional contemporâneo, que é o do reconhecimento recíproco ou o da mútua confiança. Entretanto, os tratados internacionais assinados pelo Brasil continuam prevendo, em sua ampla maioria, aquele princípio como um dos requisitos para a transferência internacional de pessoas condenadas.

Na forma como foi concebido, no âmbito da extradição, o princípio exercia uma dupla função. A primeira era a de proteção da soberania do ordenamento jurídico do Estado requerido. Ao não se permitir a extradição nas hipóteses em que o fato narrado no pedido não fosse considerado criminoso também no Estado requerido (onde se encontrava o extraditando), assegurava-se com o princípio em questão a autonomia desse Estado na definição dos fatos pelos quais as pessoas localizadas em seu território poderiam ser criminalmente processadas. Além disso, constituía-se também esse princípio em garantia à pessoa do extraditando, uma vez que impedia o cerceamento de sua liberdade por autoridades do Estado onde o fato em questão não era considerado crime.

A importação desse princípio para o instituto da transferência pretende atender a fins semelhantes. Em primeiro lugar, assegura-se que Estado onde ocorrerá o cumprimento da pena tem autonomia para definir os fatos pelos quais movimentará seu aparelho penitenciário para impingir pena aos cidadãos de sua nacionalidade (ou que em seu território residam). Ademais, seria ofertada também ao cidadão uma garantia de não ser executado em seu próprio país por fatos que nele não são considerados merecedores de reprimenda.

Essa proteção ofertada ao nacional, contudo, pode provocar um paradoxo. De fato, se, por um lado, a exigência da dupla incriminação pode representar uma garantia dos interesses do indivíduo condenado em país diverso do seu de origem; de outro, pode ela também voltar-se contra esses mesmos interesses. É que não será difícil imaginar uma

hipótese em que um usuário de drogas que seja nacional ou residente em um país A, onde o uso de entorpecentes foi descriminalizado, seja preso e, posteriormente, condenado por esse fato em país B, que proscreeve essa conduta. Nessa situação, por mais que desejasse cumprir essa pena em local próximo de sua família, mesmo ciente de que do ponto de vista de seus valores e daqueles comungados por sua comunidade de origem a sua conduta não é delitativa, estaria essa pessoa impedida de ser beneficiada com a transferência internacional em razão da vedação contida no princípio da dupla incriminação. Por outro lado, ainda considerando as bases dessa situação hipotética, seria possível imaginar que um conterrâneo desse usuário de drogas, também preso, quiçá no mesmo estabelecimento penal, por sua vez, condenado por homicídio, conduta por nós considerada mais grave, poderia ser beneficiado se os países A e B, como sói acontecer, incriminassem o homicídio.

Essa situação não pode ser evitada em um mundo dualista (ou pluralista), onde existam diversos ordenamentos jurídicos. A situação só poderia ser resolvida se, tendo em mente o princípio do reconhecimento recíproco, fosse admitido que a execução da sentença trasladada em razão da transferência da pessoa condenada seria possível porque reconhecido que a violação ao ordenamento jurídico do Estado da condenação seria motivo suficiente para a movimentação do aparato penitenciário do Estado da execução, em regime de cooperação. Se essa transferência ocorre com o consentimento da pessoa, em tese interessada e destinatária da proteção da dupla incriminação, que, de certo modo, estaria renunciando a essa proteção conscientemente, seria possível justificar a sua concretização e harmonizar o conflito de valores.

Não se pode olvidar, contudo, que a definição da política criminal e dos valores protegidos por meio do Direito Penal não é somente um interesse individual. Há interesses coletivos de determinados grupos sociais que podem repudiar a execução de uma pena (ainda que não prolatada pelo Estado onde estes se encontram, mas com seu auxílio efetivada) por fatos que esses grupos não consideram merecedores de punição. É o caso, por exemplo, dos crimes políticos. Imagine-se que um determinado cidadão considerado comunista foi preso e condenado por expressar seus ideais em um país em que essa conduta é crime. Por mais que ele deseje cumprir sua pena em local ao menos próximo de sua família, é possível que, no seu país, grupos comunistas sintam-se ofendidos pelo só fato de suas autoridades representativas concordarem com a prisão e a manutenção no cárcere de uma pessoa que simplesmente expressou suas ideias políticas em local proibido. Estar-se-á diante de um exemplar conflito

entre interesses individuais e coletivos, no qual se poderiam até mesmo identificar, em última análise, um conflito entre direitos decorrentes da dignidade da pessoa humana: de um lado, o direito do cidadão de cumprir pena em local mais próximo de sua comunidade de origem; e, de outro, o direito de liberdade de expressão dos indivíduos e dos grupos.

Uma outra hipótese seria a de uma determinada conduta praticada por meio da internet já ser punida em uma comunidade A e não ser em outra (comunidade B) simplesmente porque ainda não aprovada nesta última uma atualização legislativa. Um exemplo seria a inserção de dados falsos em sistema informático de órgão público. Suponha-se que essa conduta é considerada atípica no país B, onde a jurisprudência entende que não pode ela ser subsumida naquele tipo penal que no Brasil corresponde à falsidade ideológica ou naquele relativo ao estelionato. Nesse caso, é possível perceber que, embora seja atípica no país B essa conduta, o bem jurídico em tese violado pode ser considerado igualmente merecedor de tutela penal, de sorte que seria menos traumática a aceitação do afastamento da dupla incriminação nesse caso.

Nos dois casos acima mencionados, de acordo com o princípio da dupla incriminação, a transferência da pessoa condenada simplesmente seria negada, uma vez que não satisfeito esse requisito. Essa solução, contudo, pode não ser justa, seja do ponto de vista dos interesses individuais seja do ponto de vista dos interesses coletivos. Com efeito, no primeiro caso, embora se possa considerar afetada a ordem pública, não se nega que o princípio da dupla incriminação tem também a função de proteção do interesse individual abstrato. Assim, se inexistente esse interesse, ou se concretamente o interesse do indivíduo que se visa proteger é justamente o contrário daquele imaginado, parece razoável que esse cidadão possa reivindicar o exercício desse interesse perante o Poder Judiciário. Por outro lado, pode haver interesse público em garantir uma punição ao cidadão nacional ou aqui residente que praticou conduta que, embora atípica sob a ótica de nosso ordenamento, foi considerada violadora de outro ordenamento jurídico cuja jurisdição sobre o fato, no nosso exemplo, era indiscutível. O suposto interesse coletivo na cooperação jurídica internacional para repressão a essas condutas aliado ao interesse individual em regressar ao país de origem poderiam justificar o afastamento da dupla incriminação no segundo caso.

Por essas razões, sugere-se a não inclusão do princípio da dupla incriminação como requisito dos futuros tratados e a retirada ou revisão daqueles já existentes, permitindo que as autoridades responsáveis pela aplicação dos tratados examinem, nos casos concretos, a

ocorrência ou não de violação à ordem pública, decisão que deve estar sujeita à revisão judicial, em processo no qual se assegure à pessoa condenada a possibilidade de manifestação. Registre-se que os interesses do cidadão de não ser punido no seu país de origem por fato atípico estariam resguardados, nessas hipóteses, pela possibilidade de ele simplesmente não consentir com a transferência, evitando a execução da pena fora do local onde foi considerada violada a ordem jurídica.

5.3.4. A exigência de tratado ou convenção como requisito para a transferência e a admissibilidade da declaração de reciprocidade.

No Brasil, como visto, o principal obstáculo jurídico à ampliação da utilização do instituto é a não-aceitação da transferência internacional de pessoas condenadas fundamentada em declaração de reciprocidade. De fato, o entendimento até hoje adotado pelas autoridades nacionais é o de que a existência de tratado bilateral ou multilateral que permita a transferência é condição *sine qua non* para a efetivação desta. A principal justificativa para essa exigência é que, na falta desses diplomas legais, inexistiria respaldo legal internamente para a execução da sentença estrangeira em nosso território ou para a transferência do local da prisão do estrangeiro aqui condenado. De fato, como também já mencionado, o art. 9º do Código Penal brasileiro prevê que a sentença penal estrangeira só pode ser homologada para produção de efeitos civis ou para aplicação de medida de segurança, de sorte que somente uma lei dispendo em sentido contrário poderia permitir a execução de sentença penal estrangeira nos casos de transferência.

Mais uma vez a aplicação estrita da legislação nacional pode implicar em iniquidades que seriam incompatíveis com o espírito humanitário do instituto. Essa contradição foi revelada em um caso concreto. Tratava-se do pedido formulado por um cidadão brasileiro que foi condenado na Colômbia por tráfico de drogas. Nesse país foi iniciado o cumprimento da pena tendo ele contraído a síndrome da imunodeficiência (AIDS) na prisão. Sem receber, segundo ele, o tratamento médico adequado e sem poder receber visitas de familiares ou pessoas conhecidas em razão da distância e da hipossuficiência econômica destes, requereu a transferência para o cumprimento do restante de sua pena no Brasil. O governo colombiano informou que, embora não houvesse qualquer tratado com o seu país de origem para a transferência internacional de pessoas condenadas, aceitaria a

transferência se houvesse a declaração de reciprocidade por parte do governo brasileiro. Consultado o Ministério das Relações Exteriores, este informou que, de fato, inexistia tratado e que a transferência não poderia ser admitida no Brasil com base apenas na declaração de reciprocidade.

A declaração de reciprocidade é uma práxis internacional. Não tem ela a mesma força de um tratado internacional, não produzindo outro efeito sancionatório às partes na hipótese de inadimplemento que não seja a mera denúncia do acordo. Não confere, pois, no âmbito do Direito Internacional, a mesma segurança dos tratados. Apesar disso, ela tem sido aceita na prática da cooperação jurídica internacional, especialmente em matéria de extradição. Nesse sentido, o art. 76 da Lei nº 6.815/80 prevê expressamente que, na hipótese de reciprocidade, é possível conceder-se a extradição mesmo quando não houver no caso específico tratado em vigor entre os países envolvidos.

A declaração de reciprocidade não é, portanto, algo inovador ou pouco usado no Direito Internacional. Contudo, no caso da transferência no Brasil, inexistindo lei interna que regulamente o instituto e, por outro lado, havendo disposição infraconstitucional cuja interpretação tem sido no sentido de que não se admite, como regra, a produção de efeitos penais de sentença penal estrangeira, resta saber como compatibilizar esse vazio legislativo com os interesses individuais da pessoa condenada.

Nesse ponto é necessário recordar que não existe qualquer vedação expressa na Constituição à execução de sentença penal estrangeira, havendo apenas a disciplina da competência jurisdicional nos casos em que se repute necessária a homologação. Além disso, é preciso ter mente também tudo o que foi dito quanto ao esteio constitucional do instituto da transferência internacional de pessoas condenadas como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana. Estabelecidos, assim, os fundamentos constitucionais do instituto, restaria, então, saber se a interpretação que tem sido conferida ao art. 9º do Código Penal brasileiro está ou não em conformidade com o texto constitucional.

A teleologia da norma explicitada nesse dispositivo legal é semelhante àquela que se pode aduzir da aplicação do princípio da dupla incriminação. Intenciona-se especialmente a proteção dos interesses dos indivíduos que se encontram no território nacional (brasileiros e estrangeiros aqui residentes) de não serem processados ou de qualquer modo afetados por uma decisão estrangeira, sem que uma autoridade nacional tenha procedido a um filtro de compatibilização entre essa decisão e as garantias previstas em nosso ordenamento jurídico.

A execução da sentença estrangeira em decorrência da transferência da pessoa condenada, contudo, não se contrapõe a qualquer desses interesses. Em primeiro lugar, a soberania do Estado brasileiro sobre seu povo e seu território é mantida, na hipótese de aceitação da reciprocidade, pela exigência de que a declaração de aceitação seja formulada pela autoridade que representa a República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais, isto é, pelo Presidente da República. Trata-se, pois, de ato que, no lugar de violar a soberania nacional, representa o pleno exercício desta. Além disso, se a teleologia da norma é proteger também os interesses do indivíduo contra o qual foi prolatada a sentença penal, se este concorda com a sua execução, de modo consciente, voluntário e com acompanhamento de um advogado, parece também compatível a transferência internacional consentida de pessoas condenadas com os termos dessa disposição legal.

Ademais, inadmitir a transferência nas hipóteses de ausência de tratado bilateral é permitir o tratamento anti-isonômico entre presos em razão exclusivamente de sua nacionalidade. Dois exemplos bastam para identificar o tratamento discriminatório aventado. Imagine-se a hipótese de um cidadão espanhol e um cidadão romeno terem sido contratados pela mesma organização criminosa para executar o transporte da droga originária da Bolívia com destino à Itália. Esses cidadãos recolhem a droga na Bolívia, entram no Brasil por rodovia que liga os países e pretendem retornar à Europa por voo com saída do aeroporto internacional localizado na cidade de Guarulhos-SP. Antes do embarque eles são detidos por policiais federais que encontram entre os seus pertences a substância entorpecente. Esses cidadãos são, então, submetidos a julgamento e condenados a penas semelhantes. Até este momento foram tratados de forma absolutamente semelhante. Contudo, durante a execução da pena, somente o cidadão espanhol poderá ser beneficiado com a transferência internacional para cumprir o restante de sua pena em local mais próximo de sua família. Ainda que a Romênia concorde, desde que haja a declaração de reciprocidade pelo governo brasileiro, com a transferência, mantendo-se o entendimento das autoridades nacionais, até a presente data, essa transferência não poderá ser realizada e o tratamento com violação à isonomia será também mantido.

Outro exemplo, agora com a transferência ativa, também pode ressaltar a iniquidade desse posicionamento. Imagine-se que dois irmãos brasileiros são contratados pela mesma organização criminosa para transportar droga do Brasil para a Europa. Ambos conseguem entrar na Europa e se encontram com a pessoa responsável por seu aliciamento na

Romênia. Nesse encontro, define-se que um entregará a droga a um destinatário residente em Portugal e o outro entregará a outro destinatário localizado na Bélgica. Antes da entrega da substância entorpecente, contudo, em razão de ação articulada pela Interpol, ambos são detidos, um em Portugal e outro na Bélgica. Se também até aqui eles foram tratados do mesmo modo, ainda que sejam condenados a penas semelhantes, apenas o cidadão brasileiro preso em Portugal poderá ser transferido para cumprir o restante de sua pena no Brasil. Seu irmão, por outro lado, será obrigado a cumprir toda a pena na Bélgica, porque as autoridades nacionais entendem que o art. 9º do Código Penal brasileiro impediria a execução da pena estrangeira.

A interpretação que tem sido atribuída a esse dispositivo, no entanto, não se compatibiliza com o texto da Constituição de 1988. Além de atingir, como já mencionado, o princípio da dignidade da pessoa humana ao impor um acréscimo desnecessário no sofrimento da pena aplicada ao condenado, essa exegese vai de encontro ao princípio da isonomia, distinguindo as pessoas condenadas exclusivamente em razão de sua origem ou nacionalidade. Se não é possível afirmar que o art. 9º do Código Penal não foi recepcionado pela Constituição de 1988, pois nesta há previsão da homologação de sentença estrangeira, o que permite inferir que é admissível a homologação nos casos ali previstos; por outro lado, é necessário, ao menos, conferir interpretação conforme à Constituição para excluir a exegese de que esse dispositivo veda a transferência nas hipóteses de reciprocidade.

Ainda que se pudesse considerar superado esse obstáculo hermenêutico, se admitida a reciprocidade, restaria saber quais dispositivos legais regulamentariam a transferência no caso concreto, já que, como visto, não existe lei interna regulamentando a transferência para esses casos. É verdade que a ausência dessa legislação dificulta a aplicação prática da transferência tanto nos casos de reciprocidade como também nos casos em que há tratado, de modo que se demandariam negociações ainda mais avançadas em cada caso de declaração de reciprocidade. Contudo, se reconhecido que a transferência internacional é direito que decorre diretamente da Constituição de 1988, não vislumbramos obstáculo para que se adote como um dos termos da negociação internacional a aplicação por analogia de qualquer um dos tratados já celebrados pelo governo brasileiro ou mesmo o tratado modelo da ONU.

CONCLUSÃO

A transferência internacional de pessoas condenada é um instituto jurídico novo, que tem sua origem no processo moderno de humanização da pena. Como visto, cuida-se da possibilidade de uma pessoa condenada no território de um país do qual não é nacional cumprir o restante de sua pena no território do seu país de origem ou naquele onde tem residência habitual. Uma vez que ele implica, de certa forma, a incorporação da sentença condenatória de um Estado no ordenamento jurídico de outro, em atenção ao princípio da soberania, pressupõe esse instituto o estabelecimento de uma cooperação jurídica entre as nações.

O surgimento desse instituto a partir da prática internacional e do acordo entre Estados com ordenamentos jurídicos distintos conduziu ao estabelecimento de preceitos e procedimentos que, embora tenham certa utilidade, não estão ainda totalmente sistematizados. Além disso, a ausência dessa sistematização técnica pode provocar, na aplicação prática do instituto, incongruências com os ordenamentos jurídicos estatais suficientes para inviabilizar a consecução dos seus objetivos ou desacreditar a sua utilidade.

Para evitar a ocorrência de qualquer dessas duas consequências de uma eventual atecnia da política internacional, acreditamos que se mostrava necessário, em primeiro lugar, identificar os princípios que orientaram a regulamentação da matéria no plano internacional e no plano nacional, tendo em mente que nosso ponto de vista é o do ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, buscamos, primeiramente, situar o objeto de estudo no âmbito de um dos ramos do Direito, no intuito de verificar se os princípios aplicáveis de um modo geral aos institutos dessa disciplina também serviriam para a orientação da regulamentação da transferência. Assim, no primeiro capítulo, identificamos que a transferência internacional de pessoas condenadas, como uma espécie de mecanismo de cooperação jurídica internacional em matéria penal, deve ser estudada como objeto do Direito (Processual) Penal Internacional.

A divergência na nomenclatura da disciplina, como visto, revela o debate em torno da autonomia de disciplinas específicas dentro de um grupo ou ramo maior que, de acordo com alguns doutrinadores, poderia receber o nome de Direito Penal Internacional, o

qual compreenderia tanto os aspectos penais e processuais penais do Direito Internacional como também os aspectos internacionais do Direito Penal e do Direito Processual Penal.

Após apresentar os argumentos que justificam a categorização dos objetos de estudo desse ramo amplificado chamado Direito Penal Internacional, identificamos que todas essas disciplinas enfrentam, de alguma forma, o desafio de tentar compatibilizar os princípios da eficiência da resposta penal e da soberania dos Estados, de um lado, e do respeito às liberdades e garantias individuais, de outro. Com efeito, ao analisarmos as dicotomias que envolvem o Direito Processual Penal (eficientismo e garantismo) e o Direito Internacional (soberania dos Estados/multiculturalismo e direitos humanos/universalismo), isoladamente, vimos ser possível cogitar que esses debates também se refletem nas hipóteses de tratamento de matérias que teriam pontos de contato com essas duas disciplinas, como a cooperação jurídica internacional em matéria penal.

Por conseguinte, no segundo capítulo, estudou-se a regulamentação da cooperação jurídica internacional em matéria penal em sentido amplo e os princípios a ela aplicáveis. Verificou-se que, de fato, esses princípios poderiam ser categorizados em três grupos que equivaleriam aos três princípios que se busca harmonizar no âmbito do Direito Processual Penal Internacional: o da eficiência da resposta penal, o da soberania dos Estados e o do respeito às liberdades e garantias individuais.

A partir dessa constatação, no terceiro capítulo, além de apresentar o desenvolvimento histórico do instituto e noções preliminares consideradas essenciais para a sua análise, examinamos a forma como ele foi regulamentado no contexto da Convenção de Estrasburgo de 1983, que, embora tenha sido celebrada no âmbito do Conselho da Europa, está aberta à adesão de Estados não-membros, tornando-se, assim, praticamente uma convenção global, e como a Organização das Nações Unidas sugeriu que ele fosse regulamentado, o que se efetivou por meio do tratado-modelo da ONU.

Percebeu-se, nesse capítulo, que aqueles três princípios também nortearam a regulamentação do instituto no plano internacional. Notou-se, por exemplo, que o princípio da soberania dos Estados encontrava ressonância na exigência da expressa anuência dos Estados envolvidos para a realização da transferência e na atribuição de absoluta discricionariedade a eles nessa decisão. Além disso, encontramos também reflexos do princípio da eficiência na utilização do sistema de Autoridades Centrais e na redução das exigências formais no processo de comunicação e troca de documentos. Por fim, verificamos que o respeito às

liberdades e garantias individuais se refletia especialmente na exigência de consentimento da pessoa apenada como condição para a transferência, no direito à informação e na aplicação do princípio do *ne bis in idem*.

Como o ponto de vista adotado nesta pesquisa foi o do ordenamento jurídico brasileiro, depois de traçarmos as linhas gerais da regulamentação do instituto, examinamos a forma como no Brasil foi disciplinada a transferência internacional de pessoas condenadas. Inicialmente, apresentamos uma contextualização normativa a respeito dos efeitos que uma sentença penal estrangeira podia historicamente produzir em nosso ordenamento. Depois de identificar a ausência de legislação específica sobre a possibilidade de transferência internacional de pessoas condenadas, constatamos que, no Brasil, a matéria é regulada apenas no âmbito de tratados bilaterais ou multilaterais. Ao descrevermos a estrutura normativa constante nesses acordos internacionais assinados pelo Brasil, verificamos que, de um modo geral, ela se equipara àquela sugerida pela ONU e àquela que existe no âmbito do Conselho da Europa, embora careça de maior sistematização e padronização.

Apresentamos, contudo, dados que revelam a insuficiência dessa regulamentação. São poucos os países com os quais o Brasil tem tratado para transferência e são poucas as transferências realmente efetivadas. Na análise de casos concretos, percebemos também que não há ainda um entendimento adequado do papel do Poder Judiciário nacional no processo de transferência, o que tem provocado decisões que, na prática, tornam pouco úteis o instituto.

Com efeito, no capítulo terceiro, observou-se que as origens da criação do instituto remetem a um processo histórico de humanização da pena. O aumento do número de estrangeiros recolhidos nas prisões das diversas nações aliado à consideração das dificuldades por estes enfrentadas para o cumprimento da pena em um país diverso do seu de origem, com a restrição de visitas de parentes e amigos e o tratamento às vezes excludente por preconceitos xenofóbicos, contribuíram, como visto, para a formulação pela ONU de um tratado-modelo e de uma recomendação internacional para a adoção do instituto, com a intenção de conferir maior dignidade à execução da pena aplicada aos cidadãos estrangeiros.

A pretensão de universalidade dos direitos humanos, contudo, confronta-se com a realidade do pluralismo de ordenamentos jurídicos nacionais que interpretam e regulam esses direitos de forma diversa e submetida, em todo caso, aos interesses de natureza política, econômica, social e cultural, que são protegidos pela noção de soberania nacional. Assim, um

instituto como o da transferência internacional de pessoas condenadas, ainda que tenha reconhecido o seu valor humanitário, por depender da cooperação entre os diversos Estados, pode ter a sua execução inviabilizada ou sobremaneira dificultada ao ponto de restar reduzida a utilidade prática, se esse valor humanitário não servir para a superação de obstáculos práticos (econômicos, por exemplo) e processuais (v.g., excesso de formalidades).

Vimos também que, como todos os demais mecanismos de cooperação jurídica internacional, a regulamentação da transferência internacional de pessoas condenadas é regida por um conflito entre os princípios do eficientismo penal, de um lado, e do garantismo penal, de outro, e entre o princípio da soberania dos ordenamentos jurídicos plurais, de um lado, e do monismo pretendido pelo sistema de direitos humanos, de outro. Para que esses conflitos não impeçam o desenvolvimento do instituto, no último capítulo, apresentamos a sugestão de tomar um valor-fonte que possa orientar as hipóteses de solução. Sustentamos, assim, que a transferência internacional da pessoa condenada deve ser compreendida como uma decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana.

A adoção da transferência internacional de pessoas condenadas, contudo, não solucionará todos os problemas e dificuldades na execução da pena do preso estrangeiro. Trata-se, como visto, tão-somente de uma das formas possíveis de conferir maior dignidade ao cumprimento da pena por esse cidadão, reduzindo-lhe o sofrimento provocado pelo isolamento no cárcere, em um ambiente cultural e muitas vezes linguístico que lhe é adverso.

Para tornar mais útil e eficaz esse relevante instrumento de humanização da pena imposta ao cidadão estrangeiro, verificamos que seria necessário desconstituir dois paradigmas. O primeiro refere-se à clássica vinculação entre o local da condenação e o local de cumprimento da pena. Demonstramos ao longo da dissertação que essa vinculação não se cuida de um imperativo lógico-jurídico, mas tão-somente de uma prática associada à finalidade preventiva da pena. Além disso, mostrou-se necessário também desconstruir os princípios que orientaram na prática a regulação da transferência e que acabavam servindo de obstáculo ao desenvolvimento do instituto.

Ao invertermos a lógica voluntarista e predominantemente estatal que norteia a transferência de pessoas condenadas, conferindo, agora, destaque ao princípio da dignidade humana e ao seu consectário da legalidade da pena, pretendemos fornecer um critério hermenêutico que permitisse solucionar os conflitos eventualmente havidos entre os interesses individuais do apenado e os dos Estados envolvidos.

Diante de tudo o que foi estudado, consideramos possível admitir que a transferência internacional de pessoas condenadas deve levar em consideração não somente a nacionalidade do indivíduo interessado, mas também seus laços afetivos e sociais com o local onde ele pretende cumprir a pena, permitindo-se a transferência do estrangeiro com residência habitual, a exemplo do que já ocorre no Tratado celebrado pelo Brasil com Portugal sobre a matéria. Além disso, verificamos ser possível também, em atenção a teleologia do instituto, a transferência do estrangeiro que se encontra preso em país distinto do seu de origem mesmo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Ademais, identificamos que a previsão do princípio da dupla incriminação não atende necessariamente aos interesses do indivíduo e, por essa razão, considerando que ele foi pensado, inicialmente, como uma garantia para o extraditando, deve, nos casos de transferência, ser relativizado quando sua aplicação se mostrar iníqua. Por fim, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio da isonomia, constatamos que é premente a mudança de entendimento das autoridades brasileiras quanto à não aceitação da declaração de reciprocidade como fundamento para a transferência internacional, o que, além de melhor atender aos fins para os quais foi criado o instituto, permitiria aumentar consideravelmente o número de beneficiários em potencial da transferência.

De fato, se é certo que a lei deve proteger o mais débil, entendemos, por tudo o que já foi dito, que, na fase da execução penal, é o cidadão estrangeiro aquele a quem as normas dos tratados de transferência internacional de pessoas condenadas devem se destinar, sendo, portanto, com base no princípio da dignidade da pessoa humana que elas devem ser interpretadas.

REFERÊNCIAS

ABBEL, Michael. **International Prisoner Transfer**. New York: Transnational Publishers Inc., 2001.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

_____. Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. **Revista Española de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Año 22, nº 66. set/dez 2002.

ALVIM, Maria Cristina de Souza. A força normativa do princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, ano 7, n. 2, p. 15-25, 2007.

AMBOS, Kai. Implementação do estatuto de Roma na legislação nacional. *In*: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel. (Coord.) **Persecução penal internacional na América Latina e Espanha**. Tradução e organização – IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

_____. **La parte general del derecho penal internacional: bases para una elaboración dogmática**. Trad. Ezequiel Malarino. Montevideo: KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V., 2005.

ANDRADE, Vander Ferreira de. A dignidade da pessoa humana como valor-fonte da ordem jurídica. **Revista Imes direito**, São Caetano do Sul, v. 2, n. 4, p.29-43, jan./jun. 2002.

ARAÚJO JR., João Marcello. Cooperação internacional na luta contra o crime. Transferência de condenados. Execução de sentença penal estrangeira. Novo Conceito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, nº 10, abr-jun, 1995, pp. 105-115.

_____. Introdução à teoria geral do direito penal internacional. *In*: **Ciência Penal: coletânea de estudos : homenagem a Alcides Munhoz Netto**. Curitiba: JM, 1999

BADAN, Didier Operti. Características de la moderna cooperación penal internacional en asuntos penales con especial referencia a los últimos desarrollos convencionales en el ámbito multilateral y bilateral. *In*: **Curso de cooperación penal internacional**. Montevideo: Carlos Alvarez Editor, 1994.

BARROSO, Luís Roberto. “Aqui, lá em todo lugar”: a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n 919, maio de 2012.

BASSIOUNI, M. Cherif. Perspectives on the transfer of prisoners between the United States and Mexico and the United States and Canada. **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, vol. 11, 1978.

_____. **Introduction to international criminal law**. Nova Iorque: Transnacional, 2003.

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BEHRENS, Hans-Jörg. Investigação, julgamento e recurso. *In*: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, KAI (org.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BERGMAN, Eduardo Tellechea. Cometidos y funcionamiento de la autoridad central em el tratado de assistência jurídica mutua em asuntos penales entre la republica oriental del Uruguay y Estados Unidos de America, especialmente em lo relativo al rehusamiento de la cooperación impetrada. *In*: CERVINI, Raul. *Et al.* **Curso de cooperación penal internacional**. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao direito penal: análise do sistema penal à luz do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. A lei penal no tempo e no espaço. *In*: **Ciências Criminais no século XXI: estudos em homenagem aos 180 da Faculdade de Direito do Recife**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2007.

_____. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. Coimbra: Almedina, 2012.

BUCHO, José Manuel Cruz; PEREIRA, Luís Silva. **Cooperação internacional penal: extradição e transferência de pessoas condenadas**. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2000.

CAEIRO, Pedro. **Fundamento, conteúdo e limites da jurisdição penal do Estado: o caso português**. Coimbra: WoltersKluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010.

CAFFARENA, Borja Mapelli; CANO, María Isabel Gonzalez. **El traslado de personas condenadas entre países**. Madrid: McGraw Hill, 2001.

CANTARELLI, Margarida de Oliveira. **Da territorialidade à transnacionalidade: a desterritorialização da jurisdição penal**. Recife, 30 cm. 2v.; Tese (doutorado) - Universidade Federal de Pernambuco. CCJ/FDR, Recife, 2000.

_____. O Princípio da Legalidade e o Tribunal Penal Internacional. *In*: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Coordenadores). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Francisco de Vitória, a doutrina colonial para o novo mundo. *In*: BRANDÃO, Cláudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (coord.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012.

CASELLA, Paulo Borba; SANCHEZ, Rodrigo Elian (orgs.). **Cooperação judiciária internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Cooperação internacional na execução da pena: a transferência de presos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. N. 71, pp. 233-325, mar./abr. 2008.

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

_____. Das garantias do concernido na cooperação judicial penal internacional. *In* ZAFFARONI, Eugênio Raul; KOSOVSKI, Ester. **Estudos em homenagem ao Prof. João Marcello de Araujo Junior**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____. Los atributos de la defensa en la cooperación judicial penal internacional del Mercosur, **Revista de Derecho**, Montevideo, Universidad Católica Dámaso Larrañaga. Uruguay-Konrad Adenauer Stiftung No. 06, dez., 2011.

CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. A culpabilidade no direito internacional penal. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIV, n. 51, p. 51-65, out./dez., 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSTA, Sidney Alves. Cooperacion penal internacional em el marco europeo. *In*: **Curso de cooperacion penal internacional**. Montevideo: Carlos Alvarez Editor, 1994.

DALLASTA, Viviane. Análise acerca da (im)possibilidade de cooperação jurídica internacional penal em matéria de defesa pela via do auxílio direto: o mito de janus e o futuro da cooperação penal. **Revista das Defensorias Públicas do MERCOSUL**, Defensoria Pública da União, N. 2, dez. 2011, p. 47-85, Brasília: Defensoria Pública da União, 2011.

DEL PONT, Luis Marcó. Intercâmbio de presos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, Senado Federal, ano 19, n. 73, já./mar. 1982.

DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia** - o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra, Coimbra Editora, 1992.

_____. Sobre o Estado Actual da Doutrina do Crime, **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, 1, janeiro-março de 1991, pp. 9-53.

_____. **Direito processual penal**. Reimpressão da 1ª edição (1974). Lisboa: Coimbra Editora, 2004.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. Trad. Vitor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado: parte geral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. Trad. Carlo Coccioli, Márcio Lauria Filho. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FINKELSTEIN, David S. “Ever been in a [foreign] prison?”: the implementation of transfer of penal sanctions treaties by US. States, **Fordham Law Review**, vol. 66, issue 1, Article 4, 1997, p. 125-163. Disponível em: <http://ir.lawsnet.fordham.edu/flr/vol66/iss1/4>. Acesso em: 31 out. 2012.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Princípio da legalidade penal e estrado democrático de direito: do direito penal mínimo à maximização da violência punitiva. In: BRANDÃO, Claudio *et al.* **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Processo penal transnacional: linhas evolutivas e garantias processuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 3, n. 9, jan./mar., 1995.

HOMEM, António Pedro Barbas. **História das relações internacionais: o direito e as concepções políticas na Idade Moderna**. Coimbra: Almedina, 2010.

JAPIASSU, Carlos Eduardo Adriano. **O Tribunal Penal Internacional. A internacionalização do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

JESCHECK, Hans-Heinrich. O objeto do direito penal internacional e sua mais recente evolução. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 6, p.7-20, abr./jun. 1972

_____. **Tratado de derecho penal**. Mir Puig e Muñoz Conde (trad.). Barcelona: Bosch, 1981.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEITE, Inês Ferreira. **O Conflito de Leis Penais: natureza e função do Direito Penal Internacional**. Coimbra:Coimbra Editora, 2008.

LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. **A relação extradicional do direito brasileiro**. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

LISZT, Franz Von. (1881)**Tratado de direito penal alemão**. Tradução José Higino Duarte Pereira. Campinas: Russell, 2003.

LOPES Jr. Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOULA, Maria Rosa Guimarães. **Auxílio direto: novo instrumento de cooperação jurídica internacional civil**. Belo Horizonte: Forum, 2010.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. **A renúncia à imunidade de jurisdição pelo estado brasileiro e o novo direito da imunidade de jurisdição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. O Brasil e a jurisprudência do STF na idade média da cooperação jurídica internacional. **Revista brasileira de ciência criminais**. N. 54, pp. 291-311, maio/jun. 2005.

_____. Transferência de condenados sem homologação. **Revista Consultor Jurídico**, 20 de julho de 2011, disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jul-20/cooperacao-internacional-transferencia-condenado-homologacao>> Acesso em: 23 fev. 2012

MANZANARES SAMANIEGO, José Luiz. El convenio del Consejo de Europa sobre traslado de personas condenadas. **Revista de Derecho Público**, Madri, Tomo VIII, vol. 2, ano 1988.

MARQUES, José A. G. Cooperação judiciária internacional em matéria penal: algumas considerações sobre a matéria no quadro multilateral e no domínio das relações bilaterais entre Portugal e Espanha. **Revista do Ministério Público**. n. 72, pp. 31-54, Ano 18, out./dez 1997.

MARTINS, Fátima Adélia. Cooperação judiciária internacional em matéria penal: a rede judiciária europeia. **Revista do Ministério Público**. n. 100, pp. 103-133, Ano 25, out./dez. 2004.

MARTINS, Rui Cunha. **O método da fronteira: radiografia histórica de um dispositivo contemporâneo (matizes ibéricas e americanas)**. Coimbra: Almedina, 2008.

MARTINS, Teresa Alves.; ROMA, Mônica Quintas. Cooperação internacional no processo penal: relatório português ao congresso internacional de direito processual. **Revista portuguesa de ciência criminal**. Ano 5, fase 3-4, pp. 445-486, jul./dez. 1996.

MIOTTO, Armida Bergamini. Presos estrangeiros: preocupações da ONU. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 22, nº 86, abr-jun, 1985.

_____. Transferência de presos estrangeiros. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, v. 1, n. 2, out./dez. 1993.

MIRANDA, Jorge. A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. *In*: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (coord). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MOTA, José Luís L. da. A nova lei de cooperação judiciária internacional em matéria penal. **Revista do Ministério Público**. n. 84, pp. 139-151, Ano 21, out./dez. 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. Direitos humanos e o princípio da dignidade humana. **Revista do Advogado**. São Paulo, Ano XXIII, nº 70, jun. 2003.

RIPOLLES, Antonio Quintano. **Tratado de Derecho Penal y Internacional Penal**. Tomo I. Madrid: CSIC Inst. Francisco de Vitoria, 1955.

ROCHA, Manuel António Lopes. Cooperação judiciária internacional em matéria penal. Transferência de pessoa condenada. Pressupostos, reinserção social e consentimento. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Lisboa, ano 2, nº 1, 1992.

RODLEY, Nigel S. **The treatment of prisoners under international law**. New York: Oxford University, 1999.

RODRIGUES, Anabela Miranda; MOTA, José Luis Lopes. **Para uma política criminal europeia**: quadro e instrumentos jurídicos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da união europeia. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. **A extradição**: no direito internacional e no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

SANCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Lua Nova**, São Paulo, n.39, 1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451997000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 27 nov. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Boletim da Faculdade de Direito**, Vl. LXXXII, 82, Coimbra, 2006.

SILVA, Carlos Augusto C. G. da. Direito internacional penal e execução penal: uma abordagem a partir da idéia de cooperação internacional. *In*: MARCHI JUNIOR, Antônio de Pandova; PINTO, Felipe Martins. (coord.) **Execução Penal: constatações, críticas, alternativas e utopias**. Curitiba: Juruá, 2008.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, nº 212, 1998.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Pereira da. **A sociedade das nações e o direito penal internacional**. Lisboa: Livraria Ferrin, 1928.

SILVA, Ricardo P. M. da. Cooperação jurídica internacional e auxílio direto. **Revista CEJ**. N. 32, pp. 75-79, jan./mar. 2006.

SIMÕES, Euclides Dâmaso. Cooperação judiciária em matéria penal no seio da União Européia. **Revista do Ministério Público**. n. 86, pp. 99-106, Ano 22, abr./jun 2001.

SOARES, Guido F. S. Os direitos humanos e a proteção dos estrangeiros. **Revista da Faculdade de Direito da USP**. Vol. 99, pp.403-460, 2004.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **Presos estrangeiros no Brasil: aspectos jurídicos e criminológicos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. O instituto da transferência de presos. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº 41, ano 11, jan.-mar. 2003, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

SUNGA, Lyal S. A competência *ratione materiae* da Corte Internacional Criminal: art. 5 a 10 do Estatuto de Roma. *In*: CHOUKR, Fauzi Hassan; AMBOS, Kai (org.). **Tribunal penal internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TENORIO, Oscar. **Direito internacional privado**. Vol. II. 11ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito internacional privado**: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos estados americanos. Vol I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974.

_____. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. III, 1978.

VERVAELE, John A. E. **La legislación antiterrorista em Estados Unidos**: inter armas silent legis. Buenos Aires: Estudiosdes Puerto, 2007.

VIADA, Natacha G. **Derecho penal y globalización**: cooperación penal internacional. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.

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

WACQUANT, Loïc. “Inimigos cômodos”: estrangeiros e imigrantes nas prisões da Europa. *In Discursos sediciosos*: crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. **Em torno de la cuestion penal**. Buenos Aires: BdeF, 2005.