

# OBSERVARE 1<sup>st</sup> International Conference

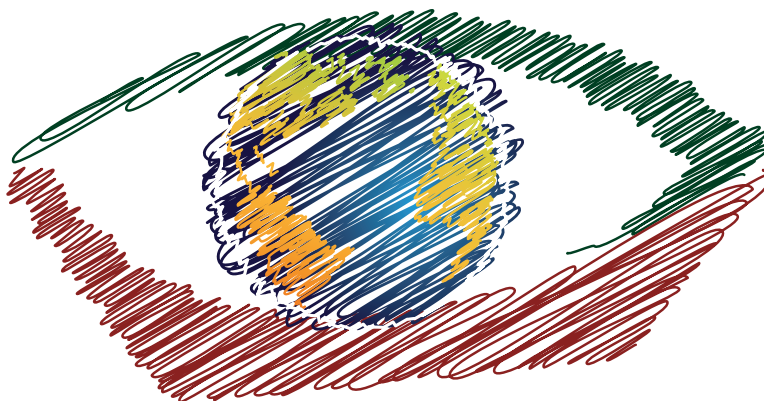
16 - 17 - 18 November, 2011

## I Congresso Internacional do OBSERVARE

16 - 17 - 18 Novembro, 2011

---

### INTERNATIONAL TRENDS and Portugal's Position



### AS TENDÊNCIAS INTERNACIONAIS e a posição de Portugal

---

# Actas

Universidade Autónoma de Lisboa | Fundação Calouste Gulbenkian

<http://observare.ual.pt/conference>

## Extradição no Brasil, em Portugal e na União Européia

José Antonio Farah Lopes de Lima  
Universidade Autónoma de Lisboa

**Palavras chave:** extradição, cooperação penal, mandado de detenção europeu, Brasil, União Européia

Devido ao fenômeno da globalização no século XXI, com todos os seus efeitos positivos e negativos para a humanidade, uma constatação é incontroversa: o aumento da circulação de pessoas. Se esse fato é bom para a economia e para o turismo, o mesmo não se pode dizer em relação à justiça. Hoje é muito fácil praticar um crime no país A e fugir imediatamente para o país B. Neste caso, os Estados somente têm uma opção: cooperarem mutuamente, de modo que estes fugitivos possam ser capturados e devolvidos aos Estados onde os crimes foram praticados, de modo que a justiça possa ser realizada e a paz social readquirida. Assim, a extradição torna-se um dos instrumentos jurídicos mais relevantes deste século em termos de cooperação penal internacional. Se no passado prevalecia aspectos ligados à soberania nacional para resolução dos pedidos/processos de extradição, hoje outros elementos têm também relevância, como os direitos humanos das pessoas envolvidas. Ao examinarmos nesta comunicação a extradição no direito brasileiro e no direito da União Européia, observamos o presente e o futuro, ou seja, a extradição na sua forma clássica (sistema vigente no Brasil e na América do Sul) e a extradição simplificada, na forma do mandado de detenção europeu (vigente na União Européia). O destaque da primeira parte, quando da apreciação da extradição segundo o direito brasileiro, cabe ao caso Cesare Battisti, de longe o mais controverso e de maior relevo da história da extradição no Brasil. Com o estudo aprofundado deste caso, consegue-se apreender algumas ineficiências do sistema extradicional brasileiro, como a influência do Poder Executivo quanto à decisão de extraditar. Quanto à segunda parte, o destaque é o mandado de detenção europeu, forma simplificada de extradição vigente em Portugal e na União Européia desde 2004. O estudo deste instrumento de cooperação é relevante pela sua inovação e ousadia em quebrar vários parâmetros da extradição clássica, como a exigência da dupla incriminação (para um número determinado de infrações penais). No final da segunda parte desta comunicação, a título de ilustração, fazemos uma breve reflexão sobre o caso Julian Assange, fundador do Wikileaks, relacionado ao funcionamento do mandado de detenção europeu. Deste modo, vale a pena examinar os pontos positivos e negativos das duas formas de extradição, clássica e moderna, para que se possa contribuir ao aperfeiçoamento deste instituto tão importante de cooperação penal internacional.

**José Antonio Farah Lopes de Lima** – Professor da Universidade Autónoma de Lisboa. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Paris I – Panthéon-Sorbonne. Pós-Doutorado em Direito Penal Europeu pela Universidade de Cambridge. Professor da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo e do Instituto Superior da Maia. É o representante brasileiro no Projeto Europeu sobre o Mandado de Detenção Europeu ([www.eurowarrant.net](http://www.eurowarrant.net)).

## O Caso Cesare Battisti: conflito ou convergência entre os Poderes Executivo e Judiciário?

José Antonio Farah Lopes de Lima

Neste artigo, pretendemos examinar o processo de extradição de Cesare Battisti e seus efeitos quanto à relação entre os Poderes Executivo e Judiciário no caso concreto.

A extradição é juridicamente o processo de entrega de um indivíduo procurado feita pelo país onde ele se encontra (Estado requerido) ao país que, imputando ao mesmo o cometimento de ao menos uma infração legal, o reclama para ser submetido a julgamento pelos tribunais deste último ou para cumprir pena que lhe foi previamente imposta (Estado requerente).

Todo e qualquer instituto jurídico deve ser elaborado pelo legislador com bastante acuidade. Mais verdade ainda é que, o instituto jurídico, submetido à apreciação da autoridade competente, intérprete da lei, deve merecer a mais cuidadosa atenção quando de sua aplicação. E o instituto jurídico da extradição não poderia fugir à esta regra. Por ser um instituto processual muito delicado e complexo, por suas peculiaridades, entendemos que deve merecer maior atenção tanto do legislador nacional quanto da autoridade incumbida de aplicá-lo ao caso concreto.

Nas relações internacionais, no que diz respeito à extradição, atendendo à necessidade de cooperação judiciária internacional no combate à criminalidade, organizada ou não, as nações observam os tratados ou convenções entre si celebradas. Quando inexistentes esses pactos internacionais, as nações têm por alternativa a observância do princípio da reciprocidade, que consiste na entrega da pessoa reclamada, condicionada à promessa de igual tratamento quando de um eventual pedido similar. Todavia, mesmo sendo raro tal procedimento, nada impede que uma nação conceda a extradição a si requerida sem exigir contrapartida alguma.

A extradição, ao ser estabelecida em convenções ou tratados internacionais, pode ser considerada mais simples, já que os Estados envolvidos (convenientes ou acordantes), conhecedores previamente das respectivas legislações, traçam as diretrizes a serem observadas (pressupostos para a concessão, impedientes, processamento, sobrestamento, etc.) e se obrigam a atender um eventual pedido de extradição feito por uma das partes. Assim, presente um pressuposto estabelecido no pacto extradicional, sob pena de sofrer desgaste em sua credibilidade perante a comunidade global, não há como a nação requerida deixar de atender à reclamação do país requerente.

Quanto à simplicidade, o mesmo não se pode dizer quando se tratar de processo extradicional que envolva nações que não tenham se comprometido pela via de tratado ou convenção internacional. Nesses casos, o cuidado deve ser ainda maior. Na salvaguarda do bom conceito de que goza no seio da comunidade internacional, para a análise do pedido de extradição, a nação requerida deverá se cercar de todas as cautelas possíveis para conceder ou não a extradição. E isso porque a decisão sobre o requerimento extradicional ultrapassa as fronteiras do país requerente. A concessão ou negativa de extradição poderá ter reflexos negativos para a nação requerida. Se negada a extradição, obviamente, desagrada ao Estado requerente; e pode também desagradar às nações que adotem legislação extradicional similar ou mesmo simpatizantes da legislação do país reclamante. Se concedida a extradição, agrada ao Estado requerente, mas pode, de forma igual, desagradar às nações que adotem legislação que divirjam dos fundamentos jurídicos em que se apoiou o requerimento de extradição.

Conclui-se, pois, que a extradição pode ser de natureza obrigacional, imperativa – quando fundada em instrumento jurídico internacional firmado entre requerente e requerido – ou facultativa, ou seja, quando a nação requerida aquiesce ao pleito analisando sua conveniência ou seus interesses no momento do requerimento.

Em qualquer caso, a decisão num processo extradicional influirá na imagem da nação requerida perante a comunidade internacional. Poderá se constituir tanto como título que ratifique a credibilidade e honra do país requerido, como também título que o desacredite perante as demais nações civilizadas.

No Brasil, o instituto da extradição vem sendo regulado no ordenamento jurídico brasileiro desde as primeiras Constituições. Já dispunha a Carta Constitucional de 1934, no seu art. 113, nº 31: "Não será concedida a Estado estrangeiro extradição por crime político ou de opinião, nem, em caso algum, de brasileiro". A Constituição de 1937, por interesse do regime vigente, também não fez passível de extradição o nacional. Rezava o §12 do seu art. 122: "Nenhum brasileiro poderá ser extraditado por pedido de governo estrangeiro". A Constituição Federal de 1946 – estando o Brasil de retorno ao Estado democrático de direito, trazia o §33 do art. 141 com a seguinte redação: "Não será concedida a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião e, em caso nenhum, a de brasileiro". A Carta Magna 1967, art. 150, §19 e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969, art. 155, §19, assim dispuseram: "Não será concedida a extradição do estrangeiro por crime político ou de opinião, nem em caso algum, a de brasileiro". Vê-se que, mesmo promulgados em regime excepcional, os diplomas constitucionais de 1967 e 1969 contemplaram como impedientes da extradição o crime político ou de opinião.

Vale destacar que o grande apego brasileiro ao princípio da soberania nacional, além do fato da necessidade de cooperação judiciária internacional há algum tempo atrás ser menos imperativa do que a situação atual, levou o Brasil a admitir por muito tempo a extradição somente nos casos em que tivesse participação em convenções ou tratados extradicionais.

A partir da edição do Decreto-Lei nº 941, de 18 de outubro de 1969, que emergiu da necessidade de se regular a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, houve um relativo avanço, pois foi admitida expressamente a extradição mediante ‘compromisso de reciprocidade’. Rezava o seu art. 87: "A extradição de estrangeiro poderá ser concedida quando o governo do outro país a solicitar, invocando convenção ou tratado firmado com o Brasil e, em sua falta, a existência de reciprocidade de tratamento".

Em 19 de agosto de 1980 foi editada a Lei nº 6.815 – O Estatuto do Estrangeiro, com a finalidade de definir a situação do estrangeiro no território brasileiro. Quanto à extradição do não nacional, é praticamente uma reprodução do que fora estabelecido no diploma anterior. O seu art. 76 assim prescreve: "A extradição poderá ser concedida quando o governo requerente se fundamentar em tratado internacional, ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade".

Quanto à celebração de tratados internacionais, de natureza extradicional ou não, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no seu art. 84, diz: "Compete privativamente ao Presidente da República: ...; VIII – celebrar tratados, acordos e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional".

A legislação brasileira dispensou ao instituto da extradição os cuidados indispensáveis à delicadeza e seriedade deste instituto processual. A Constituição Federal outorga poderes privativos ao Presidente da República para celebrar tratados, acordos e atos internacionais. Mas condiciona a validade desses instrumentos jurídicos internacionais ao referendo do Congresso Nacional (Câmara dos Deputados e Senado Federal). É com esse referendo parlamentar que eles

- tratados, acordos e atos internacionais - adquirem força de lei e passam a vigorar como se emanados pelo povo brasileiro. É lei nacional no sentido jurídico estrito.

Quanto às razões que impedem a concessão da extradição pelo Estado brasileiro, dispõe o art. 77 da Lei nº 6.815/80:

"Não se concederá a extradição quando:

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

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

III- o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando;

IV- a lei brasileira impuser ao crime a pena de prisão igual ou inferior a 1(um) ano;

V- o extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido;

VI- estiver extinta a punibilidade segundo a lei brasileira ou a lei do Estado requerente;

VII- o fato constituir crime político; e,

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

Deste modo, pela leitura deste dispositivo depreende-se que a legislação brasileira autoriza a extradição, requerida com amparo em tratado ou convenção internacional ou mediante compromisso de reciprocidade, desde que ausentes os impedientes nela discriminados – e, por consequência, presentes os pressupostos para a concessão referente ao pedido extradicional.

Quanto ao processo e julgamento da extradição, o art. 102 da Constituição Federal brasileira preceitua o seguinte: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originalmente: ...; g) a extradição solicitada por Estado Estrangeiro".

Complementando a norma extradicional de natureza constitucional supracitada, o art. 83 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do Estrangeiro) estabelece: "Nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão".

Assim, verifica-se facilmente que o legislador brasileiro cercou-se de todas as cautelas possíveis para que um eventual pedido de extradição fosse examinado com a merecida acuidade. Portanto, para a concessão ou negação de extradição, atribuiu poderes ao Poder Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal. Razão outra para isso não teve senão a de garantir uma apreciação jurídica extremamente técnica da questão e uma decisão não comprometedora dos interesses da Nação brasileira. O legislador foi exigente ao considerar a importância do instituto da extradição para o interesse nacional. A necessidade de uma apreciação extremadamente abalizada fez com que ele não se contentasse com um exame da legalidade e procedência do pedido de extradição por apenas um ministro-juiz do Supremo Tribunal Federal; nem por apenas uma de suas Turmas. Determinou, sim, que a verificação dos pressupostos legais e, por consequência, a

procedência ou não do pedido extradicional fosse encargo do Supremo Tribunal Federal, na sua composição plena.

À exigência de composição plena do Supremo Tribunal Federal o legislador fez corresponder uma confiança total no que for decidido por esta Corte. A certeza de juridicidade e técnica de sua decisão é tanta que não se admite reforma do entendimento consubstanciado no veredicto ("...", não cabendo recurso da decisão"), ou seja, faz-se coisa julgada desde que prolatada, decorrendo dessa circunstância a necessidade de sua imediata efetivação e execução. No momento seguinte à decisão judicial relativa ao pedido de extradição, o Governo brasileiro deve cumprir uma obrigação (no caso de decisão concessória de extradição) a si imposta por ele próprio, decorrente de mandamento estabelecido em Tratado internacional ao qual, em nome do povo brasileiro, se vinculou e que, também em nome desse mesmo povo e, sobretudo, em respeito à sua honra, deve cumpri-la.

Quanto à concessão da extradição, o art. 86 do Estatuto do Estrangeiro prescreve:

"Concedida a extradição, será o fato comunicado através do Ministério das Relações Exteriores à Missão Diplomática do Estado requerente que, no prazo de sessenta dias da comunicação, deverá retirar o extraditando do território nacional".

Como dito antes, o legislador brasileiro foi cuidadoso na regulação do instituto da extradição. A Constituição Federal não outorgou poderes para conceder extradição a quem ela atribuiu competência para firmar acordo ou tratado de extradição - o Presidente da República (art. 84, inciso VIII); e nem a quem ela incumbiu de, em nome da Nação brasileira, dar força de lei ao tratado extradicional - o Congresso Nacional (também art. 84, inciso VIII). Credenciou o Poder mais tecnicamente qualificado para tanto - o Poder Judiciário, e na sua mais alta expressão - o Supremo Tribunal Federal, na sua composição plena.

Do preceituado no art. 86 do Estatuto do Estrangeiro, acima transcrito, depreende-se que o Supremo Tribunal Federal não deve ser considerado como órgão consultivo do Governo e tampouco sua decisão deva ser interpretada como autorização para que ele, Governo, conceda ou não a extradição. O Supremo Tribunal Federal é a instituição concedente da extradição no direito brasileiro. Ele e somente ele pode concedê-la ou negá-la. Sua decisão é, sim, autorizadora, como assim a quis o legislador, mas a autorização nela contida é para que o Governo entregue o paciente reclamado ou negue sua entrega com a certeza de que, em qualquer caso, assim o faz, resguardando os interesses da Nação brasileira, respaldado em conclusão de sua mais alta Corte de Justiça.

Dentro deste contexto, não se pode admitir que a decisão do Poder Judiciário brasileiro fique submetida ao crivo de outro Poder da República: E essa inadmissibilidade decorre do princípio da independência dos Poderes da União - consagrado no art. 2º da Constituição Federal; do quanto disposto no art. 102, também da nossa Carta Magna; do que espelha o art. 2º da Lei 6.815/80 - "Na aplicação desta Lei atender-se-á precipuamente à segurança nacional, à organização institucional"; e da expressa imutabilidade do "decisum" proferido pelo STF em processo extradicional, consignada no art. 83 dessa mesma lei.

Aprofundando este nosso raciocínio, em matéria de competência, não se encontra qualquer previsão na lei extradicional brasileira para se cogitar a substituição do Supremo Tribunal Federal por outrem quanto ao exame do pedido de extradição feito pelo Estado requerente. Outrossim, não há que se falar em poder discricionário de outro Poder (Poder Executivo) em matéria de extradição no direito brasileiro. Pelo contrário, encontra-se na legislação brasileira o trancamento a propósitos discricionários. São justamente os impedientes jurídicos da extradição.

Não há como coexistir razões impeditivas com poder discricionário, por serem incompatíveis. A legislação extradicional brasileira quando muito comporta o sobrestamento da extradição. É o que se verifica nas situações espelhadas no art. 89 do Estatuto do Estrangeiro ("Quando o extraditando estiver sendo processado, ou tiver sido condenado, no Brasil, por crime punível com pena privativa de liberdade, a extradição será executada somente depois da conclusão do processo ou do cumprimento da pena, ressalvado, entretanto, o disposto no art. 67") e no parágrafo único desse mesmo dispositivo ("A entrega do extraditando ficará igualmente adiada se a efetivação da medida puser em risco a sua vida por causa de enfermidade grave comprovada por laudo médico oficial) - Lei nº 6.815/80.

Para nossa reflexão, na suposição do leitor não aceitar a tese segundo a qual o processo extradicional regulado no direito brasileiro não comporta discricionariedade de quem quer que seja, vamos nesta obra admitir a hipótese da intromissão do Presidente da República num processo extraditório e veremos seus efeitos negativos.

Primeiro exemplo: uma nação requer a extradição de um seu nacional que se encontra em território brasileiro, para cumprimento de pena que lhe foi imposta por seu tribunal pelo cometimento de crimes naquele Estado. O Supremo Tribunal Federal verifica que o crime imputado ao reclamado é de natureza política e, com lastro no art. 5º, inciso LII, da Constituição Federal, conclui pela improcedência do pedido e, conseqüentemente, não concede a extradição. O Presidente da República, todavia, contrariando o entendimento do Supremo Tribunal Federal e usando do seu poder discricionário, concede a extradição ao Estado requerente.

Segundo exemplo: uma nação requer a extradição de um nacional brasileiro para cumprimento de pena de prisão perpétua que lhe foi imposta pelo cometimento de crimes hediondos naquele país estrangeiro. O Supremo Tribunal Federal de plano decide pela não concessão da extradição, uma vez que a Constituição Federal veda a extradição de brasileiro (art. 5º, inciso LI). Todavia, o Presidente da República, contrariando o entendimento do Supremo Tribunal Federal e usando de seu poder discricionário, concede a extradição.

Vê-se que em ambos os casos as decisões do Presidente afrontam a Lei nº 6.815/80 (art. 77) e, ainda mais grave, a Constituição Federal (art. 5º, incisos LII e LI, respectivamente). Não seriam legítimas as deliberações discricionárias do Presidente da República. A insegurança jurídica seria incompatível com o Estado democrático de direito, como também o seria a instabilidade institucional motivada pela inobservância dos princípios da independência e harmonia dos Poderes da República. As incongruências exemplificadas são próprias de regimes autoritários, algo inadmissível no contexto democrático atual da nação brasileira.

Da análise do preceito contido no art. 86 da Lei nº 6.815/80, chega-se à seguinte conclusão: o honroso papel que desempenha o Governo num processo de extradição é o de "porta voz" do povo brasileiro, o que não se faz necessariamente com a intervenção direta do Chefe do Poder Executivo. A comunicação da concessão ou não da extradição é, via de regra, feita à nação requerente por delegação. Antes mesmo da leitura do conteúdo do art. 86, já se chega a essa conclusão. Prescreve o art. 80 da Lei nº 6.815/80: "A extradição será requerida por via diplomática ou, na falta de agente diplomático do Estado que a requerer, diretamente de Governo a Governo". Vê-se, pois, que só excepcionalmente o Chefe do Governo brasileiro intervém no processo extradicional.

E deve o Governo brasileiro, sob pena de responsabilidade, envidar todos os esforços para tornar efetiva a decisão judicial proferida pelo Supremo Tribunal Federal num processo extradicional, seja a decisão concessória ou denegatória do pleito. Se concessória, entregando de imediato o

paciente reclamado ao Estado requerente, não só esperando igual prestação em eventual pedido que vier a fazer ao requerente, mas também desonerando o Estado brasileiro dos gastos de manutenção do extraditando sob sua custódia. Outro não foi o propósito do legislador ao estabelecer no art. 86 da Lei nº 6.815/80 o seguinte: "... que, no prazo de sessenta dias da comunicação, deverá retirar o extraditando do território nacional". Se denegatória da extradição requerida, reclama urgência na efetivação da decisão do Supremo Tribunal Federal a desoneração do Estado e, sobretudo, a necessidade de se obstar constrição judicial (a prisão) que está a sofrer o paciente, e que só com a instrução do feito extradicional se verificou ser injusta, pelo que deve ter seu curso de privação de liberdade devidamente interrompido.