

**FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO**

GRÉCIO NOGUEIRA GRÉGIO

**EXTRADIÇÃO DE NACIONAIS E O JULGAMENTO PELO
TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**

**VITÓRIA
2008**

GRÉCIO NOGUEIRA GRÉGIO

**EXTRADIÇÃO DE NACIONAIS E O JULGAMENTO PELO
TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Geovany Cardoso Jevaux

**VITÓRIA
2008**

GRÉCIO NOGUEIRA GRÉGIO

EXTRADIÇÃO DE NACIONAIS E O JULGAMENTO PELO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em ____ de Fevereiro de 2008.

COMISSÃO EXAMINADORA

Profº Drº Geovany Cardoso Jevaux
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Profª Drª Valesca Raizer Borges Moschen
Universidade Federal do Espírito Santo
Examinadora

Profº Drº Daury César Fabriz
Faculdade de Direito de Vitória
Examinador

A meus pais, pelo apoio incondicional, me permitindo ir cada vez mais longe na busca do saber e da Justiça.

AGRADECIMENTOS

À Paulinha, pela paciência e companheirismo.

À família, por abrir mão da minha presença em muitos momentos.

Aos amigos do PS2, por manterem meu lugar reservado.

A Alexandre Martins e Caê, pela referência profissional e intelectual, sem as quais, de alguma forma, não teria chegado aqui.

Aos professores do Mestrado, pela compreensão nos momentos de colisão entre as dificuldades pessoais e o cumprimento da missão acadêmica.

À tia Graci e tia Nina, pessoas fantásticas em seu jeito de ser, pela grandeza de seus gestos terrenos e pela saudade sempre presente em meu coração.

A Deus, pela luz nos momentos de angústia.

“A interpretação jurídica não é pura e simplesmente um pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas pelo contrário, um saber pensar até ao fim aquilo que já começou a ser pensado por um outro.”

Radbruch

RESUMO

A presente dissertação desenvolve atividade de análise do instituto da extradição, percebido sob o prisma de uma jurisdição penal internacional, notadamente a instituída pelo Tribunal Penal Internacional. Trabalha elementos relativos à instituição do TPI, inclusive seus antecedentes históricos. Aborda a sistemática de incorporação dos Tratados Internacionais ao direito interno de cada país membro. Realiza diálogo com premissas basilares referentes aos direitos fundamentais, sendo que tais passagens são elucidativas para se verificar a existência ou não de direitos fundamentais em choque. Trata da problemática da proteção do bem-jurídico penal, notadamente nos delitos transnacionais. Procura, considerando o referencial teórico adotado, solucionar a colisão das normas de direito fundamental com caráter de princípio. Desenvolve pesquisa empírica, com base em dados coletados nos arquivos do Supremo Tribunal Federal, acerca da existência de pleitos extradicionais em desfavor de cidadãos brasileiros, no período compreendido entre 1911 e 1934. Aprecia a Lei 2.416 de 1911, a qual permitia expressamente a extradição de nacionais. Comenta a jurisprudência, do STF, existente até 1934, momento em que surge restrição em nível constitucional para a extradição de brasileiros. Analisa situações de direito comparado, onde foi absorvida a noção da entrega, inclusive apontando e comentando as mudanças legislativas, até mesmo em nível constitucional. Traça perspectiva em torno das soluções adotadas pelos juristas brasileiros, notadamente pelo STF, assim como pelo Congresso Nacional, seja pela aplicação da extraterritorialidade, seja pela incorporação do Tratado que edificou o Tribunal Penal Internacional. Aponta os riscos, para o Brasil, da não implementação das medidas de cooperação com o TPI.

Palavras-chave: Extradição de brasileiros. Tribunal Penal Internacional. Entrega. Direito Fundamental. Colisão de princípios e solução.

ABSTRACT

The present dissertation develops an analysis of the principle of extraction of citizens seen from the focus of an international penal jurisdiction, mainly the one established by the International Criminal Court. It analysis the topics related to the founding of the ICC including its historical background, how the international treaties were incorporated by the law codes of each member country. It develops analysis about the basic knowledge related to the fundamental rights aiming at clearing conflicts within the codes of law. It also deals with the problems related to the well-legal criminal specially the transnational crimes. Considering the theoretical references, this dissertation tries do solve the conflict between the fundamental rights code with the character of principle. It develops an empirical research based on data collected in the archives of Supreme Court, about the existence of extradition demands against brazilian citizens in the period between 1911 and 1934. It analyses the law 2416 of 1911 which specifically allowed the extradition of brazilian citizens. It discusses the jurisprudence of the Supreme Court up to 1934, when the constitutional restrictions to the extradition of brazilian citizens came into effect. It analysis situations of comparative rights when it was understood the surrendering principle, pointing out and making comments on the changes of the law including the ones in the constitution. It develops perspectives based on the solutions already adopted by the brazilian lawmen, specifically by the Supreme Court, as well as the Congress, whether by the appliance of the extraterritoriality or by the incorporation of the treaty which created the ICC. It points out the risks for Brazil, concerning the non appliance of measures concerning cooperation with International Criminal Court.

Key words: Extradition of Brazilians. International Criminal Court. Surrender. Fundamental Rights. Collision of principles and solution.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Gráfico de Legações Solicitantes.....	129
Figura 2 – Gráfico de Nacionalidade dos Extraditandos.....	130
Figura 3 – Gráfico de Crimes Perpetrados pelos extraditandos.....	130
Figura 4 – Gráfico de Natureza da Prisão.....	131
Figura 5 – Gráfico de Julgamento das Extradicações.....	132

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CD – Câmara dos Deputados

CF – Constituição Federal

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional

Ext – Extradicação

FDV – Faculdade de Direito de Vitória

HC – Hábeas Corpus

ICC – International Criminal Court

ONU – Organização das Nações Unidas

PL – Projeto de Lei

Rel – Relator

RVBI – Rede Virtual de Bibliotecas

STF – Supremo Tribunal Federal

TPI – Tribunal Penal Internacional

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 A EXTRADIÇÃO	19
1.1 CONCEITO.....	19
1.2 DA EXTRADIÇÃO ATIVA E PASSIVA E O PAPEL DO STF.....	27
1.3 DOS REQUISITOS DA EXTRADIÇÃO.....	29
1.4 DA EXTRADIÇÃO PASSIVA DE BRASILEIROS.....	38
1.5 A LEI 2.416/11.....	42
2 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL	43
2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	43
2.2 SURGIMENTO E CARACTERIZAÇÃO.....	45
2.3 ASPECTOS JURÍDICOS-PENAIIS DO TPI.....	49
2.4 TIPOS PENAIIS DE COMPETÊNCIA DO TPI.....	52
2.4.1 Do genocídio	53
2.4.2 Dos crimes contra a humanidade	55
2.4.3 Dos crimes de guerra	56
2.5 A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS NO DIREITO INTERNO.....	59
3 A VEDAÇÃO À EXTRADIÇÃO DE NACIONAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL	64
3.1 PREMISSAS INICIAIS ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	64
3.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	68
3.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E QUESTÕES ATUAIS.....	74
3.4 CONCEPÇÃO GERACIONAL: DA LIBERDADE À PAZ MUNDIAL.....	83
3.5 A DOCTRINA DE ALEXY E A RELAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS.....	87
3.6 A EVOLUÇÃO HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL, NO BRASIL, DA NORMA RESTRITIVA	93
4 O PRINCÍPIO FRENTE À NOVA ORDEM INTERNACIONAL	97
4.1. SITUAÇÕES DO DIREITO COMPARADO.....	97
4.2 DA SURRENDER.....	101
4.3 A PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO PENAL NOS DELITOS TRANSNACIONAIS.....	104
4.4 SOLUÇÃO PARA A COLISÃO DE NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL COM CARÁTER DE PRINCÍPIO.....	109
4.4.1 Colisão sob a ótica dos “extraditandos”	116
4.4.2 Colisão sob a ótica do bem-jurídico relevante	118
5 DA PESQUISA DE EMPÍRICA	123
5.1 PREMISSAS INICIAIS E CRITÉRIOS.....	123
5.2 DA LEI 2.416 DE 28 DE JUNHO DE 1911.....	126
5.2.1 Projeto de Lei CD 4.489/01	126

5.3 DOS DADOS OBTIDOS.....	128
5.4 DA JURISPRUDÊNCIA ATÉ 1934.....	133
5.4.1 Extradução nº 54 – requerente República da Argentina.....	133
5.4.2 Extradução nº 67 – requerente República Oriental do Uruguay.....	133
5.4.3 Extradução nº 69 – requerente Governo Inglês.....	134
5.4.4 Extradução nº 96 – requerente República da Argentina.....	136
6 CRÍTICA À SOLUÇÃO BRASILEIRA	139
6.1 DA EXTRATERRITORIALIDADE DA LEI BRASILEIRA.....	143
6.2 O PROJETO DE LEI Nº 301/2007.....	143
6.2.1 Equívocos do projeto.....	145
6.2.2 Da negativa de jurisdição adequada.....	148
CONCLUSÕES.....	150
REFERÊNCIAS.....	156
ANEXO A - Relatório de pesquisa empírica desenvolvida nos arquivos do STF, com dados tabulados.....	163
ANEXO B - Cópia de manifestação do MPF e acórdãos do STF de caráter histórico.....	172

ANEXO A - Relatório de pesquisa empírica desenvolvida nos arquivos do STF, com dados tabulados

ANEXO B - Cópia de manifestação do MPF e acórdãos do STF de caráter histórico

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho decorre da percepção de uma necessidade contemporânea de avaliação do princípio constitucional que veda a extradição de nacionais, sejam eles brasileiros natos ou naturalizados.

Desafiador não apenas pela contemporaneidade do problema trazido, mas especialmente por conseguir abarcar uma multiplicidade de saberes para a obtenção das conclusões ao final expostas. Ao buscar tal interdisciplinaridade, o limite não foi apenas aliar Direito Internacional, Direito Constitucional e Direito Penal, mas sim, trazer para o embate frente a argumentos positivistas, premissas de índole sociológica e filosófica que em muito servirão para elucidar as hipóteses levantadas.

Assim, a partir de tais motivações e *a priores*, foi desenvolvido o estudo sobre a aplicabilidade do princípio que veda a possibilidade de extradição de brasileiros, natos ou naturalizados para fins de julgamento por jurisdição alienígena, sendo que por necessidade de corte temático, o presente estudo limitou suas apreciações aos casos de condutas típicas cuja competência para julgamento seja do TPI - Tribunal Penal Internacional.

Percebe-se que por meio de um enunciado constante do rol denominado de cláusulas pétreas, emerge um princípio que veda a entrega de cidadãos nacionais para serem julgados ou para cumprirem penas aplicadas por tais jurisdições externas.

O comando constitucional restritivo vem gerando e ainda provocará discordâncias no que tange a prática persecutória por força do cometimento de delitos que atingem múltiplas nações, surgindo a partir daí a problemática do presente estudo:

Indagou-se, portanto, se há aplicabilidade, nos dias atuais, do princípio constitucional que veda a extradição de brasileiros, em especial por força da

transnacionalidade das condutas tipificadas no Estatuto de Roma, de 1998, que atribui competência de julgamento ao Tribunal Penal Internacional?

Em uma interpretação puramente positivista de uma previsão incluída no rol de cláusulas pétreas, provavelmente a resposta seria que sim. Entretanto, partindo-se de uma análise mais ampla, considerando-se uma conjunção de princípios e fatores fruto da própria modernidade, é possível que se obtenha resposta diferenciada.

Como objetivo percebeu-se a necessidade de identificar se a vedação à extradição de nacionais para julgamento perante Tribunais Estrangeiros, em especial para o caso do TPI, representa limitação ao interesse da comunidade internacional. Como ponto de relevo, tomou-se a premissa de que em se tratando de direito fundamental, uma vez identificada sua natureza jurídica, necessário identificar princípio eventualmente em choque e por conseqüência solucionar a colisão existente.

Tais conclusões são essenciais, pois uma vez respondidas evidencia-se que se considerado o propósito para o qual foi instituído o Tribunal Penal Internacional, pode vir a se tornar inaplicável o princípio insculpido no artigo 5º, LI, da Constituição Federal de 1988.

O surgimento de tal Corte decorre de interesses dos países ligados à ONU-Organização das Nações Unidas, para fins de combater as ações que impliquem risco para a humanidade.

Sob tal prisma, foi sopesada a solução adotada internamente pelo Brasil, em especial a partir do projeto de lei de adequação da legislação interna (PL 301/07), destacado no decorrer do estudo, bem como o fato de que o Brasil poderá sofrer sanções internacionais pelo descumprimento dos protocolos que se comprometeu, eis que está a negar a ordem jurídica internacional advinda da criação do Tribunal Penal Internacional.

Nesta ótica, foram também objetivos do estudo demonstrar a possibilidade de extradição de nacionais frente ao conjunto de princípios e valores previstos na Constituição Federal brasileira de 1988, atingindo-se o macro interesse da

comunidade internacional na repressão dos crimes cujo bem-jurídico penal é a ordem, a paz, a vida e a integridade, da própria comunidade internacional ou de seus membros.

Para se chegar a tais conclusões, foi traçado panorama acerca dos direitos ditos fundamentais, sua importância e aplicabilidade, apontando-se os debates acerca de sua natureza jurídica, seja como princípio constitucional, seja como regra, adotando-se caminho para solucionar a situação empírica constatada.

Considerou-se, especialmente, se haveria saída científica para solucionar um choque entre princípios, ou eventualmente regras, de direito interno e de direito internacional, considerando-se a possível existência de uma ordem de importância entre os enunciados jurídicos, cujo respeito ao mais amplo justificaria a violação ao mais restrito.

Desenvolveu-se, ainda, como objeto do presente estudo uma pesquisa legislativa apurada, a fim de identificar a evolução do instituto que veda a extradição de brasileiros ao longo dos anos, o que ocorreu na esfera constitucional e legal.

Atrelada a tal estudo normativo acima apontado, foi essencial uma apreciação sistemática de outros aspectos da legislação pátria, o que compreenderia busca em torno de projetos de lei e também legislações ora não mais eficazes, embora vigentes no ordenamento até os dias atuais.

Aliada a tal busca, foi desenvolvida pesquisa empírica, baseada nas decisões do Supremo Tribunal Federal, desde sua criação pela Constituição republicana, em 1891, analisando decisões proferidas sobre matéria extraditacional, no período de vigência da Lei 2.416/11, em especial onde figurasse cidadão brasileiro como extraditando, sendo que os dados integrais seguirão como anexo ao presente trabalho.

O estudo buscou, a todo momento, contextualizar tais discussões em um universo do direito comparado, eis que experiências sensíveis e de valia foram constatadas, em especial a partir de obras, artigos e legislação alienígena.

Registre-se também, que o estudo se desenvolveu em sua integralidade, considerando-se a validade do Estatuto de Roma, instrumento jurídico que materializou a constituição do Tribunal Penal Internacional bem como suas conseqüentes repercussões no direito interno, notadamente, por via do Decreto 4.388/02, e ainda, dentro de um enfoque eminentemente constitucional. Como conseqüência, ainda, foi enfrentada a repercussão para os Estados que, como o Brasil, se negam a mitigar preceitos internos, mesmo tendo como silogismo constitucional a sobreposição de interesses comunitários frente à ordem interna, especialmente quando exista em jogo proteção de cunho humanitário.

Em que pese a visão da extradição no presente estudo ater-se à questão de nacionais envolvidos em situação onde esta seja requerida, importa destacar que o assunto como um todo é dotado de polêmica verdadeiramente histórica, onde diversos casos emblemáticos são detectáveis.

O clássico caso da extradição nº 721¹, julgada em 12 de novembro de 1997, onde foi negada a extradição de Ronad Biggs, lendário perpetrador de assalto ao trem pagador inglês. Tal julgado é paradigmático, em especial pelo fato de compreender evento de grande repercussão histórica e ser revelador de embate jurídico que teve por fim o respeito a soberania das regras brasileiras protetivas ao extraditando, neste caso, em razão da identificação da prescrição da pretensão executória, considerando-se a pena aplicada e as regras brasileiras inerentes à extinção de punibilidade.

Casos paradigmáticos de outras medidas compulsórias são detectáveis, como por exemplo o caso de Olga Benário, companheira de Luis Carlos Prestes, onde por ter sido considerada perigosa à ordem pública e nociva aos interesses do país, foi presa e expulsa, sendo previamente submetida ao crivo do STF a apreciação da ilegalidade da medida, por meio do HC 26.155², julgado em 17 de julho de 1936,

¹ Ext. 721. Requerente: Reino Unido da Grã-Bretanha. Julgado em 12/11/97. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ 04/05/01. Disponível em www.stf.gov.br/jurisprudencia. Acesso em 19/06/06.

² HC 26.155: Paciente: Maria Prestes ou Olga Benário. Julgado em 17/06/36. Rel. Min. Bento de Faria. Disponível em www.stf.gov.br/jurisprudencia/julgamentos/historicos. Acesso em 19/06/06.

tendo o pretório excelso “Não conhecido do pedido”, abrindo as portas para tal ato de força se concretizar.

De se perceber que as medidas compulsórias possuem uma repercussão significativa, algumas de relevo histórico muito grande, marcando parte de cada tempo vivido.

A extradição ativa, também revela exemplos emblemáticos como o caso PC Farias, o caso do banqueiro Salvatore Cacciola, este inclusive recentemente retornado à mídia em razão da prisão do banqueiro por ter se ausentado da Itália, paraíso jurídico eleito pelo mesmo, o qual possui a cidadania Italiana e sabia perfeitamente que lá estaria imunizado pela mesma regra vigente no direito brasileiro.

Tal regra é justamente a vedação à extradição de nacionais. No caso Cacciola, a possibilidade do mesmo vir a ser extraditado para o Brasil se dá em razão de que vítima de sua própria certeza de impunidade deslocou-se até o Principado de Mônaco, onde foi detido em razão de mandado internacional de prisão.

Além disso, impende destacar que segundo dados de dezembro de 2006, oriundos do Ministério da Justiça, cerca de 1717 (um mil setecentos e dezessete) homens e 353 (trezentos e cinquenta e três)³ mulheres de nacionalidades estrangeiras, se encontram presos em território nacional.

Não significa, por óbvio, que para todos existam pedidos extradicionais, porém, revela que a matéria deve ser tratada com prudência pois ainda que violando apenas outras regras de permanência em território brasileiro, deve haver rigorosa checagem das condições individuais de cada cidadão detido.

Embora realizada pesquisa junto ao sítio do Ministério da Justiça do Brasil, seja pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), seja via Departamento de Estrangeiros, não há informação disponível acerca dos procedimentos adotados para verificação das pendências de tais indivíduos, em especial em seus países de

³ Disponível em <www.mj.gov.br/depen/estatísticas>. Acesso em 10/07/2007.

origem, nem mesmo os motivos de sua prisão no Brasil, aparentando a grande maioria, se tratar de irregularidade de permanência em território brasileiro.

Sabe-se que a própria prisão para extradição é medida excepcional, cuja competência é restrita ao STF, de forma que além de tudo, é possível que prisões estejam a ocorrer de forma ilegal no Brasil.

Não se trata de defender a liberdade para indivíduos envolvidos com o crime, mas sim, mais uma vez, tentar abrir os olhos para o fato de que para sermos um país sério e de futuro, é necessário respeito a condições elementares de legalidade e de respeito a direitos individuais indisponíveis.

Foi utilizado, como método científico, ou seja, considerando-se a base epistemológica utilizada, o método culturalista-hermenêutico, eis que buscou-se compreender fatos a partir de uma existência histórica e partindo-se para seu entendimento na perspectiva atual, esclarecendo-se pontos importantes para a consolidação das idéias. Como método de procedimento foi adotado o método histórico, bem como de análise empírica e descritiva.

A pesquisa utilizou obras referentes ao Direito Constitucional, ao Direito Internacional, ao Direito e ao Processo Penal, de autores brasileiros e estrangeiros, bem como as decisões jurisprudenciais e os diplomas normativos pertinentes.

Foi desenvolvido levantamento dos trabalhos científicos, especificamente teses de doutoramento e dissertações de mestrado, complementados com artigos doutrinários, versando sobre a temática, sendo constatada a inexistência de trabalhos específicos registrados na CAPES, considerando-se o enfoque adotado.

A proposta do presente estudo é um verdadeiro debruçar científico sobre o tema que vem gerando controvérsias e saídas forçadas, inclusive em nível de Tribunais Superiores, sem base científica, de contradição elevada, especialmente se consideradas posturas já pacificadas, tornando-se dotadas de fragilidade argumentativa a ponto de serem quase insustentáveis.

1 A EXTRADIÇÃO

1.1 CONCEITO

Ao iniciarmos a abordagem sobre a extradição, necessário se torna situar o instituto dentro de um contexto jurídico que permita a compreensão macro do mesmo.

A extradição constitui espécie de medida de natureza compulsória, existindo em paralelo com outras medidas como a expulsão, a deportação e a transferência de pessoas condenadas.

Tais medidas compulsórias possuem como característica a interveniência do Ministério da Justiça, órgão do Poder Executivo, que age em nome do Estado brasileiro, representando os interesses nacionais na adoção das diligências operacionais para a efetivação da medida solicitada.

O Departamento de estrangeiros do Ministério da Justiça, por meio de sua divisão de medidas compulsórias, é o responsável pelos trâmites dos processos administrativos nos casos de extradição ativa e passiva, modalidades as quais serão diferenciadas adiante. Tal divisão age de forma a agilizar a tramitação dos procedimentos, interagindo perante os órgãos envolvidos no processo extradicional, em especial o STF, o Ministério das Relações Exteriores e a Polícia Federal.⁴

Enquanto na expulsão ocorre a retirada forçada do estrangeiro do território de um determinado Estado por ato unilateral deste, uma vez considerado nocivo por representar risco para a segurança do mesmo, na extradição existe a ocorrência de um fato típico em território estrangeiro, ou seja, no território do Estado solicitante.

⁴ Disponível em <www.mj.gov.br/data/Pages>, acesso em 16/10/2007.

Perceba-se, portanto, que na expulsão há um ato de um único Estado, o que expulsa, enquanto na extradição existe um solicitante e um solicitado. De se registrar apenas, que no caso da expulsão por vezes há registro de prática de crime pelo estrangeiro, não sendo, entretanto, requisito obrigatório.

Assemelha-se à expulsão o instituto da deportação, que também representa a retirada compulsória do estrangeiro por ato unilateral do Estado, porém esta se dá em razão da condição de irregularidade vislumbrada na permanência do estrangeiro em território de determinado Estado, tais como ausência de visto, prazo de validade deste expirado, entres outros.

A transferência de apenados representa modalidade de medida compulsória que vem ganhando relevo nos dias atuais, e ocorre quando um cidadão comete um crime em país estrangeiro e neste vem a ser condenado. Neste caso, já condenado, havendo tratado entre o país onde o paciente foi julgado e o seu país de origem, onde estejam seus familiares e compatriotas, torna-se possível cumprir a pena no país de origem do condenado.

Celso de Albuquerque Mello, aponta a antiguidade como o período em que há os primeiros registros acerca da prática extradicional:

Na antiguidade oriental, a extradição já era consagrada em Israel e no Egito. Neste último existe um dos mais antigos tratados, concluído entre Ramsés II e Hattisuli, rei dos Hititas, em 1291 a.C., que consagrava a extradição. É evidente que não possuía as características que hoje apresenta, tanto assim que era prevista a extradição do criminoso político e não do criminoso comum. Por outro lado ela era um fenômeno esporádico, que geralmente encontrava consagração após as guerras.⁵

Deve ser considerado que ao longo da evolução das civilizações, o ato extradicional igualmente se modernizou, sendo que se estruturou em respeito aos ordenamentos jurídicos de cada local, em cada momento histórico, fato que foi relevante para a consolidação de seu perfil atual.

⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, V.2, p. 1019.

Assim, se faz importante apreciar algumas definições da extradição observadas atualmente. Consta-se no sítio do Ministério da Justiça que a *“extradição é um ato bilateral que consiste na entrega de uma pessoa, acusada ou condenada por um ou mais crimes supostamente praticados no território do país que a reclama”*.⁶

Ora, é um ato bilateral porque depende de um encontro de vontades, e tal ato de vontades possui como figuras dois sujeitos de direito internacional público, onde observada a condição de requerente e requerido, caso negado o pleito, este o fará em nome de restrições de sua ordem interna, o que deverá ser acatado pelo requerente, em nome do respeito à soberania dos Estados-membros, sujeitos do DIP.

Destaque-se, quanto a este elemento soberania, que constitui princípio constitucional estruturante, sendo que representa a capacidade de autodeterminação de um Estado, guardando respeito à sua carta constitucional, sendo que no contexto de direito internacional representa o fato de só se vincular com aqueles compromissos que deseje, assim, só pactua no plano internacional com o que livremente pretenda se obrigar.

A doutrinadora Carolina Lisboa aponta relevante nuance do instituto da extradição:

A extradição é um dos instrumentos do esforço cooperativo entre os Estados na luta contra a criminalidade, impedindo que os transgressores da lei se beneficiem da impunidade ao ultrapassarem a fronteira de um Estado.⁷

Hildebrando Accioly lança definição já considerada clássica:

Extradição é o ato mediante o qual um Estado entrega a outro, indivíduo acusado de haver cometido crime de certa gravidade ou que já se ache condenado por aquele, após haver-se certificado de que os direitos humanos do extraditando serão garantidos.⁸

⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. **Departamento de Medidas Compulsórias**. Disponível em <www.mj.gov.br/data/Pages>, acesso em 16/10/2007.

⁷ LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. **A relação extradicional no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 10.

⁸ ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. – 14.ed. – São Paulo: Saraiva, 2000, p. 364.

Não se pode esquecer ainda, a abordagem de diversos campos do direito, os quais de alguma forma, se interessam pela temática extradiciona dados os múltiplos desdobramentos que podem ser verificados. Neste sentido, se pronunciou Régis Prado:

A noção de extradição diz respeito ao Direito Penal por relacionar-se com a aplicação ou o exercício efetivo do *jus puniendi* do Estado; ao Direito Internacional Público porque supõe ou implica relações entre os Estados, com o fim de repressão à criminalidade.⁹

Observando-se todas as considerações apontadas, percebe-se que demonstram a preocupação que o direito contemporâneo apresenta em relação a elementos inerentes à vida em sociedade e a própria estruturação dos Estados.

Inicialmente percebe-se que constitui instrumento que inibe a criação de paraísos jurídicos, uma vez que permite que um indivíduo que cometa um crime seja pleiteado para fins de ser julgado ou eventualmente cumprir pena aplicada em um sentença condenatória.

Reflete também a consagração da soberania do país vítima, ainda que o bem-jurídico afetado seja de índole particular, uma vez que mesmo se respeitando a noção de territorialidade do direito penal, princípio que é consagrado na quase totalidade dos Estados contemporâneos, a concessão ou não da extradição esbarrará em elementos de direito interno do país solicitado. Logo, a vontade do primeiro em fazer valer o seu direito interno fica condicionada ao preenchimento das condições previstas no ordenamento jurídico do segundo.

Consagra ainda a segurança jurídica, pois as modernas legislações vêm consolidando restrições aos pleitos extradicionais em decorrência de perseguições de índole política, religiosa, militar, entre outras razões.

Assim, em que pese a origem do instituto decorrer da multiplicidade de vontades dos sujeitos de direito internacional, relevante perceber que cada dia mais se tem verificado respeito a enunciações oriundas dos ordenamentos de cada Estado, pois

⁹ PRADO, Luiz Régis. **Elementos de Direito Penal V.1** – São Paulo: RT, 2005, p. 51.

o aprofundamento no estudo do instituto, ainda que de forma não coesa, tem gerado avanços, seja para o próprio instituto da extradição, seja no sentido de proteger a soberania dos Estados, ressaltando-se apenas que não faz o mesmo, na maior parte das vezes, em relação ao criminoso, sendo fonte de desestímulo ao reato.

Vale colacionar apontamento trazido por Albuquerque, ao citar Vabres:

Donnedieu de Vabres salienta que a extradição atravessou três fases na sua evolução: a) contratual – a extradição está consagrada apenas nos tratados; b) legislativa – os Estados promulgam leis de extradição; c) a da regulamentação internacional – que ainda não existe de um modo geral.¹⁰

Significa dizer que a extradição evoluiu, ganhou complexidade, e ora é vista em um contexto bem diferente daquele em que era inicialmente percebida. Accioly afirma que o objetivo principal da extradição é *“evitar, mediante a cooperação internacional, que um indivíduo deixe de pagar pelas conseqüências de crime cometido”*.¹¹

Aliás, neste sentido, Cesare Bonecasa, o Marquês de Beccaria, expoente da Escola Clássica do Direito Penal, em sua obra *Dos delitos e das penas*, no capítulo que versa sobre os asilos, assim dispôs:

Restam-me ainda duas questões para exame: uma, a de saber se os asilos são justos, a outra, se o pacto da permuta recíproca de réus entre nações é útil ou não. (...) A impunidade e o asilo diferem só em grau(...) os asilos mais convidam o homem ao delito do que as penas dele o afastam.(...) a questão da permuta recíproca dos réus entre nações é questão que eu não ousaria resolver(...) enquanto a tirania não for totalmente limitada às vastas planícies da Ásia pela razão universal que une cada vez mais os interesses do trono aos dos súditos, e não obstante a convicção de não achar um só palmo de terra que perdoe os verdadeiros delitos pudessem ser meio efficacíssimo para preveni-los.¹² (sem grifos)

¹⁰ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, V.2, p. 1020.

¹¹ ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. – 14.ed. – São Paulo: Saraiva, 2000, p. 364.

¹² BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 2.ed. São Paulo: RT, 1999, 149 p.

Muitos doutrinadores apontam que a extradição possui basicamente 3 elementos, destacando-se a posição de Accioly: ato de soberania, contato entre Estados e finalidade da entrega.¹³

Tais elementos corroboram as palavras anteriores, pois significa dizer que há respeito a autonomia política e jurídica de cada um dos sujeitos de direito internacional de exarar seu ato de vontade atrelado ao seu ordenamento, bem como há o salutar contato no plano da cooperação internacional, e por fim, que a entrega do extraditando, caso deferida, se dê para fins de julgamento ou de cumprimento de pena, o que assegura um julgamento dentro da órbita do direito.

Parte da doutrina se debruça sobre discussão que é muito mais semântica do que prática, ao entender que a extradição é caracterizada pelo pedido de um estado a outro, pois sem este não haveria o ato de entrega de ofício para as finalidades do instituto, como é o caso de Travers, citado por Lisboa¹⁴.

Penso particularmente que o pedido é pressuposto para o ato extradicional, uma vez que este depende do interesse do solicitante. Porém, dentro do gênero inicialmente apresentado, qual seja, medida compulsória, não há como não se compreender a extradição como o ato de entrega do cidadão para fins de ser julgado pelo ordenamento jurídico do Estado solicitante, ou nele cumprir a pena imposta.

Seria assim uma ação de índole especial, com caráter nitidamente constitutivo, tendo como objetivo precípua a formação de um título jurídico capaz de legitimar a entrega do súdito reclamado, segundo o Ministro Celso de Mello.¹⁵

Necessário, ainda, apontar que a legislação brasileira, consagra atualmente a extradição a partir de sua lei maior, havendo normatividade decorrente do texto supremo, balizador do restante do ordenamento, estando situadas as previsões no artigo 5º, da CF/88, em seus incisos LI e LII.

¹³ ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. – 14.ed. – São Paulo: Saraiva, 2000, p. 364.

¹⁴ TRAVERS, *apud* LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. **A relação extradicional no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 25.

¹⁵ Disponível em <www.stf.gov.br/jurisprudencia> acesso em 10.06.07. Ext 667, Julgada em 25.09.95 (Publicada no DJ 25.09.95).

No plano infraconstitucional a matéria é regulada por meio da Lei nº 6.815, de 19 de Agosto de 1980, conhecida como Estatuto do Estrangeiro, com especial destaque para os artigos 76 a 94.

Tal legislação, em que pese ter sofrido mudanças posteriores à sua edição, mantém a maior parte de suas disposições, em especial por terem sido recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, ou seja, aos olhos da moderna doutrina vigente no âmbito do STF, não possuía contradição material com a lei maior, permanecendo desta forma válida no ordenamento.

Sobre o tema, manifestou-se o Ministro Gilmar Mendes:

É certo que o poder constituinte originário dá início à ordem jurídica. Isso, porém, significa que todos os diplomas infraconstitucionais perdem vigor com o advento de uma nova constituição?

Uma resposta positiva inviabilizaria a ordem jurídica. Por isso se entende que aquelas normas anteriores à Constituição, que são com ela compatíveis no seu conteúdo, continuam em vigor.¹⁶

No plano constitucional, basicamente, é tratada a vedação quanto à extradição de brasileiros, bem como, a ressalva constante do mesmo dispositivo, o qual será adiante apreciado detalhadamente (inciso LI). Tratada ainda, a restrição à extradição no caso de pleito formulado em decorrência da prática de crimes políticos ou de opinião (inciso LII).

De se ressaltar ainda, a previsão constitucional que atribui ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgamento dos pedidos de extradição:

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

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro;

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 193.

No tocante à Lei 6.815/80, destaca-se que a mesma veicula diversas previsões inerentes à extradição, disciplinando acerca de requisitos específicos, hipóteses de restrições à extradição, atribuições de competências e demais providências, inclusive de índole administrativa.

1.2 DA EXTRADIÇÃO ATIVA E PASSIVA E O PAPEL DO STF

A extradição passiva é o objeto do presente estudo, sendo que é justamente aquela modalidade em que o Brasil recebe a demanda do sujeito de direito internacional, no caso um Estado estrangeiro, o qual solicita a extradição de determinado indivíduo.

Tal solicitação deverá ser dirigida ao Ministério das Relações Exteriores, a quem incumbirá a missão de remeter o pedido ao Supremo Tribunal Federal, responsável pela análise dos requisitos, que concederá ou não a extradição, comunicando ao Ministério das Relações Exteriores, que por sua vez intercederá junto ao Estado solicitante para efetivar a entrega extradiciona, caso concedida.

Registre-se que tais requisitos estão previstos em ordenamentos jurídicos internos, entretanto, via de regra, deve ser estabelecido pacto bilateral ou multilateral com outros Estados estrangeiros, a fim de ser assegurada reciprocidade no tratamento.

A extradição ativa em contraposição é aquela em que um Estado solicita, a outro, a extradição de determinado indivíduo que se encontre no território do Estado solicitado. Significa em termos práticos o Brasil solicitando a Estado estrangeiro a extradição de determinado indivíduo que, por exemplo, responde a ação penal ou foi condenado no Brasil e possui uma pena para cumprir.

Importa destacar, citando exemplos como no caso do pedido feito pelo México ao solicitar a extradição da cantora Glória Trevi ao governo brasileiro, ou mesmo o caso do governo da Espanha ao solicitar para a Inglaterra a extradição do ditador Augusto Pinochet.

Registre-se que em tal caso o pleito é formulado pelas autoridades locais ao Ministério da Justiça, ou equivalente, que ao constatar a necessidade da prisão, seja em decorrência de prisão de natureza cautelar, seja em decorrência de sentença condenatória, remete o mandado de prisão ao Ministério das Relações Exteriores para as providências junto ao Estado estrangeiro.

No Brasil, em tais casos, não há interveniência do STF, pois como dito, tal órgão de cúpula só se manifestará nos casos de extradição passiva, ou seja, quando um indivíduo tenha contra si pedido de entrega para estado estrangeiro, a fim de sair do Brasil em razão de prisão processual ou de sentença condenatória.

Dispõe o art. 83, da Lei 6.815/80:

Art. 83 – Nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão.¹⁷

Aliás, o Supremo se manifestou de forma expressa quanto à necessidade de sua intervenção nos procedimentos extradicionais passivos:

O Supremo Tribunal Federal, no sistema constitucional brasileiro, somente dispõe de competência originária para processar e julgar as extradições passivas (CF art. 102, I, g), que são aquelas requeridas ao Governo do Brasil, por Estado estrangeiros. Não compete à Suprema Corte, apreciar, nem julgar da legalidade de extradições ativas, pois estas – que independem de prévio pronunciamento do STF – deverão ser requeridas, diretamente, pelo Estado brasileiro, aos Governos estrangeiros, em cujo território esteja a pessoa reclamada pelas autoridades nacionais. (Pet. 3.569, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática. Julgamento em 13/03/06)¹⁸ (sem grifos)

¹⁷ BRASIL. **Lei nº 6.815 de 19 de agosto de 1980**. Publicado no DOU em 21/08/80 .Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/QUADRO/1960-1980.htm. Acesso em 05/10/06.

¹⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Extradição**. Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência. Brasília: STF, 2007, p. 58.

1.3 DOS REQUISITOS DA EXTRADIÇÃO

Conforme apontado, tais requisitos decorrem, em um primeiro momento, da previsão da Lei 6.815/80, em consonância com a Carta Magna, merecendo destaque o teor do próprio enunciado prescritivo:

Art. 77. Não se concederá a extradição quando:

- I - se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivar o pedido;
- II - o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente;
- 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 pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente;
- VII - o fato constituir crime político; e
- VIII - o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de exceção.¹⁹

Além da restrição à extradição de brasileiros, a qual será apreciada em separado, percebe-se que os demais requisitos para o deferimento do pedido são basicamente relacionados à proteção da segurança jurídica.

O primeiro deles é a dupla incriminação, significando dizer que o fato precisa ser típico, ou seja, ser tratado como crime tanto no Brasil quanto no Estado solicitante. Alia-se a tal requisito a necessidade de ser constatada a inexistência de causa extintiva de punibilidade, por quaisquer de suas espécies, destacando-se a prescrição, a qual não poderá estar incidindo no caso, seja em face da lei brasileira, seja pela lei do Estado solicitante.

E M E N T A: EXTRADIÇÃO PASSIVA DE CARÁTER INSTRUTÓRIO - SUPOSTA PRÁTICA DO DELITO DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES (...) OBSERVÂNCIA, NA ESPÉCIE, DOS CRITÉRIOS DA DUPLA TIPICIDADE E DA DUPLA PUNIBILIDADE (...) Extradição – dupla tipicidade e dupla punibilidade. - O postulado da dupla tipicidade - por constituir requisito essencial ao atendimento do pedido de extradição -

¹⁹ BRASIL. Lei nº 6.815 de 19 de agosto de 1980. Publicado no DOU em 21/08/80 .Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/QUADRO/1960-1980.htm. Acesso em 05/10/06.

impõe que o ilícito penal atribuído ao extraditando seja juridicamente qualificado como crime tanto no Brasil quanto no Estado requerente. O que realmente importa, na aferição do postulado da dupla tipicidade, é a presença dos elementos estruturantes do tipo penal (*'essentialia delicti'*), tais como definidos nos preceitos primários de incriminação constantes da legislação brasileira e vigentes no ordenamento positivo do Estado requerente, independentemente da designação formal por eles atribuída aos fatos delituosos. - Não se concederá a extradição, quando estiver extinta, em decorrência de qualquer causa legal, a punibilidade do extraditando, notadamente se se verificar a consumação da prescrição penal, seja nos termos da lei brasileira, seja segundo o ordenamento positivo do Estado requerente. A satisfação da exigência concernente à dupla punibilidade constitui requisito essencial ao deferimento do pedido extradicional. Observância, na espécie, do postulado da dupla punibilidade.²⁰ (sem grifos)

Necessário, sem dúvida, que o Brasil seja competente para julgar o pedido de extradição, neste caso, o requisito será preenchido com a constatação de que o indivíduo cuja extradição é solicitada, esteja em território nacional.

Destaque-se ainda, a exigência legal de que a extradição verse sobre a prática de fato cuja pena prevista no Brasil seja superior a um ano de pena privativa de liberdade. Tal requisito alia dois elementos de ordem objetiva, qual seja, que o fato tenha previsão abstrata de pena superior a um ano, e que tal pena seja de prisão, não sendo suficiente a mera previsão de pena de natureza diversa, ainda que com vinculação temporal em abstrato superior a um ano.

Por fim, a vedação legal à extradição decorrente da prática de crime político, de opinião, bem como para submissão a julgamento perante Tribunal ou Juízo de exceção, são previsões decorrentes da Carta Magna e do Estatuto do Estrangeiro, merecendo destaque o fato de que a apreciação de eventual dúvida sobre a natureza jurídica do crime fruto de pedido de entrega extradicional, ficará sob o crivo do STF.

Aliás, quanto a tal atribuição, que fique claro que nenhuma extradição poderá ser concedida, sem que o STF se manifeste previamente, deferindo ou indeferindo o pedido da entrega extradicional, conforme previsto no art. 83, do Estatuto, já destacado.

²⁰ Ext. 953. Requerente: República Federal da Alemanha. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em: 28/09/05. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia. Acesso em: 10/10/2006.

Digna de registro a posição do STF, em acórdão referência, no tocante à constatação do requisito nacionalidade:

Não obstante, no Estado requerente, o extraditando, lá nascido, seja considerado italiano, no juízo da extradição passiva, a nacionalidade do extraditando é aferida conforme a *lex fori*, que o reputa brasileiro.²¹

A Lei 6.815/80 previu, em seu artigo 78, condições complementares para que se pudesse realizar a extradição, de forma que necessário se faz detectar se a infração foi praticada no território do Estado solicitante, ou que, diante daquele determinado fato, sejam aplicadas as leis do mesmo, bem como, de que exista sentença condenatória transitada em julgado, com aplicação de pena privativa de liberdade, ou ainda, a decretação de prisão de índole cautelar, autorizada por Juiz, Tribunal ou autoridade competente, do Estado requerente.

Frise-se, ainda, que diante da pouca evolução até o momento demonstrada, algumas discussões essenciais ficam renegadas a segundo plano, tal qual a questão da anterioridade da lei para fins extradicionais.

Entendo que uma vez observada a anterioridade penal, princípio basilar de segurança jurídica, aliada ao preenchimento dos demais requisitos postos pelo direito interno de cada Estado, está apta a se realizar a extradição, independentemente do Tratado ou promessa de reciprocidade serem estabelecidos após o fato típico que originou o procedimento persecutório penal.

Tal posição, leva em conta a segurança jurídica que preserva a anterioridade da lei, protegendo assim o macro-princípio da legalidade, e ao mesmo tempo supre o interesse da comunidade jurídica internacional, pois consolida a entrega de indivíduo envolvido em prática criminosa, o qual será submetido ao necessário julgamento ou cumprimento de pena.

Questão relevantíssima esta pois, a discussão decorre de uma previsão expressa, insculpida no artigo 76, da Lei 6.815/80.

²¹ Ext. 541. Requerente: Legação da Itália. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em: 07/11/92. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia. Acesso em: 10/10/2006.

Art. 76. A extradição poderá ser concedida quando o governo requerente se fundamentar em tratado, ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade.²²

Em diversos julgados ao longo do tempo, no Brasil e no exterior, se colocou como óbice para a concessão da extradição a não existência de Tratado Internacional entre os Estados solicitantes e solicitados.

Segundo informação do Ministério da Justiça²³, atualmente, o Brasil possui 21 (vinte e um) Tratados de Extradicação em vigor, com os seguintes países: Argentina, Austrália, Bélgica, Bolívia, Chile, Colômbia, Coréia do Sul, Equador, Espanha, Estados Unidos, França, Itália, Lituânia, México, Paraguai, Peru, Portugal, Reino Unido, Suíça, Uruguai e Venezuela. Além disso, há um tratado em matéria extradicionária assinado pelos Estados Parte do Mercosul.

Segundo a mesma fonte, encontra-se em tramitação no Congresso Nacional ou aguardando preenchimento de outros requisitos, projetos de Tratados de extradição bilaterais com o Canadá, a Rússia, o Líbano, a Guatemala e o Suriname, além do Tratado Multilateral entre os Estados Parte do Mercosul com a Bolívia e o Chile.

Este último, está na dependência do preenchimento de requisitos formais, notadamente a ratificação por um membro associado do Mercosul, uma vez que o Tratado para ter vigência depende da assinatura de dois membros do Mercosul e de um país associado, sendo que o Brasil e o Uruguai já ratificaram o mesmo.

Atualmente, tal postura vem sendo superada com dificuldade, adotando-se a noção da promessa de reciprocidade como instrumento para minimizar a ausência de regra prévia regulando a situação jurídica extradicionária entre os Estados interessados.

²² BRASIL. **Lei nº 6.815 de 19 de agosto de 1980**. Publicado no DOU em 21/08/80. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/QUADRO/1960-1980.htm. Acesso em 05/10/06.

²³ BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento de Estrangeiros. Disponível em www.mj.gov.br/data/Pages, acesso em 16/10/2007.

Tal instituto, é tipicamente de direito internacional, merecendo destaque as palavras de Souto Maior Borges, ao tratar da superação de antinomias entre o direito interno e o direito internacional.

O tratado poderá ser disciplinado expressamente na Constituição, como superior à lei interna que o anteceda em vigência, como na Constituição Francesa de 1958, art. 55

'Os tratados ou convenções regularmente ratificados ou aprovados têm, desde a sua publicação, uma autoridade superior à das leis, sob reserva, para cada tratado ou convenção, de sua aplicação pela outra parte.'

Essa solução constitucional parece razoável porque aplica a regra da reciprocidade: não se deve exigir a um Estado a aplicação supralegal de um tratado se as outras partes celebrantes não o aplicam internamente nas mesmas condições.²⁴ (sem grifos)

Sobre a reciprocidade, merece destaque a decisão na Extradução 897, de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 13.09.04 (DJ 18.02.05):

E M E N T A: EXTRADIÇÃO PASSIVA DE CARÁTER EXECUTÓRIO - INEXISTÊNCIA DE TRATADO DE EXTRADIÇÃO ENTRE O BRASIL E A REPÚBLICA TCHECA - PROMESSA DE RECIPROCIDADE - FUNDAMENTO JURÍDICO SUFICIENTE - DUPLA TIPICIDADE (...) EXTRADIÇÃO DEFERIDA. INEXISTÊNCIA DE TRATADO DE EXTRADIÇÃO E OFERECIMENTO DE PROMESSA DE RECIPROCIDADE POR PARTE DO ESTADO REQUERENTE. - A inexistência de tratado de extradição não impede a formulação e o eventual atendimento do pleito extradicional, desde que o Estado requerente prometa reciprocidade de tratamento ao Brasil, mediante expediente (Nota Verbal) formalmente transmitido por via diplomática. Doutrina. Precedentes. Extradução e Respeito aos Direitos Humanos: Paradigma ético-jurídico cuja observância condiciona o deferimento do pedido extradicional - A essencialidade da cooperação internacional na repressão penal aos delitos comuns não exonera o Estado brasileiro - e, em particular, o Supremo Tribunal Federal - de velar pelo respeito aos direitos fundamentais do súdito estrangeiro que venha a sofrer, em nosso País, processo extradicional instaurado por iniciativa de qualquer Estado estrangeiro. O extraditando assume, no processo extradicional, a condição indisponível de sujeito de direitos, cuja intangibilidade há de ser preservada pelo Estado a que foi dirigido o pedido de extradição (o Brasil, no caso). - O Supremo Tribunal Federal não deve autorizar a extradição, se se demonstrar que o ordenamento jurídico do Estado estrangeiro que a requer não se revela capaz de assegurar, aos réus, em juízo criminal, os direitos básicos que resultam do postulado do "due process of law" (...). O postulado da dupla tipicidade - por constituir requisito essencial ao atendimento do pedido de extradição - impõe que o ilícito penal atribuído ao extraditando seja juridicamente qualificado como crime tanto no Brasil quanto no Estado requerente, sendo irrelevante, para esse específico efeito, a eventual variação terminológica registrada nas leis penais em confronto. (...) ²⁵ (sem grifos)

²⁴ BORGES, José Souto Maior. **Curso de Direito Comunitário**. – São Paulo: Saraiva, 2005, p.260.

²⁵ Ext. 897. Rel. Min. Celso de Mello. Julgada em 13.09.04 (Publicada no DJ 18.02.05). Disponível em <www.stf.gov.br/jurisprudencia> acesso em 01.07.07.

Representa a reciprocidade, uma comunhão de intenções, significando dizer que os Estados envolvidos se comprometem em benefícios e obrigações mútuas, onde tudo que for assegurado a um, o será em relação ao outro. Neste sentido, apontou Kleber Veloso:

A reciprocidade é um referencial para se obter o preito extraditório na ausência de um instrumento escrito, em regra um tratado, que legalize o seu deferimento. As Declarações de Reciprocidade surgiram para suprir a ausência dos tratados de extradição. As convenções de reciprocidade obrigam os Estados consortes, em data posterior, a conceder o preito compulsório do inculcado, caso exista necessidade de se utilizar um dos favores do alcance compulsório em tela.²⁶

De se registrar o fato de que a regra da reciprocidade não deve ser absoluta. Merece apreço o julgamento da extradição 1.010, cujo relator foi o Ministro Joaquim Barbosa e teve a seguinte ementa:

EMENTA: EXTRADIÇÃO. REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA. QUESTÃO DE ORDEM. PROMESSA DE RECIPROCIDADE. PEDIDO DE EXTRADIÇÃO DE PESSOA NATURALIZADA BRASILEIRA. Pedido de extradição, formulado com base em promessa de reciprocidade, de cidadão brasileiro naturalizado, por fatos relacionados a tráfico de drogas anteriores à entrega do certificado de naturalização. **Inviabilidade da extradição, por impossibilidade de cumprimento da promessa de reciprocidade, uma vez que, no país requerente, a vedação de extradição de seus nacionais não admite exceções como as previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988** (art. 5º, LI). Questão de ordem resolvida pela extinção da extradição, sem julgamento de mérito. Determinada a remessa de cópia dos autos ao Ministério Público, para as finalidades cabíveis, verificando-se a possibilidade de aplicação extraterritorial da lei penal brasileira.²⁷ (sem grifos)

Percebe-se, portanto, que foi negada a extradição do brasileiro naturalizado, sob a exigência da reciprocidade da nação requisitante, de forma que evidenciada a impossibilidade, recusou-se a extradição.

Necessário discordar do posicionamento da colenda Corte, enaltecendo a posição inaugural do relator, Ministro Joaquim Barbosa, pois aparentemente este logrou em equívoco ao acolher a premissa suscitada pelo plenário, corroborada no voto do Ministro Ayres Britto, uma vez que a promessa de reciprocidade não representa requisito para a solução de tal situação jurídica.

²⁶ VELOSO, Kleber Oliveira. **Brasil: Viés Extraditório**. Goiânia: edição do autor, 2004, p. 375.

²⁷ Ext. 1.010. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgada em 24.05.2006. Disponível em <www.stf.gov.br/jurisprudencia> acesso em 01.07.07.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt:

d) princípio da reciprocidade (art. 76 do EE): a extradição institui-se basicamente sobre o princípio da reciprocidade, que convém a dois Estados soberanos, especialmente por dois aspectos: de um lado, porque o delito deve ser punido na comunidade onde foi praticado, e, de outro lado, porque expulsa do território nacional um delinqüente, naturalmente indesejável, que um Estado estrangeiro deseja julgar e punir.²⁸ (sem grifos)

Entendo, rogando vênia ao entendimento do pretório excelso, que houve interpretação inadequada quanto ao requisito reciprocidade.

Primeiramente porque a promessa de reciprocidade é requisito geral, conforme previsto no art. 76, da Lei 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro) para qualquer extradição, ou seja, considerando-se que a regra é a vedação da extradição de brasileiros, o enunciado do art. 76 é direcionado às extradições de não brasileiros.

Conforme asseverado pelo Min. Relator, tal promessa de reciprocidade foi feita pelo governo alemão, uma vez que inexistente tratado extradicional entre Brasil e Alemanha, sendo declarado no próprio pleito, de forma explícita, que a reciprocidade sofria limitação apenas no que diz respeito à extradição de nacionais alemães, dada a restrição de sua carta magna, conforme exposto no próprio voto.

Em segundo lugar porque sendo a regra em nosso sistema a não extradição de brasileiros natos, admitindo-se excepcionalmente a extradição dos naturalizados, decorre a clara visão de que o legislador constituinte considerou nocivo o comportamento daqueles que obtivessem a naturalização, porém viessem a ser descobertos pela prática de crime anterior a obtenção do certificado de naturalização. Assim se manifestou o STF:

EMENTA: 1. EXTRADIÇÃO. Passiva. Admissibilidade. Extraditando. Brasileiro naturalizado. Naturalização posterior aos fatos que, como crimes comuns, motivaram o pedido. Aplicação do art. 5º, LI, da CF, e art. 77, I, da Lei nº 6.815/80. Pode ser extraditado o brasileiro naturalizado que adquiriu a nacionalidade após a prática do crime comum que fundamenta o pedido de extradição. 2. EXTRADIÇÃO. Passiva. Pedido formulado pelo Governo

²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, p. 173.

Austríaco. Falta de tratado específico. Irrelevância. Promessa formalizada de reciprocidade. Processo válido. HC denegado. Aplicação do art. 76 da Lei nº 6.815/80. Precedentes. Sem tratado específico, poderá ser concedida extradição quando o governo requerente prometer ao Brasil a reciprocidade.²⁹

Ainda entendeu o constituinte, em permitir a extradição dos naturalizados em caso de envolvimento com tráfico, sendo desnecessário, para esta, o requisito temporal, portanto, podendo ser em decorrência de fato até mesmo posterior à aquisição da nacionalidade secundária.

Resta claro, portanto, que o constituinte de 1988 estabeleceu critério de nocividade absoluta, qual seja, se praticado crime anterior à naturalização, ou se praticado um crime relacionado a tráfico de entorpecente, a qualquer tempo, poderá ser deferida a extradição.

Corrobora tal afirmação, o fato de que a própria Constituição Federal, admite em seu art. 12, § 4º, que é possível a perda da naturalização em caso de prática de atividade nociva ao interesse nacional, regra a qual perfeitamente se subsumem as exceções constitucionais à vedação da extradição de brasileiros.

Ademais, quer parecer que o requisito reciprocidade tem índole objetiva, uma vez que versa sobre o fato e os requisitos gerais em matéria de cooperação internacional para fins de entrega extradicial, sendo que não diz respeito ao sujeito em si, ao homem, o que levaria à quebra de um dos pressupostos basilares do direito que é a sua generalidade. Neste sentido, invocam-se as palavras de Accioly.

Na ausência de um tratado, o Brasil e alguns outros países concedem a extradição mediante uma declaração de reciprocidade, segundo a qual, ocorrendo crime análogo no país requerido, o país requerente se compromete a conceder a extradição solicitada.³⁰ (sem grifos)

Quer parecer que a exceção constitucional não deve ser colocada em questão como requisito da reciprocidade, pois este diz respeito, em princípio, às exigências gerais em matéria de cooperação internacional, as quais foram atendidas no caso. A

²⁹ HC 87.219. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgado em 14.06.2006, disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 15.10.2007

³⁰ ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 364.

promessa de reciprocidade consistiria apenas em uma forma de solucionar o impasse decorrente da ausência de instrumento jurídico hábil, ou seja, um tratado bilateral ou multilateral, em matéria extradicional, viabilizando assim o deferimento do pedido, pela garantia do preenchimento dos requisitos gerais insculpidos na Lei 6.815/80, em especial a não violação de direitos fundamentais como aplicação de pena de morte, prisão perpétua, entre outros, e ainda, a garantia de que existindo situação inversa, será respeitada pelo Estado estrangeiro a solicitação feita.

Assim, em linhas gerais, é a presente discussão uma demonstração singela de como as interpretações podem ser férteis em tal campo. Não se defende aqui a não apreciação dos requisitos gerais inerentes à proteção da entrega extradicional, sob o crivo do Pretório Excelso, mas, particularmente, se defende a lembrança de que a cooperação internacional deve ser a regra, afastando-se maiores formalismos que não protegem a cidadania como um todo mas apenas um indivíduo, geralmente transgressor de uma conduta social padrão.

1.4 DA EXTRADIÇÃO PASSIVA DE BRASILEIROS

Constitui elemento importante, e porque não dizer central, para o presente estudo a questão da extradição passiva de brasileiros, que constitui a modalidade extradicional onde é requerida a entrega do nacional ao governo brasileiro, sendo o pleito submetido à apreciação do STF, o qual decidirá pela extradição ou não do cidadão brasileiro, nato ou naturalizado, ou seja, detentor de cidadania, primária ou secundária.

Atualmente, o preceito norteador que define o comportamento do país vige em nível constitucional, decorrendo da previsão insculpida no art. 5º, inciso LI, da CF/88 que dispõe *in verbis*:

LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;³¹

Veicula o citado enunciado, portanto, dois comandos distintos, destacados por Alexandre de Moraes:

A primeira regra refere-se aos brasileiros, que não poderão ser extraditados. Para os brasileiros natos essa regra é absoluta, não admitindo nenhuma exceção.

Em relação aos brasileiros naturalizados, porém, essa regra é relativa, admitindo-se duas exceções:³² (sem grifos)

Ora se temos que é vedada até mesmo a extradição do brasileiro naturalizado, para os quais as hipóteses previstas no mencionado dispositivo autorizam apenas a extradição por cometimento de crime comum anterior à naturalização ou de tráfico de drogas, a qualquer tempo, tem-se que o país não abre mão de julgar seus nacionais, de forma taxativa.

³¹ BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. 12.ed.. São Paulo: RT, 2007.

³² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 10.ed. – São Paulo: Atlas, 2001, 822 p. (p. 112)

Representa a consagração do princípio geral da inextraditabilidade absoluta do brasileiro, incluído o naturalizado, segundo Pertence³³. Neste sentido tem sido a postura do STF, ao longo dos anos:

O brasileiro nato, quaisquer que sejam as circunstâncias e a natureza do delito, não pode ser extraditado, pelo Brasil, a pedido de governo estrangeiro, pois a Constituição da República, em cláusula que não comporta exceção, impede em caráter absoluto, a efetivação da entrega extradicional daquele que é titular, seja pelo critério do 'jus soli', seja pelo critério do 'jus sanguinis', de nacionalidade brasileira primária ou originária. Esse privilégio constitucional que beneficia, sem exceção, o brasileiro nato (CF, art. 5º, LI), não se descaracteriza pelo fato de o Estado estrangeiro, por lei própria, haver-lhe reconhecido a condição de titular de nacionalidade originária pertinente a esse mesmo Estado.³⁴ (sem grifos)

Há evidências de que o preceito que restringe a extradição dos nacionais de um determinado país, possui contextualização histórica, não havendo maiores embates jurídicos sobre o assunto, embora haja focos de resistência doutrinária.

Aponta Celso Albuquerque Mello, o seguinte:

A idéia de não se extraditar o nacional parece que se encontra no século XIV, na Bula de Brabante, que dava a todos os cidadãos o direito de não ser subtraídos à jurisdição dos tribunais locais. Outros atribuem a não extradição do nacional aos costumes dos servos convertidos em burgueses não poderem ser subtraídos ao juízo real, mesmo por crime cometido no estrangeiro. Fala-se ainda que a origem estaria nas guerras religiosas na Europa.³⁵

Atrelado a tais apontamentos, a constatação que se faz, é a de que a vedação à extradição de nacionais tem sido tratada como um comando inquestionável, ou seja, sem qualquer discussão sobre a pertinência e contemporaneidade da mesma.

Ementa: A lei veda a extradição de brasileiros. Indefere-se o pedido.

(...)

Voto do Relator

Nego a extradição. Ela se refere a cidadão brasileiro. Nos termos do art. 1º, do dec. Lei 394 de 1938, os brasileiros não podem ser extraditados.³⁶

³³ Ext. 541. Requerente: Legação da Itália. Julgado em: 07/11/92. Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia. Acesso em: 10/10/2006.

³⁴ HC 83.113. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 26/06/03 Disponível em: www.stf.gov.br/jurisprudencia. Acesso em: 31/05/2006.

³⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, V.2, p. 1024.

³⁶ Ext 165. Rel. Min. Lafayette de Andrada. Julgado em 23/05/1951. Disponível em www.stf.gov.br/jurisprudencia. Acesso em 31/05/2006.

Ementa: Extradicação: inadmissibilidade: extraditando que – por força de opção homologada pelo juízo competente – é brasileiro nato (...)³⁷

Havendo o extraditando comprovado a reaquisição da nacionalidade brasileira, indefere-se o pedido de extradicação.(...) A reaquisição de nacionalidade, por brasileiro nato, implica manter esse *status* e não o de naturalizado. Relator Néri da Silveira.³⁸

Albuquerque Mello, aponta ainda os fatores relevantes para a prevalência da regra da inextraditabilidade:

A razão principal para isto é que o Estado tem obrigação de proteger os seus nacionais. Outras razões podem ser acrescentadas: a) 'ninguém pode ser subtraído a seus juízes naturais;' b) o direito do nacional de habitar seu próprio Estado; c) a dificuldade de defesa em tribunais estrangeiros; d) falta de imparcialidade da justiça estrangeira, etc.[sic]³⁹

Ora, a proteção dos seus nacionais não pode ser interpretada como acobertamento de delitos praticados por seus nacionais, uma cumplicidade legitimada. A supressão do juízo natural é relativa, pois o próprio direito pátrio consagra como juízo natural o local na prática do crime. Apesar de inaplicável a legislação brasileira ao julgamento do brasileiro, por exemplo, preso em flagrante no exterior e rapidamente julgado, não deixou aquele juízo de ser competente pelo fato do réu ser brasileiro.

A questão de habitar em seu próprio Estado é superável, pois hoje o Brasil já vem adotando política externa no sentido de firmar tratados para transferência de pessoas condenadas, sendo que o Ministério da Justiça já conseguiu que fossem firmados diversos tratados, como por exemplo com a Argentina, o Canadá, o Chile, a Espanha, o Paraguai e o Reino Unido.

Fato que não poderá ser descartado, ainda, é o enfrentamento da natureza jurídica da norma constitucional que veda a extradicação de brasileiros, especialmente para fins de julgamento perante a Corte Penal Internacional.

³⁷ Ext 880. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em 18/03/04. Disponível em www.stf.gov.br/jurisprudencia. Acesso em 10/10/2006.

³⁸ Ext. 441. Requerente: Legação dos Estados Unidos da América. Julgado em 18/06/1986 Disponível em www.stf.gov.br/jurisprudencia. Acesso em 10/10/2006.

³⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, V.2, p. 1025.

Não seria esta norma diante das modernas regras de Direito Comunitário letra morta? Não seria ela uma norma apenas formalmente constitucional, e por conseqüência uma pseudocláusula pétrea?

O fato é que a leitura que se busca é a de que tal limitação não pode atingir os delitos cuja competência jurisdicional é atribuída à Corte Penal Internacional, por meio das regras editadas pelo Estatuto de Roma

Conforme previsão do Estatuto de Roma, assim convencionaram os países signatários em seu preâmbulo:

Os Estados Partes no presente Estatuto.
 Conscientes de que todos os povos estão unidos por laços comuns e de que suas culturas foram construídas sobre uma herança que partilham, e preocupados com o fato deste delicado mosaico poder vir a quebrar-se a qualquer instante,
 Tendo presente que, no decurso deste século, milhões de crianças, homens e mulheres têm sido vítimas de atrocidades inimagináveis que chocam profundamente a consciência da humanidade,
 Reconhecendo que crimes de uma tal gravidade constituem uma ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade,
 Afirmando que os crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes e que a sua repressão deve ser efetivamente assegurada através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional,
 Decididos a por fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes,
 Relembrando que é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais,
 Reafirmando os Objetivos e Princípios consignados na Carta das Nações Unidas e, em particular, que todos os Estados se devem abster de recorrer à ameaça ou ao uso da força, contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou de atuar por qualquer outra forma incompatível com os Objetivos das Nações Unidas,
 Salientando, a este propósito, que nada no presente Estatuto deverá ser entendido como autorizando qualquer Estado Parte a intervir em um conflito armado ou nos assuntos internos de qualquer Estado,
 Determinados em perseguir este objetivo e no interesse das gerações presentes e vindouras, a criar um Tribunal Penal Internacional com caráter permanente e independente, no âmbito do sistema das Nações Unidas, e com jurisdição sobre os crimes de maior gravidade que afetem a comunidade internacional no seu conjunto,
 Sublinhando que o Tribunal Penal Internacional, criado pelo presente Estatuto, será complementar às jurisdições penais nacionais,
Decididos a garantir o respeito duradouro pela efetivação da justiça internacional,⁴⁰ (Sem grifos no original)

⁴⁰ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Preâmbulo do Estatuto de Roma, de 17/07/98. Disponível em <http://www.icc-cpi.int/>. Acesso em 18/09/2005.

1.5 A LEI 2.416/11

Muito embora o comando constitucional veiculado pela CF/88 seja absolutamente claro ao vedar a extradição de brasileiros, constata-se que não foi ao longo da história de igual sorte.

Identificou-se que sob a égide da Constituição de 1891, entrou em vigor a Lei 2.416 de 1911, a qual expressamente autorizava a extradição de brasileiros.

O artigo 1º. da mencionada lei, possuía a seguinte redação:

Art. 1º. É permitida a extradição de nacionais e estrangeiros:

§1º . A extradição de nacionais será concedida quando, por lei ou tratado, o país requerente assegurar ao Brasil a reciprocidade de tratamento. [sic]⁴¹
(sem grifos)

Significa, portanto, que sendo preenchidos os requisitos inerentes ao ato extradicional, desde que observada a promessa de reciprocidade, era perfeitamente possível o deferimento do pedido.

É certo que havia no período poucos países que admitiam a mesma situação, sendo que em casos onde não houvesse a possibilidade de concretização da extradição, por inviabilidade da reciprocidade, havia um enorme risco de que tais indivíduos viessem a ficar impunes no país de origem.

Tal lei teve vigência plena até a promulgação da Constituição Federal de 1934, quando, então, foi edificada a proibição expressa à extradição de nacionais.

Conforme se destacará adiante, foi desenvolvida pesquisa a partir dos julgamentos das extradições, no âmbito do STF, durante a vigência da mencionada Lei.

⁴¹ BRIGGS, Arthur. **Extradição de Nacionais e Estrangeiros: comentários e informações sobre a Lei n. 2.416 de 28 de junho de 1911.** Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1919, p. 03.

2 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

2.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

O fenômeno da tentativa de consolidar estruturas de julgamento de práticas penais em nível internacional é relativamente recente. Tais investidas se deram com o incremento de práticas cujo nível de agressão à órbita jurídica extrapolava os limites geográficos de um único Estado.

Desta feita, é facilmente constatável a partir de registros históricos a atuação de líderes políticos agindo de forma a praticar verdadeiras atrocidades, as quais chamando a atenção da sociedade internacional, motivaram a instituição de tais órgãos de julgamento.

Vale apontar a constituição do Tribunal de Nuremberg e do Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, ambos instituídos na década de 40, sendo o primeiro relacionado diretamente com o processo e julgamento de alemães acusados de crimes durante a II Guerra Mundial.

O segundo foi instalado em Tóquio e tinha como objetivo o julgamento de políticos japoneses acusados de praticar atrocidades contra cidadãos chineses. Curioso é que registros históricos apontam que os políticos julgados por tal Corte, foram justamente alguns que apresentaram relação direta com crimes praticados no âmbito da II Guerra Mundial.

Sobre a atuação de tais Tribunais, asseverou Kleber Veloso.

É de pôr realce, aliás, que as Cortes anteriormente referidas, no afã de fazer justiça, num flagrante desrespeito aos próprios Direitos Humanos, acabaram por praticar outras injustiças. Logo, elas apenas encarnaram, ainda que vagamente, o protótipo de uma justiça penal internacional.⁴²

⁴² VELOSO, Kleber Oliveira. **Brasil: Viés Extraditório**. Goiânia: edição do autor, 2004, p. 450.

Válido registrar a instituição do Tribunal para apuração dos crimes de guerra praticados durante a guerra civil da antiga Iugoslávia, onde a ONU, por meio do Conselho de Segurança, baixou a Resolução 808, de 1993, determinando-se assim a apuração dos fatos ocorridos naquele país, em especial das condutas do então Presidente Slobodan Milosevic.

Não se pode esquecer ainda, do Tribunal Internacional para julgamento dos crimes contra a humanidade praticados em Ruanda. A partir da situação existente naquele país, onde o conflito étnico entre *hutus* e *tutsi* foi responsável pela morte de milhares de pessoas, instituiu-se tal Tribunal, porém, ainda assim, não se podia dizer que existia no planeta uma expressão efetiva de Justiça Penal Internacional.

Primeiramente porque tais Tribunais não podiam ser considerados como Juízo natural de julgamento de crimes praticados contra a humanidade, por falta de legitimidade jurídica. Segundo, porque historicamente foram instituídos na condição de Tribunais de vencedores para julgarem vencidos, deixando de apresentar, assim, uma das características mais essenciais da atividade jurisdicional, qual seja, a imparcialidade.

Válido colacionar as palavras de Rezek:

*O TPI é muito bem-nascido, porque tem a característica extraordinária de não ser um tribunal de circunstância, montado por determinados países para atender a interesses geopolíticos. Assim foram alguns julgamentos que tivemos na história, como Nuremberg, Tóquio, Iugoslávia e Ruanda. O TPI nasceu sob o signo da esperança: nós teríamos finalmente um Tribunal Penal Internacional universal, vocacionado para julgar qualquer pessoa em qualquer parte do mundo que tivesse cometido crimes previstos no direito internacional. Sua criação é louvável, mas ele ainda tem muitos problemas do passado.*⁴³ (sem grifos)

⁴³ REZEK, Francisco. **Lei internacional vive era mais sombria da história, diz juiz da ONU.** Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u105046.shtml>. Acesso em 30/02/2007.

2.2 SURGIMENTO E CARACTERIZAÇÃO

Vivemos em uma sociedade globalizada, cuja presença dos delitos é uma realidade. As relações jurídicas modernas, seja entre cidadãos que fazem parte de uma país, seja entre Estados, figuras de direito internacional, exigem um grau de compromisso que faz com que elementos até poucos anos atrás considerados intangíveis, hoje já sejam vistos com flexibilidade, isto porque com as transmissões via satélite e especialmente via internet, o planeta se interligou em banda larga, de forma que a velocidade de transformação supera, a cada dia, toda e qualquer expectativa supostamente previsível.

Nas relações jurídicas privadas, ao se almejar a celebração de um negócio jurídico, fundamental que as partes contraentes cedam parte dos interesses pessoais ante a prevalência de que se atinja um interesse recíproco maior, ou mesmo a satisfação de interesses concorrentes.

Assim não é diferente entre os sujeitos de direito público. No momento em que um estado, sujeito de direito internacional, se submete a um pacto com outro país ou mesmo uma comunidade internacional, está o mesmo a abrir mão de parte de seus elementos internos, como a própria soberania, para fins de alcançar a satisfação de interesses comuns.

Partindo de tal premissa acredito que não só em matéria de interesses mercantis os estados, no plano internacional, deveriam mitigar em parte seus interesses internos, mas também com relação à definição de políticas públicas, seja em matéria econômica, fiscal, social, de segurança, entre outras, ou seja, os estados deveriam estar cada vez mais interligados, mais próximos, com o intuito de precipuamente desenvolver atividades administrativas que os fortaleçam.

Desta forma, ao pensarmos em política criminal, não podemos limitar nossos conceitos apenas ao desenvolvimento de políticas internas, pois o crime também se globaliza, mas em especial, adquire dimensões que assustam o planeta como um

todo, eis que em razão de minutos todo o globo está contaminado com imagens de um ato terrorista, uma catástrofe ou atos variados de marginais de diversas origens.

Assistimos a cada dia notícias sobre terrorismo praticado em uma grande capital da Europa ou mesmo a ocorrência de um crime bárbaro praticado contra uma sociedade longínqua de um rincão do planeta.

Na obra “Os grandes sistemas de política criminal”, a professora Mireille Delmas-Marty, leciona o seguinte:

Infrações transfronteiras – Neste campo, particularmente heteróclito, figuram, ao mesmo tempo, os grandes tráficos internacionais, os atos de pirataria ligados aos transportes, depois ampliados para as tecnologias da comunicação, o terrorismo internacional e, finalmente, diversas modalidades de atentados ao meio ambiente.⁴⁴

O fato é que o planeta está vulnerável àqueles que por motivos os mais variados o possível desejam realizar ilícitos que muitas das vezes mesmo praticados em um único país, possuem reflexos transnacionais.

Assim, verifica-se que dentro de uma existência histórica, surgem tribunais internacionais para o julgamento de crimes graves, praticados em um contexto de guerra, em um momento em que todo o avanço e tecnologia atuais não eram sequer imaginados, porém, diante de fatos de dimensões transnacionais que já se mostravam presentes, respostas proporcionais se tornavam necessárias.

Aquelas aparentes agressões submetidas ao Tribunal de Nuremberg ou mesmo ao Tribunal de Ruanda, serviram como fonte de inspiração para o surgimento de uma Corte Penal Internacional, em sua denominação original “International Criminal Court-ICC” cuja amplitude seria muito maior que a apuração de delitos de guerra, abrangendo ainda crimes que violem os interesses de toda a coletividade internacional, mesmo sem que qualquer um dos agredidos saia de sua casa onde quer que se encontre no planeta.

⁴⁴ DELMAS-MARTY, MIREILLE. **Os grandes sistemas de Política Criminal**. Tradução Denise Radanovic Vieira. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 522.

Nesse esteio, ocorre em 1998 a reunião entre os representantes de diversos países, todos integrantes das Nações Unidas, sendo lavrado o Estatuto de Roma, instrumento que para a sua validade plena, dependeria da ratificação de 60(sessenta) países no prazo de 60 meses, conforme previsto no próprio Estatuto.

Assim, o surgimento da Corte Penal Internacional justificou a existência de um ordenamento jurídico internacional, onde os signatários se comprometeram no intento de combater tais condutas que geravam desaprovação comum, conforme previsto no artigo primeiro do Estatuto de Roma.

É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional ("o Tribunal"). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto (tradução livre).⁴⁵

Quando falamos em International Criminal Court ou Corte Penal Internacional, estamos nos reportando ao que nos países de língua portuguesa, convencionou-se chamar Tribunal Penal Internacional, ou simplesmente TPI, órgão internacional vinculado à ONU, Organização das Nações Unidas, que representa o conjunto de "Nações", ou seja, Estados Partes, "unidos" em torno de objetivos comuns, solidários, fraternais.

Necessário trazer à baila o fato de que Estados-partes se submeteram expressamente à Jurisdição da Corte Penal Internacional no momento em que assinaram o compromisso e especialmente quando ratificaram tais acordos.

Notadamente no caso brasileiro, observamos o preenchimento de tal requisito por meio do §4º, do art. 5º da CF/88, incorporado pela Emenda Constitucional nº 45, que prevê literalmente o seguinte:

⁴⁵ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Art. 1º, do Estatuto de Roma, de 17/07/98. Disponível em <http://www.icc-cpi.int/>. Acesso em 18/09/2005. 'An International Criminal Court ("the Court") is hereby established. It shall be a permanent institution and shall have the power to exercise its jurisdiction over persons for the most serious crimes of international concern, as referred to in this Statute, and shall be complementary to national criminal jurisdictions. The jurisdiction and functioning of the Court shall be governed by the provisions of this Statute.'

§4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (Incluído pela Emenda Constitucional n 45, de 2004)⁴⁶

Ademais, o Decreto-lei nº 4.388/02 prevê o seguinte:

Art. 1º O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, apenso por cópia ao presente Decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém. [...]

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.⁴⁷

Atualmente, segundo dados do próprio Tribunal⁴⁸, atualizados em 17 de outubro de 2007, 105(cento e cinco) Estados Parte já haviam depositado os instrumentos de ratificação do Estatuto de Roma em seus ordenamentos internos. Destes, 29 são da África, 13 da Ásia, 16 do Leste Europeu, 22 da América Latina e do Caribe e 25 são do Oeste Europeu e outros Estados.

⁴⁶ BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. 12.ed.. São Paulo: RT, 2007.

⁴⁷ BRASIL, Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 de set. 2002.

⁴⁸ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. **Dados relativos aos Estados Parte**. Disponível em <http://www.icc-cpi.int/asp/statesparties.html>. Acesso em 18/11/2007.

2.3 ASPECTOS JURÍDICOS-PENAIIS DO TPI

Sem dúvida alguma o TPI é uma instituição complexa, sendo que diversos aspectos jurídico-penais merecem reflexão. É notório que sendo um Tribunal criado para atribuição específica, merece tratamento cauteloso por parte dos Estados-membros, uma vez que pode haver confusão, em determinados momentos, até mesmo no que diz respeito ao seu acionamento por interesses políticos.

As regras de direito penal, de maneira geral são observadas em conformidade com aquelas já verificadas nos ordenamentos internos, sendo que são detectados conceitos como o de inimputabilidade, extinção de punibilidade, entre outros.

Não se pode deixar de enfatizar que em razão do respeito à soberania dos Estados-parte, não existe uma relação de prevalência interna, eis que na verdade os Estados possuem uma condição paritária na composição do Tribunal, notadamente através da Assembléia dos Estados-partes.

Tal Assembléia é quem define as indicações para os cargos, sendo que além da estrutura administrativa, existe a estrutura judicial composta por uma Câmara de questões preliminares, uma Câmara de Primeira Instância e uma Câmara de Apelação.

O número atual de Juízes da Corte é de 18(dezoito), eleitos a cada 03 (três) anos, sendo que em seu artigo 36, definiu o Estatuto de Roma que os Juízes deverão ser escolhidos dentre pessoas de alta consideração moral, imparcialidade, integridade, e ainda, notória experiência em direito criminal e direito humanitário.

Necessário destacar que a jurisdição exercida pelo TPI é suplementar, ou seja, possui um caráter complementar, subsidiário em relação à jurisdição exercida no plano interno, uma vez que não sendo possível o exercício desta, em razão de fatores como a falta de condições de apuração, desinteresse do Estado-parte, entre outros, torna viável o acionamento do Tribunal.

A Corte Internacional surge, portanto com formulação complementar à jurisdição penal nacional. O art. 17, do Estatuto descreve as condições de admissibilidade para a jurisdição do Tribunal Penal Internacional. O parágrafo 1º invoca o princípio da complementariedade, assim como no preâmbulo e no artigo 1º, ambos reforçando o caráter complementar às jurisdições penais nacionais que possui o TPI.⁴⁹

Deve ficar claro que a condição de Estado signatário é um referencial da condição de Estado cooperante, porém, não significa que um indivíduo, nacional de um Estado que não componha as cadeiras do TPI, não possa ser processado e julgado perante o Tribunal.

Para este caso, o que ocorre é que o Estado ao qual o indivíduo pertence não terá a obrigação de entregá-lo para ser submetido ao julgamento pela Corte Internacional, caso acionada, o que não poderá ocorrer se o indivíduo estiver situado em outro país, este cooperante, quanto então deverá ocorrer necessariamente sua entrega.

Válido destacar as palavras de Rezek quanto à questão da cooperação, em especial da problemática decorrente da não adesão de alguns Estados ao TPI e respectivas implicações para o êxito do Tribunal:

Os Estados Unidos não entraram para o tratado do sistema de Roma [que criou o TPI] por acreditar, e com razão, que não seriam poucos os réus americanos, em qualquer tribunal internacional que se criasse neste momento da história. Eles sabem disso e todos sabem. É uma das maiores obviedades da hora atual. Mas eles foram mais longe do que isso. Eles andaram celebrando com alguns países especialmente cooperativos tratados bilaterais para garantir que esses países não colaborarão com o TPI no caso de réus americanos. Para o bom funcionamento do tribunal, o mais importante não é saber a nacionalidade do réu. O mais importante é saber onde essa pessoa está. Que país tem a disponibilidade física do réu. O fato de os EUA, a Rússia e a China não serem signatários do tratado de Roma e não cooperarem com o tribunal significa apenas que um réu americano, russo ou chinês que esteja em seu país de nacionalidade não será mandado para lá. Mas não significa absolutamente que alguém que tenha nacionalidade de um país participante não possa ser mandado para julgamento no TPI se estiver em outro país, este sim disposto a colaborar. Foi por isso que os EUA fizeram essa coisa que é bem um sinal dos tempos, porque foi feita com a maior transparência e sem nenhum pudor, obter a colaboração de alguns países especialmente cooperativos, como eu disse, e conseguir que esses países, embora signatários do tratado de Roma, não mandarão americanos ao tribunal se solicitados. Veja bem, países que estão comprometidos em mandar seus próprios nacionais aceitaram não mandar americanos por força desses tratados. A não

⁴⁹ FERNANDES, David Augusto. **Tribunal Penal Internacional: a concretização de um sonho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 161.

participação no TPI é apenas um dos inúmeros fatos demonstrativos de que, sob a administração republicana de George W. Bush, os Estados Unidos não estão vivendo um momento saudável e brilhante no que concerne ao direito.⁵⁰ (sem grifos)

Sem dúvida a lavratura de instrumentos bilaterais, notadamente capitaneada pelos EUA, representam um risco para a sobrevivência do Tribunal. Na medida em que são obtidas promessas de Estados-parte de não entregar cidadãos americanos para serem submetidos à Jurisdição do TPI, parece evidente que cedo ou tarde tais Estados podem se insurgir contra a competência do Tribunal, o qual de forma democrática foi alçado à condição de protetor de bens-jurídicos relevantes para toda a humanidade

Tal situação, entretanto, não é capaz de lhe outorgar a condição de jurisdição universal, consoante preceitua Bazelaire *“ela não é universal, pois só pode atuar para os fatos cometidos nos Estados-Parte”*⁵¹, ou seja, embora qualquer indivíduo possa ser processado e julgado no âmbito do TPI, o crime perpetrado por este necessariamente precisa ter sido cometido em Estado-parte, ou neste tenha se produzido o resultado da conduta.

O Brasil é um país que precisa estar atento aos fatos que gravitam no cenário internacional de proteção aos interesses transnacionais, mas especialmente para aquilo que ocorre em seu próprio território. Freqüentes levantamentos, inclusive realizados por organismos internacionais, revelam que a região da tríplice fronteira constitui região de concentração de grupos extremistas, bem como grupos relacionados com atividades ilícitas, notadamente tráfico de armas, drogas, entre outros bens.

Tais levantamentos apontam para o risco que a concentração de tais células pode proporcionar, notadamente em relação ao Brasil, dada sua posição de destaque no cenário da América Latina. Em recente publicação nos veículos nacionais de comunicação, foi tornado público um alerta realizado ao Presidente Lula para risco de terrorismo no Brasil em função da aproximação do Irã com a Venezuela.

⁵⁰ REZEK, Francisco. **Lei internacional vive era mais sombria da história, diz juiz da ONU.** Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u105046.shtml>. Acesso em 30/02/2007.

⁵¹ BAZELAIRE, Jean-Paul et CRETIN, Thierry. **A Justiça Penal Internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia.** Tradução de Luciana Pinto Venâncio. Barueri, SP: Manole, 2004, p.64.

2.4 TIPOS PENAIS DE COMPETÊNCIA DO TPI

Consoante disposto no art. 5º, do Estatuto de Roma, os fatos típicos de competência do Tribunal Penal Internacional são: o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão.

Muito embora realizada tal atividade tipificadora, resta evidente que inúmeras outras condutas são de idêntica lesividade aos interesses da coletividade internacional. Referenciando Bassiouni, aponta Fernandes o seguinte.

Bassiouni discrimina vinte e cinco destes crimes, quais sejam: agressão, genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra, crimes contra o pessoal das Nações Unidas e associados, posse, uso e colocação ilícita de armas, furto de materiais nucleares, mercenarismo, apartheid, escravidão e tipos penais conexos [...]

Compreensível, porém, que na primeira fase de atuação da Corte, fosse realizado um corte normativo, a fim de que o mesmo se tornasse viável, sem um inchaço de competências que o inviabilizasse desde sua instituição.

Válido destacar os apontamentos de Marriele Maia:

Mesmo no estágio preparatório não houve consenso entre as delegações sobre a inclusão desses crimes no próprio projeto do Estatuto. Mais especificamente, no caso do tráfico de entorpecentes, algumas delegações expressaram que, como possui uma dimensão internacional com sérias conseqüências para a população mundial, esse delito deveria constar entre os crimes de competência *ratione materiae* do Tribunal.⁵²

Válido destacar que cada uma das figuras típicas definidas como de competência do TPI, é especificada pelo Estatuto de Roma, uma vez que variadas as formas em que o bem jurídico tutelado pode ser afetado, sendo necessário para a tramitação do pleito perante a Corte, de que o fato se amolde a uma das previsões em abstrato, lá edificadas.

⁵² MAIA, Marriele. **Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 85.

Muito embora o crime de agressão esteja definido no artigo 5º, do Estatuto de Roma, o mesmo ainda não encontra sua vigência plena. Isto ocorre porque não houve uma definição das condutas que impliquem efetivamente em crime de agressão, de forma que destaca Maia.

Assim, o documento final do Estatuto de Roma tem o mérito de definir os crimes de genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra. Durante a Conferência dos Plenipotenciários não se logrou uma definição do crime de agressão.⁵³

Tal constatação é complementada pelo artigo 5º, do Estatuto de Roma, o qual aponta que o Tribunal exercerá jurisdição sobre o crime de agressão uma vez que seja aprovado um dispositivo, em conformidade com os artigos 121 e 123, em que se defina o crime e se enunciem as condições nas quais o Tribunal exercerá a sua jurisdição sobre tais crimes

Assim, constata-se que dos artigos 6 a 8, são enumeradas as condutas que constituem os crimes de Genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra.

2.4.1 – Do Genocídio

Segundo dispõe o próprio Estatuto de Roma, constitui “genocídio” qualquer um dos atos praticados com a intenção de destruir total ou parcialmente um grupo nacional, étnico, racial ou religioso.

Nesta linha, apontou o artigo 6º , do Estatuto de Roma, as seguintes condutas:

Matar membros do grupo;
 Causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
 Submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física, total ou parcial;
 Adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
 Efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

⁵³ MAIA, Marrielle. **Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 84.

As cenas no filme *Tiros em Ruanda* (*Shooting Dogs*), nos reporta a tudo de mais perverso e de mais pernicioso que se pode pensar. Qualquer filme de terror por mais elaborado que seja não chegará aos níveis de barbáries ali retratadas, com base em relatos fiéis de sobreviventes do genocídio.

Mas dentre as várias lições dali extraídas, uma delas merece um breve diálogo. Em dada passagem já derradeira do filme, quando representantes da ONU tentavam negar o óbvio, ou para alguns, explicar o inexplicável, uma pergunta foi feita e ficou sem resposta: quantos genocídios precisam acontecer para se caracterizar um genocídio?

O filme retrata mais uma das inúmeras oportunidades que nós, homens pensantes temos de dar um passo à frente, mas por relutarmos diante de nossas próprias fraquezas, deixamos de fazer o que tem que ser feito, ou ao menos pensarmos, discutirmos, externarmos que é necessária uma mudança paradigmática.

Ora, deixar a minoria *tutsi* entregue à morte foi compactuar com o crime, foi aceitar o genocídio praticado pelos *hutus*.

O fato é que rotineiramente o homem se acovarda, e assim como os cachorros foram o único mal que verdadeiramente incomodaram os militares do *front*, percebe-se que alguém está no caminho errado.

A fraqueza de quem poderia fazer algo e não o fez, ainda que decorrente de uma série de fatores, notadamente atrelados ao desinteresse do capital burguês nas áreas conflituosas, mostra que se de fato não houver algum tipo de interesse material, pouco veremos em termos de atitude das grandes potências globais a fim de evitar novos atos de agressão aos interesses da humanidade.

Os bens-jurídicos protegidos são a vida, a integridade física, moral e psíquica, inclusive de crianças, assim como a própria preservação étnica do grupo social sob risco de extinção.

2.4.2 – Dos crimes contra a humanidade

Segundo aponta Maia, as dificuldades para se delinear as condutas que constituiriam os crimes contra a humanidade foram enormes, especialmente porque não havia consenso sobre o que eram efetivamente crimes contra a humanidade com o almejado contexto transnacional.

As maiores dificuldades em Roma foram chegar a um acordo sobre a definição das figuras listadas no artigo 7º e decidir sobre a inclusão de alguns atos ilícitos, como crimes sexuais, assunto especialmente delicado. A evolução no conceito de crimes contra a humanidade no direito consuetudinário internacional não ocorreu de forma ordenada.⁵⁴

Assim, para fins de competência do TPI, ficou definido que as condutas descritas no Estatuto, constituiriam crimes contra a humanidade quando praticados como parte de um ataque generalizado ou sistemático contra uma população civil e com conhecimento de tal ataque:

Válido destacar que o Estatuto de Roma define dez condutas típicas as quais constituiriam crimes contra a humanidade, sendo elas:

Homicídio;
 Extermínio;
 Escravidão;
 Deportação ou transferência forçada de populações;
 Encarceramento ou outra privação grave da liberdade física, em violação às normas fundamentais do direito internacional;
 Tortura;
 Estupro, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou outros abusos sexuais de gravidade comparável;
 Perseguição de um grupo ou coletividade com identidade própria, fundada em motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos, de gênero [...]
 Desaparecimento forçado de pessoas;
 O crime de “apartheid”;
 Outros atos desumanos de caráter similar que causem intencionalmente grande sofrimento ou atentem gravemente contra a integridade física ou a saúde mental ou física;

⁵⁴ MAIA, Marrielle. **Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 87.

Essencial destacar, ainda, que o Estatuto de Roma incorpora algumas definições as quais servem para compreender o contexto em que se inserem os crimes contra a humanidade, facilitando assim a atividade do intérprete, merecendo destaque.

Para os fins do parágrafo 1º:

Por “ataque contra uma população civil” entende-se uma linha de conduta que implique a perpetração múltipla dos atos mencionados no parágrafo 1º contra uma população civil, em consonância com a política de um Estado ou de uma organização para cometer tais atos ou para promover tal política;

O “extermínio” compreende a imposição intencional de condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos e remédios, *inter alia*, dirigidas a causar a destruição de parte de uma população;

Por “escravidão” entende-se o exercício de algum ou de todos os atributos do direito de propriedade sobre um indivíduo, incluído o exercício desses atributos no tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças;

[...]

Por “gravidez forçada” entende-se o confinamento ilícito de uma mulher que tenha se tornado grávida pela força, com a intenção de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. De modo algum se entenderá que esta definição afeta as normas de direito interno relativas à gravidez;

[...]

Por “desaparecimento forçado de pessoas” entende-se a prisão, a detenção ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização política, ou com a sua autorização, apoio ou aquiescência, seguido da recusa a admitir tal privação de liberdade ou a dar informação sobre a sorte ou o paradeiro dessas pessoas, com a intenção de deixá-las fora do amparo da lei por um período prolongado.

[...]

Constata-se na identificação do bem-jurídico penal, que o que se almejou proteger em tal crime foi a vida, a dignidade humana, a liberdade, incluída a liberdade sexual, a integridade física e mental, não obstante outros bens poderem ser violados dada a extensão das condutas, assim como múltiplos bens serem afetados a partir de conduta única.

2.4.3 – Dos crimes de guerra

Quanto aos crimes de guerra, tem-se que os mesmos ocorrem quando cometidos como parte de um plano ou política ou como parte da prática em grande escala de tais crimes, sendo que para os efeitos Estatuto de Roma, entende-se por “crimes de guerra”, as violações graves das Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949,

a saber, quaisquer dos atos praticados contra indivíduos ou bens protegidos pelas disposições da Convenção de Genebra e descritos pelo Estatuto de Roma.

Segundo aponta Maia, “*desde o início das negociações do Estatuto, os crimes de guerra provaram ser um dos assuntos mais ‘intratáveis’*⁵⁵. Tal fato decorria da existência de múltiplas visões acerca do que deveria nortear a definição dos ditos crimes de guerra, de forma que partidários de uma política humanitária não obtinham consenso frente à delegações que entendiam existir um número maior de condutas que consistiriam violações passíveis de tipificação.

Merecem destaque algumas das condutas listadas no artigo 8º, do Estatuto de Roma, eis que extenso o rol de condutas que caracterizam tal tipo penal.

Homicídio doloso;
 Submeter à tortura ou a outros tratamentos desumanos, incluídas as experiências biológicas;
 Infligir de forma deliberada grandes sofrimentos ou atentar gravemente contra a integridade física ou a saúde;
 Destruir bens e apropriar-se deles de forma não justificada por necessidades militares, em grande escala, ilícita e arbitrariamente;
 Obrigar um prisioneiro de guerra ou outro indivíduo protegido a prestar serviços nas forças de uma Potência inimiga;
 [...]
 Tomar reféns;
 Outras violações graves das leis e usos aplicados aos conflitos armados internacionais no marco do direito internacional, a saber, qualquer dos seguintes atos:
 Dirigir intencionalmente ataques contra a população civil em quanto tal ou contra civis que não participem diretamente das hostilidades;
 Dirigir intencionalmente ataques contra bens civis, isto é, bens que não são objetivos militares;
 Dirigir intencionalmente ataques contra pessoal, instalações, material, unidades ou veículos participantes de uma missão de manutenção da paz ou de assistência humanitária, em conformidade com a Carta das Nações Unidas, sempre que tenham o direito à proteção outorgada a civis ou bens civis de acordo com o direito internacional dos conflitos armados;
 Lançar um ataque intencional, sabendo que incidentalmente causará perdas de vidas, lesões em civis ou danos a bens de caráter civil ou danos extensos, duradouros e graves ao meio ambiente que sejam claramente excessivos em relação à vantagem militar geral, concreta e direta prevista;
 [...]
 Utilizar de modo indevido a bandeira branca, a bandeira ou as insígnias militares ou o uniforme do inimigo ou das Nações Unidas, bem como os emblemas previstos nas Convenções de Genebra, e causar assim a morte ou lesões graves;
 [...]

⁵⁵ MAIA, Marrielle. **Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 89.

Declarar abolidos, suspensos ou inadmissíveis em um tribunal os direitos e ações dos nacionais da parte inimiga;

Obrigar os nacionais da parte inimiga a participar em operações bélicas dirigidas contra o seu próprio país, mesmo que tivessem estado a seu serviço antes do início da guerra;

[...]

Cometer ultrajes contra a dignidade de indivíduos, em particular tratamentos humilhantes e degradantes;

Cometer estupro, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, tal como definida no artigo 7º, parágrafo 2, alínea f), esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência sexual que constitua uma violação grave das Convenções de Genebra;

Muito embora se perceba uma diversidade de bens jurídicos a serem protegidos, resta claro que alguns deles sobressaem-se, como a vida, a dignidade humana, a integridade física, moral e psíquica, a liberdade, incluída a sexual, a preservação de direitos fundamentais, entre outros.

2.5 A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS NO DIREITO INTERNO

Ponto de enorme importância para o presente estudo, é a compreensão da sistemática de incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico interno de um Estado aderente ao tratado.

Diversas teorias tratam o assunto, sendo que o enfrentamento do tema se deu basicamente com a observância de dois critérios, quais sejam, a existência de planos diversos de validade e o grau de hierarquia existente entre o Direito Internacional e o Direito Interno.

Pelo primeiro, a regra internacional seria passível de transformação, execução ou de incorporação ao direito interno, onde na primeira hipótese haveria necessidade de conversão do DI em Direito Interno, na segunda a introdução do DI no Direito Interno e na última, haveria validade imediata ao DI.

Pelo segundo critério, constata-se a existência de duas teorias postas, monista e dualista, ambas com uma vertente radical e outra moderada. Na primeira tem-se que o Direito Internacional se sobrepõe à ordem jurídica interna, de forma que é irrelevante que haja dispositivo constitucional ou legal em contrariedade ao enunciado estabelecido na esfera internacional, o qual estará automaticamente revogado, sendo esta a corrente moderada.

A corrente radical sustenta a prevalência do Direito Internacional, sendo sua fonte de legitimação o próprio Direito Interno de cada Estado, ou seja, para que o Direito Internacional prevaleça, a Constituição deve definir seu espaço de prevalência, sendo certo que tal condição só se dará no espaço infra-constitucional. Destaque-se que para tal corrente não haveria que se falar nem mesmo em revogação do DI por lei interna mais recente que eventualmente lhe cause modificação, fato que é criticável, pois seria uma incoerência considerando-se o critério cronológico de prevalência das regras jurídicas, já que o DI teria *status* infra-constitucional.

Na teoria dualista, tem-se que a recepção do tratado pelo ordenamento jurídico interno necessita se submeter a um procedimento de legitimação perante a ordem local, de forma que há necessidade de respeitar um procedimento interno perante a Casa Legislativa competente, no caso brasileiro, perante o Congresso Nacional.

Tal exigência decorre do fato de que a ordem interna e internacional possuem fundamentos diversos, ou seja, fonte, sujeitos e conteúdo diversos, restando claro que são ordens distintas.

Significa, portanto, que não há uma incorporação automática do compromisso assumido na esfera internacional, de forma que é necessário, a partir do texto constitucional, a submissão ao procedimento interno.

No caso brasileiro, conclusão elucidativa foi manifestada por Jevaux:

Entre a legislação e a jurisprudência, portanto, existem orientações diversas. Na primeira, por força do costume, a exigência da promulgação e publicação, por dois Decretos, um legislativo e outro presidencial, torna o sistema dual, enquanto que a segunda, admitindo a regra *later in time*, assume a posição monista moderada.⁵⁶

De fato, embora a Constituição Federal de 1988 não tenha manifestado expressamente sua vontade quanto à forma de recepção dos Tratados pelo ordenamento interno, deixou vestígios quando define, por exemplo, o procedimento legislativo de transformação, ao mesmo tempo em que confunde o hermeneuta constitucional ao falar, por exemplo, do controle de constitucionalidade, em tese, dos tratados.

Prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre quaisquer convenções internacionais, incluídas as de proteção aos direitos humanos, que impede, no caso, a pretendida aplicação da norma do Pacto de São José: motivação. A Constituição do Brasil e as convenções internacionais de proteção aos direitos humanos: prevalência da Constituição que afasta a aplicabilidade das cláusulas convencionais antinômicas.[...] Assim como não o afirma em relação às leis, a Constituição não precisou dizer-se sobreposta aos tratados: a hierarquia está ínsita em preceitos inequívocos seus, como os que submetem a aprovação e promulgação das convenções ao processo legislativo ditado pela Constituição [...] seria necessário emprestar à norma

⁵⁶ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Teoria da Constituição**. Vitória: 2003, Tit. 3, Cap. 2, p. 221.

convencional força ab-rogante da Constituição mesma, quando não dinamitadoras do seu sistema, o que não é de admitir.⁵⁷ (grifos nossos)

Tal posição do Colendo STF, em julgado considerado referência, continua a prevalecer nos dias atuais, ainda que não havendo unanimidade na Corte, sendo que consagra a condição de prevalência da Constituição Federal sobre os instrumentos de Direito Internacional.

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DE APELAÇÃO. PROCESSAMENTO [...]

V – Ainda que não se empreste dignidade constitucional ao duplo grau de jurisdição, trata-se de garantia prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, cuja ratificação pelo Brasil deu-se em 1992, data posterior à promulgação do Código de Processo Penal.

VI – A incorporação posterior ao ordenamento brasileiro de regra prevista em tratado internacional tem o condão de modificar a legislação ordinária que lhe é anterior.

VII – Ordem concedida.⁵⁸

Importante apontar ainda, que com a promulgação da EC 45/2004, foi introduzido ao artigo 5º, o parágrafo 3º, o qual disciplina a introdução no ordenamento brasileiro de tratados que versem sobre direitos humanos, e assim dispõe textualmente:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).⁵⁹

Neste sentido, ao se reportar sobre a possibilidade do ingresso de tratados sobre Direitos Humanos, mediante *quorum* qualificado e procedimento específico, se pronunciou Gilmar Mendes.

Nesses casos, e apenas nesses, essas normas gozarão de status constitucional. A emenda não parece impedir que se opte pela aprovação de tratado sobre direitos humanos pelo procedimento comum, com o que se facilitará o seu ingresso no ordenamento jurídico brasileiro, valendo como norma infraconstitucional. Os tratados aprovados antes da Emenda continuam a valer como normas infra-constitucionais.⁶⁰

⁵⁷ RHC 79.785 Rio de Janeiro. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 29.03.00 Publicado no DJ em 22.11.02

⁵⁸ HC 88.420-2 Paraná. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 17.04.07 Publicado no DJ em 08.06.07

⁵⁹ BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil - 1988**. 12.ed.. São Paulo: RT, 2007.

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 216.

A posição da Corte, não a exime de críticas, em especial no tocante ao fato de ser um óbice à consolidação do Direito Internacional, burocratizando a adoção de medidas que seriam de interesse de toda uma coletividade internacional, uma vez que embora prestigiando o conceito de soberania dos Estados, esvazia a normatividade dos Tratados.

Parece claro, portanto, considerando a problemática do presente estudo, que diante das posições adotadas pelo guardião da Constituição Federal, não se pode falar de forma alguma em aplicabilidade imediata dos Tratados, fato corroborado inclusive pela promulgação e publicação do Decreto Presidencial 4.388, de 25 de setembro de 2002, o qual reproduziu as normas do Estatuto de Roma no ordenamento interno brasileiro.

Curioso ressaltar, o art. 2º, do aludido Decreto:

Art. 2º São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão do referido Acordo, assim como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Não se trata, portanto, de uma mera execução, mas de verdadeiro ato de admissão ou não das cláusulas negociais, estabelecidas no tratado, embora, seja gerada uma enorme contradição com o conteúdo do artigo 120, do Estatuto de Roma, uma vez que este não admitia reservas, ou seja, o Direito Interno na prática só poderia confirmar e dar executoriedade, já que não admitidas restrições às cláusulas postas.

Ressalto, ainda, corroborando a noção da impossibilidade de aplicabilidade imediata dos Tratados, o fato de que o TPI não é uma instituição de Direito Comunitário, pois é por demais complexo, para se afirmar que se trate de um órgão fruto de um Direito de integração, onde certamente o grau de submissão dos Estados-parte seria muito mais profundo, conforme salienta Amaral Júnior.

A vigência de um tratado no âmbito interno de um Estado depende, em geral, de um mecanismo constitucional de recepção. No caso brasileiro,

como se verá adiante, cabe ao Executivo celebrar tratados, os quais ainda ficam na dependência de serem aprovados pelo Congresso Nacional.⁶¹

Embora seja inequívoca sua atuação transnacional, fulcrada na proteção de bens jurídicos cuja proteção se deseja, a estrutura do TPI parece tipicamente de Direito Internacional Público, sem as feições de órgão local, de relação direta com os interesses afetados, como por exemplo um Tribunal de Justiça no âmbito da União Européia.

Tal afirmativa decorre do elevado grau de conflitos que se percebe com as ordens internas de alguns países e os interesses postos no plano internacional, por estes, embora muitos deles tenham feito adaptações significativas para a viabilidade do TPI, inclusive com mudanças em nível de direitos fundamentais, valendo destacar ainda, a desvinculação do TPI do contexto de uma estrutura internacional de características supra-nacionais com cunho comunitário, eis que este não é o propósito da ONU.

De se registrar, por fim, que ainda que entendido que o Estatuto de Roma seja típico instrumento protetor de Direitos Humanos, não seria possível lhe outorgar o status previsto no artigo 5º, §3º, da CF/88, tendo em vista sua ratificação decorrer de procedimento legislativo simples, vez que anterior à EC 45/04, embora veiculado também por esta, no parágrafo 4º, do artigo 5º, da CF/88, o preceito de que o *“Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”*.

Ou seja, embora a introdução do parágrafo 4º, demonstre uma aparente intenção em por meio dele erguer os enunciados do TPI ao nível constitucional, tal não pode ser a melhor interpretação, considerando o sistema jurídico-fundamental adotado pelo Brasil, considerando-se a tendência contemporânea do STF.

⁶¹ AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. **Os tratados no ordenamento jurídico brasileiro**. Disponível em <http://br.geocities.com/profpito/ostratadosamaraljunior.html>. Acesso em 10/12/2007.

3 A VEDAÇÃO À EXTRADIÇÃO DE NACIONAIS COMO DIREITO FUNDAMENTAL

3.1 PREMISSAS INICIAIS ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A pretensão do presente estudo foi a de ao reunir as características observadas, tomadas como pontos de partida, definir os direitos fundamentais rumo às saídas interpretativas necessárias para elucidar a problemática central, não tendo sido objetivo imediato elaborar teorias ou concepções inovadoras sobre os mesmos.

Necessário se ter em mente a noção do que venha a ser direito fundamental, pois será sempre o norte, a referência que existirá para situar o intérprete diante do conflito de bens ou direitos, e se preciso, inclusive, traçar definição, ou seja, diante da situação fática, emitir juízo de valor capaz de levar à solução necessária.

Como ressaltado, independentemente do marco teórico a ser seguido, pensar em direito fundamental como proteção a um valor inerente à própria condição de pessoa, de ser racional vivo, é intuitivo.

A partir de tal pensamento, toda e qualquer teoria poderá ser enfrentada e seus pontos de relevo tratados com discernimento pelo estudioso. Ponto importante é lembrar que o processo de fundamentalização dos direitos decorreu de toda uma evolução ao longo de anos, não foi algo que se deu de forma meteórica.

Neste esteio, importante destacar que discussões de cunho etmológico sempre nortearam a temática dos direitos fundamentais. Embora inegável a ligação com os direitos naturais, o emprego da terminologia direitos humanos sempre foi recusado pelos positivistas, dada a vinculação que fazia com tais idéias jusnaturalistas, em especial na França. A expressão direitos fundamentais, por sua vez remonta à Alemanha, onde designava certas posições ou situações jurídicas básicas dos

indivíduos perante o Estado, como autolimitação do poder soberano estatal em benefício de determinadas esferas de interesse privado.⁶²

Embora muito utilizada na França liberal, muita confusão se fazia no emprego da expressão direitos fundamentais, uma vez que em regra não eram tratados como direitos do “homem e do cidadão”, isto porque a Declaração de Direitos de 1789, estabelecia distinção entre os direitos do homem e os direitos do cidadão. Estes, representavam direitos civis e políticos de participação (ser social), enquanto aqueles eram os direitos individuais, inerentes ao próprio ser (homem em si).⁶³

Fato é que os direitos fundamentais possuem uma razão de ser, e isto é o mais importante para que eles sejam percebidos pelos homens e possam ser exigidos. Canotilho, por exemplo, destaca as funções que os direitos fundamentais possuem: função de defesa e liberdade; função de prestação social, função de proteção perante terceiros e função de não discriminação.⁶⁴

Ora, resta claro que sendo tal direito essencial ao homem, sua observância é fonte de garantia à defesa da própria pessoa, e por conseqüência de sua dignidade frente ao Estado. Sendo o homem essencialmente carecedor de necessidades básicas, o suprimento destas entra no plano da atuação prestacional do Estado.

Neste sentido, não se pode deixar de apontar a imprescindível observância de forma igualitária de cada homem, de cada indivíduo, ao se assegurar garantias mínimas a serem protegidas. Não há ou, ao menos, não deveria haver, igualdade desigual, pois necessariamente os direitos fundamentais tem o condão de atingir a todos indistintamente.

Propositamente deixou-se por último a função de proteção perante terceiros, pois assim, seria possível situar tal função frente a temática proposta para o estudo, pois talvez a mais próxima de todas as funções.

⁶² SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais: Retórica e Historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 8.

⁶³ Op. cit. p. 11.

⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed.-3ª reimp. Coimbra-Portugal: Almedina, 2006, p.407-409.

O Estado possui o compromisso com seus súditos de protegê-los, neste sentido incide uma obrigação ao para que zele pela preservação do núcleo mínimo de individualidade de seu cidadão. Canotilho, neste sentido asseverou:

Muitos direitos impõem um dever ao Estado (poderes públicos) no sentido de este proteger perante terceiros os titulares de direitos fundamentais. Neste sentido o Estado tem o dever de proteger o direito à vida perante eventuais agressões de outros indivíduos [...]

Parece, que nesta linha o Estado que restringe a possibilidade de extraditar o seu nacional age com o intuito de proteger o núcleo essencial deste seu cidadão, especialmente de abusos e situações que venham a colocar em risco tal núcleo.

Por outro lado, surge a questão relativa ao núcleo essencial de pessoas que se vêm agredidas, culminando com perda de seu bem mais valioso, como por exemplo se vislumbra no crime de genocídio. Como protegê-los? A compreensão do alcance dos direitos fundamentais e sua inter-relação podem solucionar tal dúvida, como será exposto adiante.

Mas qual seria então a feição dos direitos fundamentais, em uma abordagem preliminar? Nas palavras de Paulo Bonavides *“criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam [...]”*⁶⁵

Mesmo nos dias atuais a consolidação da noção de direitos fundamentais, ainda gera muita discussão, e tal fato é plenamente justificável em decorrência da própria recenticidade no desenvolvimento do instituto.

<Direitos fundamentais> é, pois, um conceito recente para um problema antigo. Os <direitos> existiram no Estado Constitucional muito antes de serem <direitos fundamentais>. Resta, portanto, necessário explicar como os direitos chegaram a ser direitos fundamentais e o que é que lhe acrescenta o adjetivo <fundamentais> ao substantivo <direitos>. (tradução do autor)⁶⁶

⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 17 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 561.

⁶⁶ ROYO, Javier Pérez. **Curso de Derecho Constitucional**. 9.ed. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 250. ‘<Derechos fundamentales> es pues, un concepto reciente para un problema antiguo. Los <derechos> han existido en el Estado Constitucional mucho antes de ser <derechos fundamentales>.’

Em verdade, não obstante a influência decisiva de outras passagens históricas a serem destacadas adiante, foi a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que começou a ser moldada a visão mais contemporânea dos direitos fundamentais, onde foi estabelecida a perspectiva de que os direitos fundamentais estariam no plano de uma comunidade restrita, concreta, ou seja, compondo um ordenamento jurídico. Em contrapartida, aponta Sampaio, os direitos humanos eram vistos em outra perspectiva:

Assim, direitos humanos seriam os direitos válidos para todos os povos ou para o homem, independente do contexto social em que se ache imerso, direitos, portanto, que não conhecem fronteiras nacionais, nem comunidades éticas específicas, porque foram afirmados [...] em diversas cartas e documentos internacionais como preceitos de *jus cogens* a todas as nações obrigar, tendo por começo exatamente a Declaração Universal de 1948 (dimensão internacionalista dos direitos humanos).⁶⁷

Tais traços justificam uma breve abordagem histórica, justamente pela grandiosa colaboração dos direitos fundamentais rumo à edificação de Estados Democráticos, ainda que com todas as limitações visualizadas no mundo moderno, sendo que o estudo ganha importância nas palavras de Ingo Sarlet:

É necessário frisar que a perspectiva histórica ou genética assume relevo não apenas como mecanismo hermenêutico, mas principalmente pela circunstância de que a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. Neste contexto, há que dar razão aos que ponderam ser a história dos direitos fundamentais, de certa forma (e, em parte, poderíamos acrescentar), também a história da limitação do poder.⁶⁸

Resulta por tanto obligado explicar cómo los derechos han llegado a ser derechos fundamentales y qué es lo que añade el adjetivo <fundamentales> al sustantivo <derechos>.’

⁶⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais: Retórica e Historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 8.

⁶⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 43.

3. 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Tratar de direito fundamental é necessariamente enfrentar sua linha evolutiva, compreendendo assim, dentro de uma perspectiva sistemática, seu desenvolvimento e elementos estruturantes. Conforme apontado por Sarlet, os direitos fundamentais passaram por fases distintas, com buscas diferenciadas por sua consolidação e respeito, em cada momento histórico, não sendo uma evolução uniforme. Inegável ainda, a noção de que a evolução não foi apenas jurídica, uma vez que os direitos fundamentais englobam em si, enorme carga de índole filosófica, aspecto que de igual forma, evoluiu com o passar do tempo.

[...] K. Stern, conhecido mestre de Colônia, destaca três etapas: a) uma pré-história, que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.⁶⁹

Embora mais desenvolvidos os conceitos com a evolução das doutrinas jusnaturalistas, evidencia-se que as premissas basilares dos direitos fundamentais remontam efetivamente a um direito natural, onde o senso de preservação da esfera mínima de individualidade já era percebida e assegurada, ainda que não por meio de enunciados prescritivos. Tal percepção encontra amparo na filosofia clássica e no pensamento cristão.

Parece nítido que a relação dos direitos fundamentais com o direito natural tem carga eminentemente axiológica, valorativa, pois situar-se-ia em tal plano a base epistemológica de compreensão da proteção individual.

Isso quer dizer que, de fato, existe um direito da pessoa pré-existente à própria figura do Estado, e até melhor contextualizando, uma gama de direitos. Segundo apontamentos doutrinários múltiplos, a procedência do Direito Estatal ao direito

⁶⁹ STERN, K. apud SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 44.

individual o colocaria em um plano de direito declaratório deste, firmando-se assim um novo pacto social diante da ordem jurídica estabelecida.

Nesta linha, a evolução para a preservação de direitos, vistos sob o prisma individual, e conseqüentemente sua positivação, representou a necessidade de proteção sob o enfoque do constitucionalismo em afloração no século XVIII. Tal situação representa, em essência, técnica declaratória de direitos, sendo sua conseqüência o estabelecimento de limites expressos às esferas individuais, especialmente diante de atos de permanente beligerância estatal.

Insta lembrar que tal posição dos cidadãos, e principalmente dos pensadores daquele período, refletia claramente manifestação do denominado direito de resistência, elemento da índole humana, frente à iminência de atos injustos de autoridade.

Assimilando as idéias precursoras que sustentaram o direito de resistência ao poder absoluto do monarca, na fase pré-constitucional, a concepção constitucional dos direitos individuais difundiu a técnica das liberdades resistência, incorporando ao texto jurídico da Constituição, o núcleo inviolável dos direitos individuais [sic].⁷⁰

Corroborando tal visão a posição de Caetano, com base em ensinamentos da escola histórica, idéias estas retomadas pelo positivismo sociológico em Duguit, ficando claro que o meio social exige a comunicação entre seus anseios empíricos e um processo de formalização jurídica do justo.

O Direito é criação espontânea da colectividade e o Poder Político não passa de instrumento de sua definição e sanção. Assim, se o Poder Político pretende criar normas que estejam em oposição à consciência jurídica colectiva ou, se preferirmos outra maneira de dizer, com o sentimento jurídico popular, essas normas não chegarão a ser Direito e fatalmente soçobrarão perante a resistência do meio social.⁷¹

Durante o século XVIII, com especial destaque para a Constituição Francesa de 1789, referência no movimento constitucionalista moderno, vislumbra-se momento

⁷⁰ HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, Título II, Cap. 3, p.212.

⁷¹ CAETANO. Marcello. **Manual da Ciência Política e Direito Constitucional**. 6.ed. Reimpressão. Tomo I. Coimbra: Almedina. 1996, p. 296.

histórico em termos de consolidação dos direitos fundamentais, eis que a constituição iluminista assegura expressamente uma gama de direitos extremamente atuais.

Tal constatação revela não só a idéia da positivação de direitos como fonte de proteção, como ainda a possibilidade de preservação de novos direitos, pois, a Carta de 1789 é de tamanha magnitude que mesmo com diplomas constitucionais posteriores continuou a irradiar seus efeitos, como aponta Horta:

[...] técnica igualmente adotada nas Constituições francesas de 27 de outubro de 1946 e de 4 de outubro de 1958. Estas últimas, proclamando sua subordinação aos princípios da Declaração de 1789, dispensaram a enumeração repetidora dos Direitos individuais, inalienáveis e sagrados, que se incorporaram ao Direito Público Francês, e superaram com essa dispensa as dificuldades de produzir novo texto, tal a certeza de que o texto de 1789 é incomparável.⁷²

Não se pode deixar de considerar que o movimento constitucionalista, em verdade, é muito mais resultado de todo um processo evolutivo do que propriamente a essência dos direitos fundamentais.

Canotilho foge ao corte histórico normalmente realizado e faz um resgate ideológico onde, revelando um caráter de universalização dos direitos, acentua:

Quando se põe a pergunta da existência da idéia de direitos do homem na antiguidade a resposta é negativa. Basta recordar que Platão e Aristóteles consideravam o estatuto da escravidão como algo de natural. [...] Todavia a antiguidade clássica não se quedou numa completa cegueira em relação à idéia de direitos fundamentais. O pensamento sofístico, a partir da natureza biológica comum dos homens, aproxima-se da tese da igualdade natural e da idéia da humanidade.[...] No pensamento estóico assume o princípio da igualdade um lugar proeminente: a igualdade radica no facto de todos os homens se encontrarem sob um *nomos* unitário que os converte em cidadãos do grande Estado universal.⁷³

Tais colocações são relevantes pois mostram que desde os primórdios da civilização humana já se vislumbrava uma característica marcante, a qual repousava justamente no fato de que os direitos fundamentais, embora inerentes ao homem,

⁷² HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, Título II, Cap. 3, p.212.

⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed.-3ª reimp. Coimbra-Portugal: Almedina, 2006, p.381.

não poderiam deixar de ser visualizados dentro de uma concepção de todo, ou seja, de que qualquer indivíduo pertencente àquela dada coletividade estaria acobertado pelos comandos protetivos.

Leite Sampaio, revela que a existência dos direitos fundamentais é precedida por uma noção de proteção dos direitos humanos em si, ou seja, aqueles que sejam inerentes à própria condição do indivíduo, sem maiores rebuscamentos.

Temos dispostas assim as três grandes matrizes do sistema de direitos humanos: religião, processo e propriedade. Ou mais precisamente, a liberdade religiosa, as garantias processuais e o direito de propriedade.⁷⁴

Ora, o processo de concretização dos direitos do homem, teve no reconhecimento do exercício religioso, valorosa marca histórica, uma vez que a preservação de tal esfera de individualidade levou ao desencadeamento de movimentos de proteção de outros direitos, igualmente carecedores de reconhecimento.

Posta a matriz das liberdades no exercício da religião, afirma-se-á que a exigência de tolerância, para pôr fim aos conflitos religiosos, terá projeção em todos os aspectos da vida privada e em sociedade, mediante seu desdobramento na liberdade de ir e vir, e de contratar.⁷⁵

A matriz das garantias processuais se mostrava na medida em que houve um movimento de racionalização de penas e criação de instrumentos jurídico-processuais que limitavam as arbitrariedades do governo e de seus agentes. *“O percurso de humanização das penas deixou para trás a vindita privada, as sanções e juízes ad hoc, as penas desproporcionais, bem como os tratamentos degradantes e cruéis para obtenção de confissões.”*⁷⁶

Resta asseverar que a matriz fulcrada na propriedade, representava a consolidação clara da expansão do capital, e embora desde os primórdios já se mostrando concentrada, colaborou para o avanço do direito de minorias na defesa de seus interesses dominiais.

⁷⁴ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais: Retórica e Historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 141.

⁷⁵ Op. cit, p. 144.

⁷⁶ Op. cit, p. 145.

De uma certa maneira, todos os sistemas jurídicos desenvolveram formas de proteção da propriedade, ainda que restasse, ao fim, o poder governamental, senhorial ou comunitário de expropriação em nome do interesse público ou comum. Durante a Idade Média, surgiram instrumentos legais que visavam assegurar aos titulares de haveres a tutela contra a sua expropriação ou destruição arbitrárias.⁷⁷

Atrelado a tal perspectiva, o avanço do capitalismo mercantil, exigia segurança para estabilização dos direitos do homem, ou seja, vinculava para a segurança das atividades de mercado a pacificação no âmbito dos direitos do indivíduo.

O capitalismo mercantil, com sua acumulação de riquezas e a necessidade de segurança das convenções comerciais, postulava a existência de um estatuto individual estável, assente numa larga autonomia do *'homo economicus'*.⁷⁸

Não pode ser deixado de lado, registro com relação a *Magna Carta Libertatum*, de 1215. Ela, embora contivesse fundamentalmente direitos estamentais, permitiu uma evolução dos direitos corporativos inerentes à aristocracia inglesa para a proteção dos direitos do homem. Isto porque, embora inicialmente protegendo apenas alguns extratos sociais, acabou se estendendo a todos os ingleses.

Representou em verdade um pacto para por fim a um período de descontentamento geral dos ingleses durante o reinado de João Sem Terra, tendo consistido em um *"documento oficial de concessões e reconhecimento de limites ao poder real"*.⁷⁹

Marco de relevo na história dos direitos fundamentais, a Declaração de Direitos de 1789, não só influencia a elaboração da Constituição Francesa de 1793, como também a consolidação do movimento constitucionalista moderno, notadamente por meio de instrumentos como a Constituição Mexicana de 1917, à qual denominam os mexicanos de "A primeira Constituição Política e Social do Mundo", e a Constituição Alemã de 1919, sendo certo que esta foi referência para o movimento constitucionalista no primeiro pós-guerra, sendo um marco de separação entre o

⁷⁷ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais: Retórica e Historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 146.

⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed.-3ª reimp. Coimbra-Portugal: Almedina, 2006, p.385.

⁷⁹ POUND, Roscoe *apud* SAMPAIO José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais: Retórica e Historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 150.

constitucionalismo liberal dos séculos XVIII e XIX, e o constitucionalismo social do século XX.

A recepção constitucional dessas novas tendências da Declaração dos Direitos individuais, para conferir ao Estado a posição de prestador de benefícios, verificou-se em duas Constituições do mundo ocidental, que se distinguem pelas peculiaridades de cada uma, mas que se identificam nas circunstâncias extraordinárias que precederam sua eclosão. Trata-se da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, de 5 de fevereiro de 1917, produto da revolução mexicana [...] e da Constituição Alemã, de 11 de agosto de 1919, aprovada pela Assembléia Constituinte, reunida na cidade de Weimar, pouco depois da explosão revolucionária que se seguiu à derrota militar da Alemanha.[...].⁸⁰

Como já apontado anteriormente, a utilização do termo direitos fundamentais inicialmente na Alemanha, veio a ser valorizado após a Primeira Grande Guerra, sendo que a partir da Constituição de Weimar constatou-se a continentalização do termo, merecendo destaque Pérez Royo:

No constitucionalismo alemão posterior não se fará uso do mesmo até depois da Primeira Guerra Mundial, em que o constituinte de Weimar se utilizará de maneira muito chamativa na muito famosa <Segunda Parte> de dita constituição, que leva por Título <Direitos Fundamentais e Deveres Fundamentais dos Alemães>. Com esta terminologia conectará o constituinte da Lei Fundamental de Bonn em 1949, que voltará a utilizar o termo direitos fundamentais na primeira parte da mesma. A partir deste momento o termo não apenas ficaria consolidado no constitucionalismo alemão senão se converteria ademais em um conceito de referência para a doutrina alemã, através da qual adquiriria uma certa dimensão europeia, como assinalou Peter Häberle. (tradução do autor)⁸¹

⁸⁰ HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, Título II, Cap. 3, p.216.

⁸¹ ROYO, Javier Pérez. **Curso de Derecho Constitucional**. 9.ed. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 250. 'Em el constitucionalismo alemán posterior no se hará uso del mismo hasta después de la Primera Guerra Mundial, em que el constituyente de Weimar sí lo utilizará de manera muy llamativa em la muy famosa <Segunda Parte> de dicha constitución, que lleva por título: <Derechos Fundamentales y Deberes Fundamentales de los Alemanes>. Com esta terminología conectará el constiuyente de la Ley Fundamental de Bonn em 1949, que volverá a utilizar el término derechos fundamentales em la primera parte de la misma. A partir de ese momento el término no sólo quedaría consolidado en el constitucionalismo alemán, sino que se converteria además em el concepto de referencia para la doctrina alemana, a través de la cual adquiriría una cierta <dimensión europea>, como ha señalado Peter Häberle.'

3.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E QUESTÕES ATUAIS

Válido destacar que um problema com o qual cotidianamente tem se refletido, é no tocante à titularidade de direitos fundamentais. Válido avocar as lições de Anelise Coelho, ao apontar que *“a titularidade dos direitos fundamentais está intrinsecamente relacionada à capacidade de seu exercício [...] Incorre titularidade sem possibilidade de exercício do respectivo direito fundamental.”*⁸²

Notadamente quando se trata de comparar as concessões entre nacionais e estrangeiros em determinado país, percebe-se uma enorme dificuldade nos ordenamentos internos, vez que geralmente não disciplinam a extensão dos direitos de seus nacionais em relação aos estrangeiros. Nesta linha, saída elucidativa foi dada por Pérez Royo, ao se reportar à concatenação de elementos de índole natural (sentimento humano) e artificial (atuação legislativa), para o processo de fundamentalização dos direitos.

Os cidadãos são, pois, titulares de todos os direitos constitucionais sem exceção. Os estrangeiros, pelo contrário, não o são. O serão em todo caso, daqueles direitos naturais indiscutíveis, como podem ser o direito a vida, a liberdade pessoal, a intimidade, etc. E podem ser dos demais em função da decisão que tenha sido tomada em cada caso o constituinte e, portanto, mais em alguns países, menos em outros.⁸³

Significa dizer, na linha de raciocínio do jurista espanhol que a igualdade constitucional não é um conceito universal, isto porque ainda que existindo elementos de índole humana que possuem caráter universal, existem outros, por sua vez, que são elementos de igualdade de índole política, e estes são territorialmente limitados.

⁸² NUNES, Anelise Coelho. **A titularidade dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 44.

⁸³ ROYO, Javier Pérez. **Curso de Derecho Constitucional**. 9.ed. Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 269. ‘Los ciudadanos son, pues, titulares de todos los derechos constitucionales sin excepción. Los extranjeros, por el contrario, no lo son. Lo serán em todo caso de aquellos derechos naturales indiscutibles, como pueden ser el derecho a la vida, a la libertad personal, a la intimidad, etc. Y pueden serlo de los demás em función de la decisión que haya tomado em cada caso el constituyente y, por tanto, más em unos países y menos em otros.’

Fato é que a valoração de um direito a ponto de considerá-lo fundamental, guarda umbilical relação com a Constituição do Estado, ou seja, quais os valores daquele povo em certo momento histórico.

Algo que ainda causa cizânia é a idéia de que o que pode ser fundamental para um povo não o seja ao mesmo tempo para outros povos.

Isto remete instantaneamente a se pensar na multiplicidade de culturas coexistentes, reveladoras de ambivalências de cunho étnico e religioso, principalmente, onde práticas muitas vezes consideradas degradantes e violadoras são aceitas pacatamente, em que pese a evidente dor e fragilização da condição humana.

Necessário ainda destacar, a utilização das expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais de forma indistinta, merecendo destaque as palavras de Paulo Bonavides:

Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo porém o emprego mais freqüente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães.⁸⁴

Não parece ser, portanto, a melhor concepção para os direitos fundamentais, aquela que remonte a um núcleo comum a todos os seres humanos do planeta, independentemente das condições de tempo e espaço que viva, pois estas influenciam diretamente na efetivação de tais direitos, já que cada Estado, definirá o que para aquela ordem jurídica é essencial ou não.

Bonavides, ao referenciar Carl Schmitt, assim se pronunciou:

Já do ponto de vista material, os direitos fundamentais segundo Schmitt, variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos.⁸⁵

⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 17 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 560.

⁸⁵ Op. cit., p. 561.

Tal pensamento necessariamente provoca uma remessa às idéias do direito natural, eis que por meio destas se pode fazer um contrapondo à cegueira imposta em muitos momentos pelo racionalismo exacerbado, devendo ser avocado Caetano, para reflexão.

O direito pode ser natural quando os seus preceitos resultam da Natureza e se impõem por si à razão humana e positivo quando tornado obrigatório pela ameaça eficaz da coação exercida por um Poder.

O Direito Natural seria formado por normas ideais decorrentes das concepções fundamentais de Justiça e Segurança, tais como elas se deduzem da própria natureza humana e da ordem universal.(...) Trata-se por conseguinte, de uma ordem jurídica anterior e superior a toda e qualquer forma de sociedade política, de um facto que os homens devem procurar descobrir para acatar.⁸⁶

Aliás, a partir de tais premissas, solidificadas ficam as concepções de que os direitos fundamentais, ainda que dependendo de reconhecimento da ordem jurídica positivada, legitimam-se verdadeiramente a partir do sentimento do justo e dos valores essenciais ao homem, decorrentes do Direito Natural.

Sem tal intuição é pouco provável a percepção de confiança que todo ordenamento jurídico carece para ser reconhecido pela coletividade a que se destina.

Necessário neste aspecto em que se aborda a questão da legitimidade do ordenamento jurídico perante a coletividade para a qual o mesmo se destina, recorrer à Miranda, ao lançar definição paradigmática:

Não há direitos fundamentais sem reconhecimento numa esfera própria das pessoas, mais ou menos ampla, frente ao poder político; não há direitos fundamentais em Estado totalitário, ou, pelo menos, em totalitarismo integral. Em contrapartida, não há verdadeiros direitos fundamentais sem que as pessoas estejam em relação imediata com o poder, beneficiando de um estatuto comum e não separadas em razão dos grupos ou das condições a que pertençam; não há direitos fundamentais sem Estado ou, pelo menos, sem comunidade política integrada.⁸⁷

Significa dizer que não basta o direito, em si, ser fundamental, mas que estando o titular em uma condição de tempo e espaço e sob a égide daquele direito, possa

⁸⁶ CAETANO, Marcello. **Manual da Ciência Política e Direito Constitucional**. 6.ed. Reimpressão. Tomo I. Coimbra: Almedina. 1996, p. 289

⁸⁷ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Direitos fundamentais. 3 ed., Tomo IV. Lisboa: Coimbra editora. 2000. 563 p.

efetivá-lo, pois caso não encontre vias legítimas para sua efetivação é o mesmo que não possuí-los, sendo verdadeira invisibilidade de direitos.

Frise-se não existir contradição nos argumentos, mas uma reflexão realista dos direitos fundamentais, especialmente na atualidade, considerando-se o predomínio de Estados constitucionais, mesmo que apenas sob uma ótica formal.

Portanto, não é suficiente a mera existência de características intrínsecas ao direito pretensamente fundamental, seja em seu titular, ou mesmo em seu objeto, mas é necessário que este possa se efetivar perante um destinatário, necessitando de um meio com condições de permitir sua realização, seja de forma voluntária, seja de forma coercitiva, neste caso, notadamente pelas vias do Poder Judiciário.

Aliás, neste tocante, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, já dispunha em seu artigo 16.

Artigo 16 – Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem constituição.⁸⁸

Outro ponto significativo constatado na atualidade é que, em qualquer que seja a direção, o traço característico dos direitos fundamentais é o de limitação do poder estatal, em observância a uma ordem jurídica, deixando de agir em respeito ao direito ou realizando prestações positivas para o fim de atendê-lo, valendo colacionar a manifestação de Jevaux:

A reunião dessas características dá conta de uma multifuncionalidade do direito fundamental, tanto na dimensão subjetiva quanto objetiva, que assume duas formas: a) **direito de defesa**, no sentido de evitar ingerências indevidas do Estado na esfera individual e de conferir poderes de exercício concreto ou de suprimir omissões; b) **direito a prestações**, no sentido de acessar as prestações estatais e de participar dos procedimentos democráticos de sua criação.⁸⁹

Reveladoras, ainda, as lições de Konrad Hesse:

⁸⁸ DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789, obtida em http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacao-pfdc/docs/declaracoes/declar_dir_homem_cidadao.pdf, acesso em 12/06/2007.

⁸⁹ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Teoria da Constituição**. Vitória: 2003, Cap. 4, p. 25.

Eles tornam possível ao particular defender-se contra prejuízos não autorizados em seu status jurídico-constitucional pelos poderes estatais no caminho do direito. Em uma ordem liberal constitucional são necessários tais direitos de defesa, porque também a democracia é domínio de pessoas sobre pessoas, que está sujeito às tentações do abuso de poder, e porque poderes estatais, também no estado de direito, podem fazer injustiça.⁹⁰

Constata-se das referidas passagens a verdadeira importância da limitação ao agir estatal como regra basilar para um sistema de coexistência humana, eis que dentro de uma concepção democrática de modo de vida, há um evidente limite do tolerável, ou seja, até certo ponto o particular pode e deve se submeter às necessidades da coletividade, porém, abusos do Estado sob o manto da legitimidade conferida pelo coletivo não podem existir.

Ademais, e considerando a mesma concepção democrática, percebe-se que o Estado possui funções a serem desempenhadas e dentro destas se encontram obrigações positivas, as quais os particulares não podem desempenhar, em regra, de forma que se o Estado não age, cria injustiça e desigualdade. É o Estado provedor.

Merecem destaque ainda, argumentos que giram em torno da noção da existência de direitos fundamentais formais ou materiais, sendo que em tal campo a doutrina trava debate, muitas vezes, estéril, eis que a questão central de tal polêmica está em aceitar ou não a existência de direitos fundamentais não positivados.

A partir de Alexy, referências apriorísticas são estabelecidas, eis que enfrenta a questão sob um prisma mais amplo, avaliando os direitos do homem primeiramente e só então partindo para delinear os direitos fundamentais. Válido lembrar a noção por ele estabelecida acerca das variáveis envolvidas no reconhecimento do direito: titular, destinatário e objeto.

Trilhando tal linha, importa dizer que os direitos do homem necessitam de observar características essenciais, para assim serem considerados, valendo apontar a universalidade, a fundamentalidade, a abstração, a moralidade e a prioridade.

⁹⁰ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional na República Federal da Alemanha**. Traduzido da 20.ed. alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 235.

Para que um direito possa ser encarado como direito do homem ele precisa ter em seu titular uma universalidade, ou seja, é responder à indagação, que direito pertence a todos os homens? No tocante ao seu objeto de se destacar que nem todos os interesses e carências poderão ser considerados fundamentais, valendo a idéia de que *“Deve tratar-se em primeiro lugar, de interesses que, no fundo, podem e devem ser protegidos e fomentados por direito”*.⁹¹

Relativamente à abstração, tem-se a noção do direito como instância de imposição, sendo que este se realizará concretamente em cada situação empírica posta ao intérprete. A moralidade consistiria na aceitação dos fundamentos racionais apresentados por cada um dos indivíduos da coletividade sob a qual se impõe o aludido direito. Por fim, a prioridade, que representaria o próprio exercício da força dos direitos do homem em relação ao direito positivo, dado o seu caráter preferencial. Segundo Alexy, por conseqüência, *“a observância dos direitos do homem é uma condição necessária para a legitimidade do direito positivo”*.⁹²

Feitas tais observações, constata-se que sob tal perspectiva, os direitos fundamentais, enquanto derivação dos direitos do homem, teriam como primeira exigência sua positivação, ou seja, sua previsão expressa em um ordenamento jurídico.

Quadra registrar que, dentro de uma concepção positivista, o veículo adequado para a concretização de tais direitos é a Constituição de cada Estado, em cada momento histórico, porém não seria lógico dizer que tais direitos não podem estar previstos em ordenamentos jurídicos pertencentes a uma coletividade internacional.

É o caso da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948⁹³, ratificada pelos Estados-partes signatários, a qual teve muitas

⁹¹ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Traduzido por Luís Afonso Heck. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007, p. 48.

⁹² Op. cit., p. 47.

⁹³ DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948, obtida em http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm, acesso em 12/06/2007.

de suas enunciações copiadas para ordenamentos jurídicos nacionais, especialmente para fins de superar barreiras concernentes à incorporação dos tratados pelos ordenamentos internos.

Konrad Hesse, referencia a Convenção para Proteção dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais europeia, de 1950, onde assevera, ao compará-la com a Lei Fundamental de Bonn:

Os direitos fundamentais da convenção coincidem em seu conteúdo, em grande medida, com aquele dos direitos fundamentais da Lei Fundamental; contudo, são eles, muitas vezes, formulados mais precisamente e são as possibilidades de sua limitação concretizada mais rigorosamente que algumas reservas legais da Lei Fundamental. Eles prevalecem sobre todos os preceitos jurídicos do direito estadual[...]⁹⁴

Na verdade a realidade do planeta não comportava noções mais amplas de multiculturalismo ou formação de blocos continentais até bem pouco tempo, uma vez que os recursos tecnológicos disponíveis, meios de comunicação e transporte não permitiam com a mesma eficácia atual, tal troca de experiências, informação e o compartilhamento de realidades. É, portanto, um fenômeno recente.

Logo, a existência contemporânea de conglomerados econômicos, com a formação de mercados comuns, adoção de moeda e ordenamento jurídico único, é fruto de um desenvolvimento futurístico que já é real, e com um detalhe, não comporta retrocesso.

Assim, a edificação de enunciados jurídicos comuns, inclusive com projetos ousados como o de uma Constituição Europeia, representa de forma concreta a confirmação de situações anteriormente hipotéticas, que passam a exigir dos estudiosos e operadores do direito, soluções científicas e, em dados momentos, práticas, tendo em vista os novos referenciais.

Tais afirmações corroboram a noção de que não basta ao direito ser moral, pois surgiria um sério problema, conforme Alexy, em torno de sua imposição, já que ao

⁹⁴ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional na República Federal da Alemanha**. Traduzido da 20.ed. alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 227.

lado de seu reconhecimento moral é exigível para sua efetivação a positivação jurídica. *“Direitos fundamentais são, portanto, direitos do homem transformados em direito constitucional positivo”*.⁹⁵

Ora, parece claro que, se partindo do pressuposto de que uma constituição formal esgota o rol de direitos, por coerência não deveria ser aceita a idéia de direito fundamental implícito. Ocorre que os próprios positivistas o afirmam ao aceitar a idéia de que, ainda que não escritos, seria possível a existência de direitos fundamentais materiais.

Tais direitos decorreriam do texto magno, seja implicitamente posto, seja como critério interpretativo, o que vem claramente a mitigar a discussão em torno das restrições ao constitucionalismo formal.

Acerca da necessidade de positivação, para fins de reconhecimento pelo mundo jurídico, das esferas de individualidade a serem protegidas, manifestou-se Caetano retratando o papel das declarações de direito nos Estados contemporâneos:

Todo homem, pelo mero facto do nascimento, seria titular de interesses sagrados que os outros homens, individual ou colectivamente considerados teriam dever de respeitar para assegurar o respectivo desenvolvimento. Esses interesses traduzir-se-iam em direitos individuais naturais, anteriores e superiores à sociedade política. O Estado não os confere: reconhece-os. A sociedade não os cria: declara-os. Não há, pois, uma lei que manifeste a vontade geral de atribuir tais direitos ao homem: desde que estes provêm da Natureza, a vontade humana nada pode e apenas à razão cabe descobri-los para os enumerar ou declarar. O legislador, mesmo constituinte, deve acatamento e respeito a tais imperativos da Natureza pois o Estado, ao constituir-se, tem de contar com eles e de partir deles.⁹⁶

A posição de Caetano deixa clara a percepção de uma relação intrínseca entre a positivação, necessária aos olhos do constitucionalismo contemporâneo, e os direitos não positivados, dando abertura para que seja aceita uma comunicação entre os universos, de forma que facilite ao intérprete o exercício da hermenêutica

⁹⁵ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Traduzido por Luís Afonso Heck. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007, p. 96.

⁹⁶ CAETANO, Marcello. **Manual da Ciência Política e Direito Constitucional**. 6.ed. Reimpressão. Tomo I. Coimbra: Almedina. 1996, p. 311.

necessária para subsumir situações concretas ao direito posto, realizando a norma jurídica, tomando como premissa um Direito pré-existente, interiorizado, natural.

3.4 CONCEPÇÃO GERANCIONAL: DA LIBERDADE À PAZ MUNDIAL

Em que pese a existência de posições em contrário, válida é a concepção geracional dos direitos fundamentais. Talvez por extremo rigorismo semântico, houve verdadeira usurpação às concepções da teoria original.

O argumento mais fortemente utilizado para refutá-lo é no sentido de que a noção geracional representa uma cadeia seqüencial de direitos onde os sucessores eliminam os sucedidos, sendo que, se verdade fosse tal assertiva, teríamos uma supressão inadmissível de direitos fundamentais.

De certo que não há qualquer plausibilidade na potencial idéia supressiva, especialmente porque a mesma só é admitida quando expressamente prevista em lei, dentro das possibilidades do texto magno de dado ordenamento jurídico, decorrente do poder originário.

A Constituição do México de 1917 deu precedência aos Direitos Individuais, para iniciar o texto com a enumeração das garantias individuais, dispondo, desde logo, que elas não poderiam sofrer restrições nem suspensão, salvo nos casos e nas condições estabelecidas pela própria Constituição.⁹⁷

Restam, portanto, como letra morta os poucos questionamentos que levariam a uma mudança da noção de gerações de direitos fundamentais para uma teoria de dimensões do direito, sendo que é importante destacar a existência de uma preocupação de viabilizar a implementação de tais direitos, em cada um dos momentos históricos observados, fato que vem de encontro com o dogmatismo buscado para a solução da problemática ora em estudo.

Os direitos fundamentais passaram na ordem constitucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo pode prever, tem por bússola uma nova universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jus-naturalismo do século XVIII.⁹⁸

⁹⁷ HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, Título II, Cap. 3, p.216.

⁹⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 17 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 563.

Considerando a linha evolutiva dos direitos fundamentais, em especial por sua forte influência em relação ao movimento liberal do período iluminista, verifica-se a referência umbilical com os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade.

Tais referenciais revelam, preliminarmente, marcas das gerações de direito que as caracterizam. Fulcrada nos ideais liberais, a primeira geração de direitos busca a liberdade, tendo sido aquela que trabalhou os direitos sob a ótica do individualismo liberal, sendo característica de tal momento histórico a busca da proteção individual, do homem em si, vindo a consolidar nos instrumentos constitucionais em afloração a proteção aos direitos civis e políticos.

Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.⁹⁹

Para a segunda geração, percebe-se que fruto até mesmo de avanços das idéias preliminares, houve a preocupação com a noção de igualdade, marca do período de busca da preservação dos direitos ditos sociais, com nítido afastamento das preocupações particularizadas, individuais, sem obviamente esquecer que a proteção do homem como ser integrante de um ambiente social era seu foco.

A segunda geração de aparece com os direitos sociais, econômicos e culturais, direitos, portanto, de base social. Surgem primeiramente como 'deveres' impostos ao Estado já na Constituição francesa de 1791, como *secours public* às crianças abandonadas, aos pobres enfermos e inválidos [...] resultam da superação do individualismo possessivo e do darwinismo social, decorrente das transformações econômicas e sociais ocorridas no final do Século XIX e início do Século XX, especialmente pela crise das relações sociais decorrentes dos modos liberais de produção [...].¹⁰⁰

Válido apontar que embora tratados sempre sob a ótica de “direitos sociais”, tais direitos de segunda onda comportam uma nítida divisão interna, pois tal geração engloba ainda direitos econômicos e culturais, sendo que segundo Leite Sampaio “a

⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 17 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 563.

¹⁰⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais: Retórica e Historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 261.

trilogia da segunda geração aparece com freqüência apenas sob o rótulo geral de 'direitos sociais', mas a doutrina costuma fazer distinções internas".¹⁰¹

A terceira geração, caracteriza-se pela busca da proteção em uma época ainda mais avançada da sociedade moderna, onde o escopo foram as relações sociais, sendo que a partir dessa, surge uma noção de coletividade, a qual, sob a noção da fraternidade, se configura tal geração de direitos fundamentais.

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.¹⁰²

Segundo a teoria de Karel Vasak, referenciado por Bonavides, já teriam sido identificados cinco direitos considerados da fraternidade, ou seja, integrantes da terceira geração: desenvolvimento, paz, meio ambiente, propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e comunicação.

Certamente que a categorização geracional de direitos fundamentais possui uma relação importante no processo de criação e aperfeiçoamento de instituições supranacionais como o TPI, uma vez que o mesmo atua visando proteger direitos que são originariamente protegidos na esfera local, ou seja, direitos que por essência fazem parte do núcleo essencial de proteção de cada indivíduo.

É por isso que se identifica na proteção à liberdade, à proteção social e cultural, bem como à paz, para não ter que ir muito além, elementos inerentes às principais ondas geracionais de direitos fundamentais diretamente influenciadores da instituição do Tribunal Penal Internacional, órgão este instituído buscando não só julgar os caos que eventualmente ocorram, mas também, dentro de uma perspectiva preventiva, evitar barbáries, protegendo a dignidade humana, protegendo liberdades e a própria vida, de forma que ele pode ser, sem dúvida alguma, via de proteção à direitos

¹⁰¹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais: Retórica e Historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 262.

¹⁰² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 17 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 569.

fundamentais, vez que o eventual sujeito passivo da conduta ilícita é um detentor de todos esses direitos em sua esfera mínima.

Não obstante tais apontamentos de índole eminentemente individualista, de se ressaltar que para Mbaya, referenciado por Sampaio, enfrenta a terceira onda como sendo de direitos dos povos, isto porque, a fraternidade embandeirada por tal geração fulcrou-se na idéia de que como habitantes de um mesmo mundo, necessária a adoção de providências concretas para que sejam mantidas condições de “*habitabilidade planetária*”, nos dizeres de Sampaio.

Neste sentido, Habermas ao referir-se ao exercício de uma política interna voltada para o mundo em geral, lança o seguinte pensamento:

Tal política deveria ser empreendida com o objetivo imediato de superar a sincronização em benefício de uma harmonização. Evitar-se-ia, desta forma, a falsa legitimação da multiplicidade dos padrões ecológicos e sociais. O objetivo remoto deveria consistir na superação gradual das fragmentações sociais e das estratificações da sociedade mundial, assegurando a preservação da especificidade cultural.¹⁰³

Não se pode deixar de destacar, sob a ótica evolutiva das gerações de direitos, as palavras de Jorge Miranda, quando trata das diferenciações de sentido e alcance dos direitos das pessoas:

A quarta e última distinção prende-se com a protecção interna e a protecção internacional dos direitos do homem. Até cerca de cinquenta anos, os direitos fundamentais, concebidos contra, diante ou através do Estado, só por este podiam ser assegurados; agora também podem ser assegurados por meio de instâncias internacionais.[sic]¹⁰⁴

Válido registrar, como assevera Bonavides, que direitos como os de segunda e terceira geração não se interpretam, mas se concretizam, isto porque desta forma conseguem ter força incorporadora de seus valores. Esta é a lição deste árduo trabalho que a comunidade internacional desenvolve para que a proteção de garantias se faça real. Não bastam ser belos, necessitam de eficácia segundo Sarlet.

¹⁰³ HABERMAS, Jurgên. **Era das transições**. Tradução e introdução de Flávio Siebenechler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 122.

¹⁰⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Constituição e constitucionalidade. 3 ed. (reimp.) T. II. Lisboa: Coimbra editora, 1996, p. 14.

3.5 A DOCTRINA DE ALEXY E A RELAÇÃO COM OS PRINCÍPIOS

Robert Alexy, renomado estudioso alemão, registrou em seus trabalhos, em especial na obra "*Teoría de los derechos fundamentales*", posições de vanguarda, as quais nutrem grande respeitabilidade perante a comunidade jurídica.

A forma clara como apreciou a problemática da natureza de regras e princípios foi um dos principais motivos da respeitabilidade de seus estudos. Alexy delineou diferenciações que permitiram a compreensão do que venham a ser os princípios, bem como as regras, sendo que o ponto de relevo em suas conclusões foi o de que ambos possuem caráter normativo.

A normatividade dos princípios e das regras dar-se-á de forma diferenciada, sendo que segundo Alexy, vai ser justamente nesta conduta de concretização normativa, o momento em que será possível distinguir se o hermeneuta está diante de uma regra ou de um princípio.

Para o estudioso, não existem diferenças, inicialmente, de índole estrutural, sintática ou morfológica, que permitam com exatidão diferenciar as regras dos princípios, pois dependerá sempre de uma situação empírica para que se possa diferenciá-los.

Alexy entendeu que as regras possuem elemento essencial para sua existência e eficácia, denominado validade. Tal validade não é flexível, uma vez que decorrendo de um enunciado posto no mundo dos fatos, ainda que de forma abstrata, sendo constatada a subsunção do fato à regra, deverá a mesma ser observada. Significa dizer que não é facultativa a observância da regra, caso subsumido o fato a ela.

Em se tratando dos princípios, a posição de Alexy é diferente pois o elemento essencial de sua teoria para diferenciá-los das regras reside não na validade, mas na existência de um peso para cada um deles.

Desta forma, considerando-se um eventual conflito entre duas regras, a solução será, geralmente, pela preponderância de uma em relação à outra, de forma que uma será considerada não-válida ou excepcionada. Perceba-se que no conflito de regras quando a norma não-válida assim o é declarada, a mesma é fulminada pelo aplicador do direito, em sua essência, uma vez que afirmado pelo aplicador a não concretização dos efeitos abstratamente previstos para aquela regra.

No tocante aos princípios, a colisão entre os mesmos tem solução diversa. Havendo tal choque, o critério a ser adotado é o da comparação entre os princípios colidentes, sendo-lhes atribuídos pesos distintos, como se colocados em uma balança, devendo aquele de menor custo para o outro ser observado, porque este terá maior peso em relação ao outro.

Constate-se que não paira a solução para a colisão de princípios no plano da validade ou não validade de um em relação ao outro. Quando um princípio é aplicado em detrimento de outro, este último não é declarado nulo ou fulminado do mundo jurídico, é como se houvesse apenas a retração do de menor peso para que o de maior peso externe seus efeitos, dirimindo o problema posto à apreciação do intérprete.

Tais percepções decorrem da formação de uma linha de pensar de Alexy o qual afirmara que para que uma Teoria Jurídica dos Direitos Fundamentais tivesse credibilidade, precisaria de preencher alguns requisitos essenciais. Deveria ela ser uma teoria apoiada em uma lei fundamental, assim como deveria ser jurídica, e por fim, deveria ser uma teoria geral.¹⁰⁵

A idéia de se basear em uma lei fundamental, remonta aos estudos da jurisprudência dos conceitos, demonstrando a necessidade da estruturação do sistema a partir de referenciais fundamentais.

¹⁰⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Ernesto Garzón Valdes (Trad. para castellano). 1.ed. 3ª reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 28.

Na missão de identificar a técnica para superar a colisão de direitos fundamentais, torna-se necessário apreciar concepções oriundas da jurisprudência dos conceitos, sendo que com base em Larenz , pode-se constatar o seguinte:

A unidade do sistema repousa irreduzível relação de todos os elementos constitutivos com esse centro fundado em si próprio (como a deste último repousa nos elementos constitutivos, que se definem, justamente, pela posição que ocupam em face dele). Trata-se portanto, de algo comparável a um círculo, ao passo que, ao invés, o sistema de conceitos que se determina pelos princípios da lógica formal se assemelha, digamos, a uma pirâmide. O conceito “supremo”, que ocupa o vértice da pirâmide, para muito acima da base ...¹⁰⁶

Isto significa que, a partir de tal idéia, deve-se ter em mente o que seja efetivamente o direito fundamental a ser protegido e, se havendo mais de um deles em choque, identificar se haverá algum tipo de sobreposição de um em relação ao outro, ou seja, que seja justificável o não exercício de um direito fundamental em razão do maior peso do outro direito fundamental.

A jurisprudência dos conceitos revelava a idéia de um direito suprapositivo, onde, diferentemente do positivismo jurídico, os conceitos fundamentais encontravam-se acima da própria atuação do legislador, pensamento corroborado mesmo com a evolução da teoria. Larenz afirma que *“A genealogia dos conceitos ensina, portanto, que o conceito supremo, de que se deduzem todos os outros, codetermina os restantes através de seu conteúdo.”*¹⁰⁷

Os estudos de Puchta, Hegel, Savigny, entre outros, levou à formalização e sistematização de uma pirâmide de conceitos, sendo que na elaboração destes havia uma enorme preocupação com a logicidade dos postulados formulados, surgindo aí a noção da genealogia dos conceitos, ou seja, a hierarquização dos mesmos em função de tal lógica e da própria sobreposição de interesses.

De se lembrar sempre que os direitos fundamentais encontram-se no plano da individualidade, do homem em si, não sendo, portanto, o Estado, seja como ente de

¹⁰⁶ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Traduzido por José Lamego. 4 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian. 2005. p. 22.

¹⁰⁷ Op. cit., p. 25.

direito interno ou como sujeito de Direito Internacional, detentor de direitos fundamentais.

A noção de uma teoria jurídica decorre do fato de que inúmeras outras teorias já haviam sido lançadas no mundo sem que a preocupação fosse tratar cientificamente e com viés jurídico as análises e conseqüentemente as conclusões obtidas.

Tratar de forma cientificamente jurídica significa trazer para a dogmática as constatações do mundo dos fatos, com pontos de vista jurídicos e métodos jurídicos, abrindo-se mão dos pontos de vista e dos métodos inerentes a outras ciências. Segundo Husserl, citado por Abbagnano¹⁰⁸:

A justa atitude no campo das indagações que chamamos de dogmático, em sentido positivo, ou seja, pré-filosófico, e ao qual pertencem as ciências empíricas (mas não só estas), é deixar honestamente de lado, com toda 'filosofia da natureza' e toda 'teoria do conhecimento', qualquer ceticismo e assumir os dados cognitivos onde eles efetivamente se encontram. (grifos nossos)

Segundo Alexy, a dogmática jurídica pode ser percebida a partir de três dimensões distintas: analítica, empírica e normativa.¹⁰⁹

Pela primeira, teríamos a apreciação de uma dimensão sistemático-conceitual do direito válido, posição de Alexy que corrobora seu vínculo com a jurisprudência dos conceitos, uma vez que a partir de tal perspectiva seria possível chegar-se a conclusões sobre os fundamentos que levaram à constituição dos direitos fundamentais consolidados por aquele dado povo, naquele determinado momento.

Em relação à dimensão empírica, limitou Alexy a tratá-la considerando essencialmente o saber acerca do direito positivamente válido, exigindo-se uma compreensão de conceitos fundamentais de direito e validade, assim como, o conhecimento da “práxis” judicial. Isto porque, tal “práxis” permitiria conhecer um direito “judicial”, fruto da hermenêutica realizada, especialmente diante da vagueza

¹⁰⁸ HUSSERL, apud ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da 1ª. Edição brasileira coordenada por Alfredo Bosi; revisão da tradução dos novos textos Ivo Castilho Benedetti – 4ª. ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2003, 1014 p.

¹⁰⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Ernesto Garzón Valdes (Trad. para castellano). 1.ed. 3ª reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 29.

do direito “legislado”. Significa dizer que quem deseja produzir enunciados sobre um direito válido, precisará interpretá-lo, e isto se faz apreendendo previamente os elementos apontados.

Em sua terceira dimensão, a dogmática jurídica trata da observância da prática jurídica, desenvolvida a partir, especialmente, da jurisprudência. Tais estudos deveriam ser desenvolvidos a partir de casos concretos, apreciando-se não o caso em si, mas as premissas valorativas de quem as formulou, ou seja, de cada julgador. Isso se tornava necessário pois as formulações do julgador tornavam-se premissas dotadas de autoridade.

A apreciação das três dimensões revela que por mais que o direito seja dotado de inúmeras previsões de caráter abstrato, se trata de uma ciência voltada para a solução de casos concretos. Tal conclusão leva à necessidade de visão do direito como uma disciplina “*integrativa pluridimensional*”.

Registre-se ainda, a posição de Alexy quanto ao fato de que a teoria jurídica deveria ser uma teoria geral, pois ao pensar em tal necessidade para atribuir credibilidade para uma teoria jurídica, o mesmo pensou na necessidade de que a teoria contemplasse todos os problemas relacionados aos direitos fundamentais simultaneamente. Isso quer dizer que se apreciado apenas um direito, como por exemplo o de liberdade, embora ainda sendo uma teoria geral, ela será menos geral do que com todos os direitos apreciados concomitantemente.

De suma importância, doravante, compreender em que plano da discussão jurídica está situado o choque normativo, pois o papel do intérprete é solucioná-lo.

A partir da problemática exposta desde o início do presente estudo, deve ser identificado o choque existente para a partir de então conceituar as normas, sua natureza jurídica e, por consequência, a forma de solução do litígio.

Em tal linha de percepção, tem-se que há um enunciado interno posto, e este possui a natureza protetiva a um direito fundamental (não extradição), em choque com um enunciado internacional posto, igualmente com cunho protetivo a direito fundamental

(tranquilidade, a paz mundial, vida, liberdade, e a proteção de outros bens jurídicos lá erigidos).

Essencial apontar, ainda, que, para Alexy, necessário se faz a institucionalização do direito, ou seja, para que seja reconhecido como fundamental deve o mesmo encontrar-se positivado, seja na órbita nacional ou mesmo internacional, corroborado neste ponto por Jorge Miranda, sendo que tais considerações possuem como “*a priori*” a Declaração dos Direitos do Homem, em seu artigo 28.¹¹⁰

Havendo, portanto, colisão, em última análise, de normas de direito fundamental com caráter de princípio, segundo Alexy, a solução não poderá ocorrer por meio da máxima tradicional de solução de conflito normativo, notadamente por via da hierarquia das leis.

Assim, a cientificidade necessária para solucionar a colisão se revela por meio da máxima da proporcionalidade, a qual requer a utilização da ponderação de direitos como a técnica para resolver a problemática evidenciada.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Traduzido por Luís Afonso Heck. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007, p. 43.

3.6 A EVOLUÇÃO HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL, NO BRASIL, DA NORMA RESTRITIVA

De essencial importância situar a edificação, em nível constitucional, da norma restritiva à extradição de nacionais pela ordem jurídica brasileira.

Quadra instar, inicialmente, que não há registro histórico de previsão acerca de matéria extradicional no período do Brasil Colônia, como apontado no capítulo antecedente, sendo que a pesquisa realizada acabou demonstrando tal apontamento apenas no Brasil República.

Na primeira Constituição Republicana, em 1891, não houve qualquer previsão sobre a temática da extradição, sendo que o primeiro enunciado em nível constitucional remonta à Carta de 1934:

CAPÍTULO II - Dos Direitos e das Garantias Individuais

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
[...]

31) Não será concedida a Estado estrangeiro extradição por crime político ou de opinião, nem, **em caso algum, de brasileiro.** (grifos nossos)¹¹¹

De se registrar que muito embora surgida em um contexto que a credenciava como “revolucionária”, acabou veiculando novidades, em especial com a constitucionalização de direitos sociais, sendo que teve, em verdade, traço predominante de uma Constituição democrática, merecendo destaque as palavras de Gilmar Mendes.

[...] entre tantas outras ‘florações’ demonstrativas de que aquela Constituição cuidou, em abundância, dos interesses da coletividade, o que, somando tudo, levou Cezar Saldanha a dizer que, embora efêmera, ela foi, historicamente, a mais criativa das constituições republicanas.¹¹²

¹¹¹ BRASIL, Constituição Federal de 1934. Disponível em www.planalto.gov.br/constituções. acesso em 10/07/07.

¹¹² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 157.

Em capítulo de idêntica nomenclatura, tratou a matéria o constituinte de 1946, restando a matéria omissa no texto de 1937, em que pese a existência de apontamentos sobre extradição.

De se registrar que a Constituição de 1946 teve a marcante característica de não ter partido de um anteprojeto alienígena, sendo que a comissão que a desenvolveu apoiou-se na Constituição de 1934, permitindo que os trabalhos fossem agilizados.

CAPÍTULO II - Dos Direitos e das Garantias Individuais

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 33 - Não será concedida a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião e, **em caso nenhum, a de brasileiro**. (grifos nossos)¹¹³

Frise-se que tal Constituição acabou sendo mais duradoura do que a de 1934, embora seja registrado por estudiosos da história política do Brasil que logrou em graves equívocos, sendo que no campo dos direitos sociais não operou nenhum grande benefício para melhorar a qualidade de vida dos brasileiros.

A norma foi mantida no texto magno de 1967, texto este fruto de um delicado momento da história, no qual os constituintes não tiveram liberdade para desenvolver uma tarefa propriamente constituinte, tendo restado seriamente abalada a soberania popular.

CAPÍTULO IV - Dos Direitos e Garantias Individuais

Art 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 19 - Não será concedida a extradição do estrangeiro por crime político ou de opinião, **nem em caso algum, a de brasileiro**. (grifos nossos)¹¹⁴

A emenda constitucional de 1969 praticamente manteve o mesmo texto da constituição anterior, sendo que inserida em um contexto idêntico ao da Carta de 1967, onde o poder constituinte foi instrumento para dar juridicidade ao modelo de regime vigente:

¹¹³ BRASIL, Constituição Federal de 1946. Disponível em www.planalto.gov.br/constituções. Acesso em 10/10/07.

¹¹⁴ BRASIL, Constituição Federal de 1967. Disponível em www.planalto.gov.br/constituções. Acesso em 10/07/07.

CAPÍTULO IV - DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 19. Não será concedida a extradição do estrangeiro por crime político ou de opinião, **nem, em caso algum, a de brasileiro.** (grifos nossos)¹¹⁵

Constata-se a seguir, com a promulgação da Constituição de 1988, nova disciplina sobre o tema central do presente estudo, valendo registrar que tal carta de princípios é *“basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado socia”*¹¹⁶, ou seja, norteadas por valores de um estado social, reassimilados com o término do período de força no país.

Houve, portanto, na elaboração da Constituição de 1988, a intervenção do poder constituinte originário. Instaurou-se um novo regime político, superando o anterior. Adotou-se uma nova idéia de Direito e um novo fundamento de validade da ordem jurídica.¹¹⁷

Verifica-se, portanto, de forma clara, que o constituinte de 1988 inovou em torno da temática da vedação à extradição de nacionais, mitigando de certa forma a regra absoluta prevista até então:

TÍTULO II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais

CAPÍTULO I - DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;

LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião; (grifos nossos)¹¹⁸

Importante destacar que em todos os registros históricos acima apresentados, há coerência temática no enquadramento dos enunciados prescritivos em cada uma das ordens constitucionais apontadas.

¹¹⁵ BRASIL, Constituição Federal de 1969. Disponível em www.planalto.gov.br/constituções. Acesso em 10/07/07.

¹¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 17 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 371.

¹¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.191.

¹¹⁸ BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. 12.ed.. São Paulo: RT, 2007.

Isso significa que aos olhos do constituinte a matéria possuía direta relação com direitos de índole pessoal, tecnicamente uma norma de garantia individual do *status personae*.

Tais considerações não afastam a apreciação do instituto enquanto norma posta, e a apreciação de sua natureza jurídica aos olhos das teorias dos direitos fundamentais.

4 O PRINCÍPIO FRENTE À NOVA ORDEM INTERNACIONAL

4.1 SITUAÇÕES DO DIREITO COMPARADO

Em que pese o Brasil estar implementando legislação que solidifique o preceito da não extradição de nacionais, criando a diferenciação com a figura da entrega, a incoerência de tal opção se torna mais latente se comparada com o ordenamento constitucional de alguns países de respeitabilidade jurídica.

A primeira referência é a Constituição Italiana, a qual em seu artigo 26, previu que a extradição do cidadão pode ser concedida, desde que esteja previamente estabelecida em convenção internacional.

Art. 26(1)

A extradição do cidadão pode ser concedida, entretanto deve estar expressamente prevista em convenção internacional.

Não pode em qualquer caso ser realizada em razão da prática de crime político.¹¹⁹

Ao fixar tal previsão, a Constituição Italiana aceita a jurisdição alheia, inclusive a de outros Estados soberanos, não apenas a do Tribunal Penal Internacional, sendo o requisito posto apenas o da previsão em pacto internacional de caráter multilateral.

A Constituição Mexicana, de 05 de fevereiro de 1917, trás a seguinte redação:

Artigo 15 – Não se autoriza a celebração de tratados para a extradição de réus políticos, nem para aqueles criminosos por crime comum, que possuam no país onde cometeram o delito, a condição de escravos, nem de convênios ou tratados em virtude dos que se alterem as garantias e direitos estabelecidos por esta Constituição para o homem e o cidadão.¹²⁰

¹¹⁹ ITÁLIA, **Costituzione della Repubblica Italiana**. Promulgada em 22/12/47. Disponível em <http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>. Acesso em 10/11/2007. Art. 26(1)

L'extradizione del cittadino può essere consentita soltanto ove sia espressamente prevista dalle convenzioni internazionali. Non può in alcun caso essere ammessa per reati politici.

¹²⁰ MÉXICO, **Constituição Federal da República**. Promulgada em 05/02/17. Disponível em <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>. Acesso em 10/11/2007. Artículo 15 – No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano.

Em que pese não se manifestar expressamente quanto à extradição de seus nacionais, a lei maior mexicana também não veda expressamente tal possibilidade, de forma que a extensão da restrição de seu ordenamento se faz em princípio apenas quanto aos delitos de natureza política, para os quais não se concederá extradição, assim como aqueles que sejam punidos com pena de índole escravizadora. Restringe igualmente as hipóteses em que, para o crime cometido, o apenamento no Estado solicitante leve a alterações de garantias e direitos protegidos pela Carta Mexicana.

A Espanha apresenta a possibilidade de extradição de nacionais, sendo que em sua Carta Constitucional de 29/12/78, reza o seguinte:

Artigo 13

3. A extradição só será concedida em cumprimento de um tratado ou da lei, atendendo ao princípio da reciprocidade. Ficam excluídos da extradição os crimes políticos, não se considerando como tais os atos de terrorismo.¹²¹

A Constituição Portuguesa, reformada recentemente é a que mais revela contemporaneidade, seja para o compartilhamento de realidades dentro de uma comunidade jurídica como a CE, seja para permitir a extradição de portugueses para julgamento em qualquer outro Estado soberano, sendo em todos os casos observadas as exigências gerais em matéria de extradição e em especial a reciprocidade de tratamento prevista em Tratado Internacional.

Artigo 33.º

(Expulsão, extradição e direito de asilo)

[...] 3. A extradição de cidadãos portugueses do território nacional só é admitida, em condições de reciprocidade estabelecidas em convenção internacional, nos casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada, e desde que a ordem jurídica do Estado requisitante consagre garantias de um processo justo e equitativo.

4. Só é admitida a extradição por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com carácter perpétuo ou de duração indefinida, se, nesse domínio, o Estado requisitante for parte de convenção internacional a

¹²¹ ESPANHA, **Constituição Federal da República**. Promulgada em 29/12/78. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.es/constitucion/consti03.html#capit1>. Acesso em 10/11/2007. Artículo 13. 3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley. atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo.

que Portugal esteja vinculado e oferecer garantias de que tal pena ou medida de segurança não será aplicada ou executada.

5. O disposto nos números anteriores não prejudica a aplicação das normas de cooperação judiciária penal estabelecidas no âmbito da União Europeia.

6. Não é admitida a extradição, nem a entrega a qualquer título, por motivos políticos ou por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física.

7. A extradição só pode ser determinada por autoridade judicial.¹²²

De se perceber que Portugal ao permitir a extradição, fez a opção por incluir em sua Carta Magna especificação material das condutas passíveis da extradição, embora com conceitos abertos, limitando as hipóteses aos casos de prática de conduta que constitua ato de terrorismo ou fruto de ação de criminalidade organizada.

Segundo aponta Caieiro, a Constituição Lusitana já possuía uma previsão expressa em seu artigo 8º., o qual assegura recepção automática aos tratados internacionais, sendo que a mudança veiculada pela LC 1/2001, para incluir no artigo 7º., nº. 7º. , a cláusula geral de aceitação do Estatuto de Roma nos termos em que definido em sua redação, corroborou a aplicabilidade imediata de tal Estatuto.

A Constituição de Bonn, também mereceu modificação, incluindo em seu texto original, abertura para que seja viabilizada a extradição de seus nacionais, estabelecendo em seu artigo 16:

(2) ¹ Nenhum alemão poderá ser extraditado. ² Por lei pode-se dispor em contrário no caso de extradições para países membros da União Européia ou para um tribunal internacional, desde que os preceitos de Estado de direito sejam observados."¹²³

O comando restritivo inicialmente aplicável (alínea 1, apenas), era decorrente de previsão expressa oriunda da Constituição de Weimar, em seu artigo 112, sendo que o enunciado atualmente vigente foi fruto de alteração legislativa, eis que como apontado, vigia a regra que proibia a extradição de alemães.

¹²² PORTUGAL, **Constituição Federal da República**. Promulgada em 03/04/76. Disponível em http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/Sistema_Politico/Constituicao. Acesso em 10/11/2007.

¹²³ SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Organização e introdução Leonardo Martins. Berlim: Fundação Konrad –Adenauer-Stiftung, 2005, p. 781.

Segundo Gilmar Mendes, citado por Sarmento¹²⁴, se trata de Direito Fundamental submetido à reserva legal, neste caso, qualificada, em razão do objetivo especificado na regra, qual seja a extradição para outro país da União Européia ou para Tribunal Internacional.

¹²⁴ SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: _____ ; GALDINO, Flávio (Organizadores). **Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.267-324.

4.2 DA SURRENDER

Muito se tem dito sobre a diferenciação entre extradição e entrega. Essa foi a solução encampada pelo próprio legislador ao encaminhar o PL n 301/07, para fins de incorporação dos delitos do TPI ao ordenamento penal pátrio.

A adoção de tal variação semântica se dá em função da previsão pelo Estatuto de Roma do instituto conhecido como *surrender*, o qual em português significa entregar.

O próprio Estatuto de Roma, em seu artigo 102, prevê o seguinte:

Artigo 102
Uso de Termos
Para efeito desse Estatuto
(a) “entrega” significa o ato de entregar uma pessoa pelo Estado para o Tribunal, sob o abrigo deste Estatuto.
(b) “extradição” significa o ato de entregar uma pessoa por um Estado para outro conforme previsto por tratado, convenção ou legislação nacional. (tradução livre).¹²⁵

A tradução livre da palavra poderia fazer parecer que nova construção jurídica estava a ser feita, porém, a aceitação desta só pode se dar após a contextualização da mesma à sua gênese, especialmente porque, a mera edificação de um novo instituto, fulcrada tão somente na distinção entre as figuras de requerente e requerido seria por demais simplória.

Segundo aponta Caieiro¹²⁶, a entrega teve sua primeira autonomização, em relação à extradição, como procedimento de cooperação internacional, a partir dos Estatutos dos Tribunais *ad hoc*, para a antiga Iugoslávia e para Ruanda, apontando ainda que a “*inovação justificar-se-ia, alegadamente, por o instituto da extradição ter sido*

¹²⁵ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Art. 102, do Estatuto de Roma, de 17/07/98. Disponível em <http://www.icc-cpi.int/>. Acesso em 18/09/2005. Article 102 - Use of terms - For the purposes of this Statute:

(a) “surrender” means the delivering up of a person by a State to the Court, pursuant to this Statute.
(b) “extradition” means the delivering up of a person by one State to another as provided by treaty, convention or national legislation

¹²⁶ CAIEIRO, Pedro. O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no Direito Português. In: Moreira, Vital. et al. **O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 69-157

concebido para relações inter-estaduais e não poder, por isso, regular relações dos Estados com jurisdições internacionais.”

Ora, a *surrender* decorre de uma realidade incompatível, *a priori*, com a brasileira, uma vez que sua veiculação, na Europa especialmente, existe em um contexto fruto da transnacionalidade existente, decorrente da formação do bloco comum de países, tipicamente de direito comunitário, especialmente porque nos antecedentes da *surrender*, além dos Tribunais *ad hoc*, verifica-se sua adoção pela Convenção dos Estados-Membros da União Européia de 1995.

Hoje em dia alguns países, e é o caso dos membros da Comunidade Européia, adotam um sistema sumário, denominado em inglês *surrender*, que pode ser traduzido por ‘entrega’. Embora esse processo diminua a burocracia, os direitos do indivíduo podem deixar de ser devidamente protegidos.¹²⁷

Em razão da proximidade surgida com o aglomeramento político-administrativo fruto da Comunidade Européia, passou a ser um instrumento que busca minimizar burocracias, tornando a tramitação de pedidos entre nações algo mais rápido e menos causador de constrangimentos e injustiças.

Nesta linha, seria até aceitável a existência de procedimento menos burocrático para fins de que um indivíduo seja julgado ou venha a cumprir pena imposta pelo TPI. O que não é possível de ser aceito é que a mera categorização semântica seja suficiente para, sem respaldo científico, jogar por terra direito fundamental insculpido na Constituição Federal brasileira, aliás, não só na de 1988, mas desde 1934.

Como dito, o contexto brasileiro é outro, e as regras limitadoras oriundas da Constituição, como observadas atualmente, não admitem qualquer tipo de ato de entrega extradicional de brasileiro à jurisdição alienígena, ressalvadas as exceções constitucionais já apontadas em capítulo precedente.

O Estatuto de Roma, em seu artigo 91, item 2, aponta os documentos necessários para acompanhar o pedido de entrega:

¹²⁷ ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 366.

c) Os documentos, declarações e informações necessárias para satisfazer os requisitos do processo de entrega pelo Estado requerido; contudo, tais requisitos não deverão ser mais rigorosos dos que os que devem ser observados em caso de um pedido de extradição em conformidade com tratados ou convênios celebrados entre o Estado e outros Estados, devendo, se possível, ser menos rigorosos face à natureza específica de que se reveste o Tribunal. (tradução livre)¹²⁸ (grifos nossos)

Reveladora a regra do item c, uma vez que mostra que mesmo para proceder à entrega do indivíduo, requisitos específicos definidos na ordem interna dos Estados-parte deverão ser observados, sendo justamente cada Estado, no plano de sua individualidade quem vai dizer se estão preenchidos tais requisitos, ou não..

Corrobora ainda, o exposto anteriormente, no sentido de que a *surrender* veio a ser procedimento simplificado, porém não menos criterioso, a parte final do item c, ao recomendar que o procedimento, se possível, deverá ser menos rigoroso.

Ainda que considerando tal abrandamento de rigor, cuja recomendação parece destinar-se a procedimentos burocráticos, de se registrar que o Brasil nega expressamente a entrega de seus nacionais, salvo exceções constitucionais, para julgamento por jurisdição alienígena.

¹²⁸ TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Art. 91, 2, “c”, do Estatuto de Roma, de 17/07/98. Disponível em <http://www.icc-cpi.int/>. Acesso em 18/09/2005. (c) Such documents, statements or information as may be necessary to meet the requirements for the surrender process in the requested State, except that those requirements should not be more burdensome than those applicable to requests for extradition pursuant to treaties or arrangements between the requested State and other States and should, if possible, be less burdensome, taking into account the distinct nature of the Court.

4.3 A PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO-PENAL NOS DELITOS TRANSNACIONAIS

Variados trabalhos são desenvolvidos atualmente acerca da importância do bem jurídico-penal para fins de compreensão do objeto da tutela da norma penal incriminadora e, por conseqüência, seus desdobramentos dentro do processo penal, ainda que no caso do TPI seja um processo penal internacional. Esta característica não desnatura a preocupação central, pois em essência os pressupostos válidos de desenvolvimento do processo penal local não se desfazem, muito pelo contrário, princípios e garantias tendem naturalmente a se acentuar.

Tais premissas refletem a necessidade de visualização adequada do objeto da norma protetiva, pois tanto no caso das condutas previstas no Estatuto de Roma, como naquelas, já existentes ou que venham a ser estabelecidas, no âmbito dos ordenamentos dos Estados-parte, resta caracterizada uma proteção a bens de cunho individual, ainda que apresentada dentro de um contexto que revela preocupação, em alguns casos, de índole coletiva.

Importante registrar as palavras de Régis Prado, ao destacar a necessária diferenciação entre o objeto da conduta típica e o que seja o bem jurídico-penal.

O objeto da conduta (ou do fato) é o referido pela ação típica, enquanto o bem jurídico é obtido por via interpretativa, referente à função de tutela da norma penal. [...] O objeto da conduta exaure seu papel no plano estrutural; do tipo, é elemento do fato. Já o bem jurídico se evidencia no plano axiológico, isto é, representa o peculiar ente social de tutela normativa penal.¹²⁹

Não se pretende com isto dissociar a noção do bem jurídico da descrição típica da conduta, realizada individualmente por cada tipo penal estabelecido pelo legislador, ou, no caso do TPI, pela comunidade internacional representada, isto porque “*não*

¹²⁹ PRADO, Luis Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**, 3 ed. rev. atual. e amp. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2003, p. 51.

*são conceitos absolutamente independentes um do outro, mas que se inter-relacionam, numa mútua imbricação.*¹³⁰

Válido lembrar que no plano do direito penal, embora muito se fale sobre a natureza retributiva da pena, ou seja, a imposição de uma sanção como caracterização do mal pelo próprio mal, é notório que dentro de concepções garantistas, adotadas em grande parte das legislações contemporâneas, a preocupação central tem sido da prevenção de novas condutas ilícitas.

Estas posturas de cunho preventivo, caracterizam-se por uma prevenção tanto no plano geral, como no plano especial, sendo a diferenciação basicamente pelo fato de que nesta almeja-se que com a aplicação da pena o indivíduo condenado não volte a delinqüir, enquanto naquela é esperado que nenhum outro indivíduo agrida ao bem jurídico protegido pela norma penal.

Não se pode confundir, portanto, a utilização de técnica criminalizadora de condutas com postulados de direito penal máximo, pois, ao contrário, o Estatuto do TPI em sua gênese buscou respeitar enunciações garantistas, ao se aplicar tratamento penal apenas para a proteção de bem-jurídicos que fossem efetivamente relevantes, em especial porque praticadas em um contexto transnacional.

Outro ponto a se ressaltar é a característica marcante dos enunciados prescritivos incriminadores onde é adotada dicção, em regra, afirmativa pelos legisladores locais, técnica também constatada no âmbito do Estatuto de Roma.

Depreende-se que ao traçar a norma protetiva de determinado bem-jurídico, o legislador não utiliza técnica proibitória, ou seja, o modal deôntico não se constitui em um “não ser”, mas em uma técnica afirmativa constituída pela fórmula tradicional de imputação, ou seja, se praticada a conduta “x” a pena cabível será prisão por “y” anos, por exemplo, com hipótese (norma primária) e conseqüência (norma

¹³⁰ PRADO, Luis Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**, 3 ed. rev. atual. e amp. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2003, p. 51.

secundária) claramente definidas, previamente à ocorrência do fato, respeitando-se o super-princípio da legalidade penal.¹³¹

Neste cenário, entendo que as condutas que passaram a ser consideradas fatos típicos, ou seja, penalmente relevantes para fins de definição de competência do TPI, constituem, dentro de uma perspectiva constitucional, claras violações aos direitos de personalidade das potenciais vítimas.

Notadamente no crime de genocídio, por exemplo, tem-se a violação de direitos sobre a própria pessoa, eis que violado o direito à vida, à integridade moral e física.

Segundo Canotilho, os Direitos Fundamentais tendem cada vez mais a ser direitos de personalidade, sendo que além dos direitos sobre a própria pessoa, abarcariam ainda os direitos de estado, entre outros.¹³²

Desta feita, em nome da proteção aos bens-jurídicos abrigados pelo Estatuto de Roma, inevitavelmente foram estabelecidas limitações a outros direitos, ainda que pertencentes a sujeitos diversos, uma vez que o direito individual de se proteger em seu país-mãe, na dicção do Estatuto de Roma, sucumbiria frente ao interesse internacional de proteção àqueles bens objeto da norma protetiva.

Essencial recorrer novamente a Habermas, ao tratar da necessidade de intervenção pela comunidade internacional, a fim de conter as conseqüências do processo de erosão da autoridade do Estado.

Contra o 'realismo' fala, antes de tudo, o fato de que os sujeitos do direito internacional, devido aos rastros de sangue que deixaram na história das catástrofes do século XX, levaram a presunção de inocência do direito internacional clássico aos limites do absurdo. A fundação da ONU e sua Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como a ameaça de sanções para guerras de agressão e para os crimes contra a humanidade – o que acarreta certa limitação do princípio de não-intervenção – foram

¹³¹ Art. 5º, CF/88, inciso XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

¹³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed.-3ª reimp. Coimbra-Portugal: Almedina, 2006, p. 396.

respostas necessárias e corretas às experiências moralmente significativas do século, ao holocausto e ao desencadeamento totalitário da política.¹³³

Parece claro que uma leitura dos direitos fundamentais dentro de uma concepção contemporânea, atrelada à noção da teoria da proteção do bem-jurídico penalmente relevante, conduz ao caminho de que eles devem ser tratados com cautela, especialmente porque há bens e direitos que se encontram na linha de proteção do Estado, definido por diretrizes políticas estabelecidas em nome do povo, as quais colidem com a proteção absoluta do direito individual.

Neste sentido, já se posicionou Daniel Sarmento:

Assim, parece-nos constitucionalmente possível a restrição de direitos fundamentais com base no interesse público. Mas será que os direitos fundamentais sempre cedem diante dos interesses da coletividade? Será que seu âmbito de proteção deve ser desenhado de modo a excluir qualquer tutela jurídica sobre exercícios que contrariem interesses da coletividade?¹³⁴

Não se está aqui, portanto, a sustentar que qualquer conduta seria suficiente para justificar a mitigação de um direito fundamental, sendo o intuito justamente demonstrar que há bens penalmente relevantes no âmbito de julgamento do TPI, de forma que do eventual choque deve ser realizada uma avaliação cautelosa capaz de diagnosticar se há sobreposição de um em relação ao outro.

Significa dizer que em uma comparação de relevância entre um e outro, o bem-jurídico penal posto no contexto internacional, sem dúvida, possui um peso significativo, especialmente se comparado com fatos de baixo potencial ofensivo, ou mesmo em casos onde, ainda que graves, afetem apenas o interesse da ordem jurídica local.

Nesta linha, aponta Sarmento a existência de limites para a atividade de limitação dos direitos fundamentais:

¹³³ HABERMAS, Jürgén. **Era das transições**. Tradução e introdução de Flávio Siebenechler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 47.

¹³⁴ SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio(Org.). **Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 267-324.

Assim, é preciso primeiramente recordar que os limites aos direitos fundamentais podem apresentar-se, basicamente, sob três formas diferentes: (a) podem estar estabelecidos diretamente na própria Constituição; (b) podem estar autorizados pela Constituição, quando esta prevê a edição de lei restritiva; e (c) podem, finalmente, decorrer de restrições não expressamente referidas no texto constitucional.

Entende-se daí que no caso de ser considerada válida a extradição de nacionais para fins de que seja o brasileiro julgado pelo TPI, tribunal efetivamente alienígena, tal autorização não se sustenta juridicamente, uma vez que a Constituição Federal de 1988 é claríssima no estabelecimento da regra restritiva, sendo que não abre exceção, nem mesmo de forma implícita, capaz de enquadrar a extradição de brasileiros para fins de julgamento pelo TPI, ainda que sob a denominação de entrega de nacionais.

A denominação dada pelo Estatuto de Roma não pode ter o condão de se sobrepor à ordem constitucional brasileira, decorrente de um poder constituinte originário, bastando para tanto uma releitura meramente semântica do instituto que veda a extradição de nacionais. É, portanto, uma maquiagem para se violar direito fundamental, “evitando-se” assim conflitos com legislações internas de diversos Estados, como no caso brasileiro.

Por outro lado deve se pensar que se tal entendimento for tratado de forma absoluta estará sendo esvaziada a razão de ser de um direito penal internacional, deixando-se desprotegidos os bens-jurídicos comuns e penalmente relevantes para toda a humanidade, afirmativa que se corrobora nas palavras de Régis Prado, ainda que a partir de um contexto de direito interno.

[...] o bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente protegido. E, segundo a concepção aqui acolhida, deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico (Wertbild) vazado na Constituição e com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito. Assim, a ordem de valores constitucionalmente relevantes e inerentes a essa especial modalidade de Estado constitui o *paradigma* do legislador penal infraconstitucional. A idéia de bem jurídico fundamenta a ilicitude material, ao mesmo tempo em que legitima a intervenção penal legalizada.¹³⁵

¹³⁵ PRADO, Luis Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**, 3 ed. rev. atual. e amp. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2003, p. 52.

4.4 SOLUÇÃO PARA A COLISÃO DE NORMAS DE DIREITO FUNDAMENTAL COM CARÁTER DE PRINCÍPIO

Não é possível, de forma alguma, ao ser apreciada tal problemática, que seja deixado de lado a verdadeira finalidade das cláusulas pétreas, coerentemente tratado por Gilmar Ferreira Mendes.

A cláusula pétrea não existe tão-só para remediar situação de destruição da Carta, mas tem a missão de inibir a mera tentativa de abolir o seu projeto básico. Pretende-se evitar que a sedução de apelos próprios de certo momento político destrua um projeto duradouro.¹³⁶

Portanto, o que se deseja, é identificar em situações empíricas se o projeto básico, o núcleo essencial da norma fundamental do Estado, se encontra respeitado.

Tal núcleo coloca resguardados direitos inerentes à própria pessoa, os quais terceiros, e o próprio Estado, deverão respeitar, porém, é inegável que possuem limites, não podendo ser uma esfera de proteção indeterminada, razão pela qual a institucionalização, outrora trata, é essencial na determinação e conseqüente efetivação de tais direitos.

O status jurídico-constitucional do particular, fundamentado e garantido pelos direitos fundamentais da lei fundamental, é um status jurídico material, isto é, um status de conteúdo concretamente determinado que, nem para o particular, nem para os poderes estatais, está ilimitadamente disponível.¹³⁷

Não se pode deixar de levar em consideração, ainda, o fato de que os Direitos Fundamentais, colocam sob responsabilidade direta os poderes da nação pactuante, uma vez que todos devem zelar pelo seu respeito, sua inteireza, preservando-se assim o núcleo essencial estabelecido pelo constituinte.

A questão da vinculação dos poderes públicos aos direitos fundamentais está respondida univocamente pelo artigo 1º, alínea 3, da Lei Fundamental:

¹³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 209.

¹³⁷ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional na República Federal da Alemanha**. Traduzido da 20.ed. alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 230.

os direitos fundamentais vinculam legislação, poder executivo e jurisdição como direito vigente diretamente.¹³⁸

Ora, resta claro que a legação brasileira ao negociar um tratado da magnitude do que instituiu o Estatuto de Roma, deveria ter tido o cuidado de perceber a colisão provocada com o ordenamento interno, de forma que agiu nitidamente em burla à sua esfera do possível, dada a evidente vinculação posta em decorrência da limitação material decorrente da restrição à extradição de brasileiros.

Notadamente, no caso brasileiro, observa-se a confirmação do compromisso de aderir ao TPI, meio do §4º, do art. 5º da CF/88, incorporado pela Emenda Constitucional nº 45, que prevê literalmente:

§4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (Incluído pela Emenda Constitucional n 45, de 2004)

Em verdade, a ratificação do Estatuto se deu por meio do Decreto nº 4.388/02:

Art. 1º O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, apenso por cópia ao presente Decreto, será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém. [...]

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 25 de setembro de 2002; 181º da Independência e 114º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

O Estatuto de Roma, veículo institucionalizador do TPI, trouxe em seu capítulo nono, regras específicas sobre cooperação internacional para fins de viabilização da atuação do Tribunal. Assim, se tornou condição necessária a entrega de qualquer indivíduo, incluídos os nacionais, para serem submetidos à jurisdição do TPI, em caso de prática das condutas típicas lá erigidas como relevantes para o direito penal, seja para o julgamento, seja para o cumprimento de pena.

Procurou estabelecer o próprio Estatuto, ao definir os instrumentos de cooperação internacional, diferenciação entre a extradição, a qual seria realizada por Estados

¹³⁸ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional na República Federal da Alemanha**. Traduzido da 20.ed. alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 275.

entre si, e a entrega, a qual, por sua vez, seria realizada entre Estados-parte, e o TPI.

Desta forma, veiculou norma de caráter principiológico, pois possui como postulado a realização de Justiça em casos que agridam bens jurídicos de alta relevância para toda a coletividade internacional, inclusive com alguns deles se encontrando diretamente na esfera individual.

Evidencia-se, desta feita, a necessidade de um confronto entre os dispositivos instituidores das normas do TPI, em especial as de cooperação, com a previsão do art. 5º, inciso LI, da CF/88 que dispõe *in verbis*:

LI - ***nenhum brasileiro será extraditado***, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei; (grifos nossos)

A natureza jurídica de tal previsão revela que se trata, claramente, de norma de direito fundamental, a qual, especialmente pelo referencial teórico em Alexy, possui caráter de princípio. Tal paradigma é essencial para a solução de problemas práticos uma vez que a partir dele é possível otimizar a aplicação do direito ao caso concreto, isto porque, segundo Alexy, “*os princípios são mandados de otimização quanto às possibilidades jurídicas e fáticas.*”¹³⁹

Tal correlação assume papel decisivo em sua teoria, já que os princípios são por ele chamados de mandados de otimização, e mandados (proibição e permissão) são parte da deontologia, ou seja, tudo que é obrigatório. Desde logo se vê, portanto, que os princípios não são tratados desde o início como uma categoria axiológica ou antropológica, mas sim deontológica.¹⁴⁰

Nesta feita, ao adotar, o Estatuto de Roma, o postulado da extraditabilidade de qualquer indivíduo, comportando-a sob a denominação de entrega, tornou imperiosa inclusive a extradição de nacionais, sob a nomenclatura estabelecida pelo Estatuto,

¹³⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Ernesto Garzón Valdes (Trad. para castellano). 1.ed. 3ª reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 112. “los principios son mandatos de optimización com respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas.”

¹⁴⁰ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **O conceito de princípios na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy**. Vitória, p. 06.

fazendo surgir de forma cabal colisão entre as normas de direito fundamental com caráter de princípio.

Na missão de identificar a técnica para superar a colisão de princípios de direito fundamental, torna-se necessário apreciar concepções oriundas da jurisprudência dos conceitos, sendo que com base em Larenz, pode-se constatar o seguinte:

A unidade do sistema repousa irreduzível *relação de todos os elementos constitutivos com esse centro fundado em si próprio* (como a deste último repousa nos elementos constitutivos, que se definem, justamente, pela posição que ocupam em face dele). Trata-se portanto, de algo comparável a um círculo, ao passo que, ao invés, o sistema de conceitos que se determina pelos princípios da lógica formal se assemelha, digamos, a uma pirâmide. *O conceito “supremo”, que ocupa o vértice da pirâmide, para muito acima da base ...*¹⁴¹

Isso significa que, a partir de tal idéia, deve-se ter em mente o que seja efetivamente o direito fundamental em essência a ser protegido e, se havendo mais de um deles em choque, identificar se haverá algum tipo de sobreposição de um em relação ao outro, ou seja, se para se preservar um direito mais amplo será necessário o sacrifício de outro, efetivando-se assim uma relação de preferência.

A jurisprudência dos conceitos revelava a idéia de um direito suprapositivo, onde, diferentemente do positivismo jurídico, os conceitos fundamentais encontravam-se acima da própria atuação do legislador, pensamento corroborado mesmo com a evolução da teoria. Larenz afirma que “*A genealogia dos conceitos ensina, portanto, que o conceito supremo, de que se deduzem todos os outros, codetermina os restantes através de seu conteúdo.*”¹⁴²

Os estudos de Puchta, Hegel, Savigny, entre outros, levou à formalização e sistematização de uma pirâmide de conceitos, sendo que na elaboração destes havia uma enorme preocupação com a logicidade dos postulados formulados, surgindo aí a noção da genealogia dos conceitos, ou seja, a hierarquização dos mesmos em função de tal lógica e da própria sobreposição de interesses.

¹⁴¹ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Traduzido por José Lamego. 4 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian. 2005. p. 22.

¹⁴² Op. Cit., p. 25.

De se lembrar sempre que os direitos fundamentais se encontram no plano da individualidade, do homem em si, não sendo, portanto, o Estado, seja como ente de direito interno ou como sujeito de Direito Internacional, detentor de direitos fundamentais.

A partir de Alexy, deve haver atenção do estudioso em torno da noção de que para a solução da colisão de normas de direito fundamental com caráter de princípio, o caminho a ser adotado é diferente do caminho em caso de conflito de regras.

Nestas, temos que os critérios são praticamente objetivos, levando-se em conta primeiramente a hierarquia existente entre elas, e a sucessão temporal, não se podendo esquecer das regras de exceção, decorrentes da relação de especialidade, aplicáveis quando criam situação a ser respeitada pela outra norma já posta.

No caso de princípios, a missão é mais complexa. A máxima da proporcionalidade é técnica adequada, complementada com a técnica da ponderação de interesses prós e contras, onde *“a resolução da colisão entre princípios ocorre na dimensão do peso ou de precedência [...] Embora os princípios em colisão estejam sempre no mesmo nível hierárquico, no caso concreto terão pesos diferentes [...]”*¹⁴³

Parece claro que a técnica apresentada nas lições de Alexy, revela-se efetiva para uma melhor solução da problemática apresentada no presente estudo. Isto porque, possível de se obter conclusões para problemas práticos, ou seja, a dogmática exercida por Alexy, permite a partir da diferenciação do que sejam direitos fundamentais e normas fundamentais, solucionar a eventual colisão de princípios de direito fundamental.

Isto ocorre, porque para Alexy um direito fundamental é sempre algo subjetivo, dependendo de seu reconhecimento por uma norma de direito fundamental. Assim, a norma representa a leitura realizada acerca do enunciado que a veicula, podendo constituir princípios ou regras. O passo seguinte, seria justamente o de identificar se

¹⁴³ JEVEAUX, Geovany Cardoso. **O conceito de princípios na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy**. Vitória, p. 15.

no caso concreto se está diante de um princípio ou de uma regra, eis que tal diferenciação conduzirá a formas diferenciadas de solução.

Isto se dá porque princípios e regras possuem distinções substanciais, as quais decorrem basicamente do grau de abstração de ambos, pois especialmente nos princípios, há um elevado nível de generalidade, não sendo determinado o seu estado de aplicação. De forma contrária, as regras já possuem determinado seu estado de aplicação, não dependendo de circunstâncias fáticas ou jurídicas.

*“Podem, no fundo, alguns direitos do homem ser justificados ou fundamentados racionalmente?”*¹⁴⁴ Ao avaliar tal problema, reporta-se a Alasdair MacIntyres, que assim se manifestou: *“não existem tais direitos e a crença neles é uma crença com bruxas e unicórnios.”*¹⁴⁵

A dimensão de tais análises é justamente a de que não devemos tratar um direito fundamental de forma bruta, isolada, sem contato com o mundo, com o direito e com os fatos, pois é da essência dos direitos fundamentais tal comunicação com situações empíricas.

Tal diálogo é o reflexo exato do que vem a ser norma jurídica, pois a leitura do direito posto com base em um arcabouço de um direito pressuposto, no dizer de Eros Grau¹⁴⁶, permite realizar a melhor adequação do direito às situações que exijam tal atuação do intérprete.

A instituição do Tribunal Penal Internacional, tipificando condutas que agridam bem-jurídicos de interesse da coletividade internacional, e definindo claramente procedimentos para julgamento, recurso e efetivação de seus julgados, vem justamente normatizar e dar solução a um dos problemas identificados por Alexy para a garantia dos direitos do homem.

¹⁴⁴ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Traduzido por Luís Afonso Heck. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007, p. 42.

¹⁴⁵ MACINTYRES, Alasdair, apud ALEXY, Op. cit, p. 42.

¹⁴⁶ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. ed. Malheiros: São Paulo, 2003, 306 p.

O terceiro problema principal dos direitos do homem é o da sua institucionalização. Também aqui vale a pena uma leitura da declaração dos direitos do homem universal. Artigo 28 é a primeira vista, uma prescrição peculiar. Ele diz que todo homem tem uma pretensão 'dê uma ordem social e internacional, na qual os direitos e liberdades, citados na presente declaração, podem ser realizados plenamente'. Isso pode ser entendido como direito à institucionalização. Como mera declaração, um catálogo de direitos do homem permanece sem efeito. Os direitos do homem devem ser transformados em direito positivo para que seu cumprimento esteja garantido. O preâmbulo expressa isso claramente quando ele diz que 'é essencial proteger os direitos do homem pelo domínio do direito'.¹⁴⁷ (grifos nossos)

Tais apontamentos levam a pensarmos no equívoco em que incorrem muitos estudiosos que se limitam na idéia de que os direitos fundamentais se encontram positivados apenas nas Constituições dos Estados. É certo que este é o caminho mais curto e rápido para se resguardar os direitos dos homens em determinada civilização, mas será que não há uma limitação exacerbada se assim for compreendida a dimensão de tal povo?

Parece, portanto, bem claro que o entendimento entre as nações, formulando enunciados de Direito Internacional é caminho plenamente hábil para institucionalizar direitos fundamentais, uma vez que é exigência da sociedade mundializada tal interação evolutiva.

Registro que não se pretende aqui transmutar a noção de proteção individual do núcleo de garantias do homem, dentro da universalidade de direitos contemplada em dada nação ou coletividade internacional, mas em verdade a pretensão é a de firmar postulado em defesa pessoal de cada homem, em sentido lato, violado em sua esfera mínima.

No crime de genocídio, por exemplo, em que pese a proteção do bem jurídico cultura do povo exterminado, há que se pensar nos direitos fundamentais subjacentes, quais sejam a liberdade, a integridade física e a vida, mitigadas pela conduta típica.

Antes do direito do povo, da raça, está aquele indivíduo, homem ou mulher, objeto da proteção jurídica. A própria dignidade humana se revela abalada por meio da

¹⁴⁷ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Traduzido por Luís Afonso Heck. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2007, p. 44.

violação dos dispositivos que protegem cada indivíduo ou coletividade, no âmbito do Estatuto de Roma.

Observa-se, nesta linha, que em especial quando há violação de direitos fundamentais como a vida e a própria integridade física, um grupo de direitos fundamentais está pontualmente a ser violado, são os direitos da personalidade. Segundo Pérez Royo há uma relação entre ambos e o exercício de outros direitos fundamentais, sendo que merecem destaque suas palavras.

O que o constituinte nos dice com sua inclusão no texto constitucional é que a vida a que se refere o artigo 15 não é pura realidade biológica, sina que é a vida dos indivíduos em sociedade, que tem como pressupostos a dignidade humana e a igualdade [...] A vida que se protege constitucionalmente é, portanto, a vida humanamente digna, a vida enquanto suporte para o exercício de todos os demais direitos fundamentais.¹⁴⁸

Perceba-se que em tais casos a atuação do Estado não é o oferecimento de uma prestação direta, ou mesmo um não agir, mas sim um dever de proteção contra ato geralmente praticado por um terceiro, decorrendo a obrigação do Estado em proteger os direitos fundamentais potencialmente violáveis.

4.4.1 Colisão sob a ótica dos “extraditandos”

Observada a colisão sob a ótica da proteção dos direitos fundamentais dos eventuais sujeitos passivos de quaisquer condutas tipificadas no Estatuto de Roma, aparentemente a solução da colisão não se revela como a mesma observada com a perspectiva da proteção do bem jurídico protegido.

¹⁴⁸ ROYO, Javier Pérez. **Curso de Derecho Constitucional**. 9.ed. Madrid: Marcial Pons, 2003, p.330. ‘Lo que el constituyente nos dice con su inclusión en el texto constitucional es que la vida a la que se refiere el artículo 15 no es pura realidad biológica, sino que es la vida de los individuos en sociedad, que tiene como presupuestos la dignidad humana y la igualdad [...]. La vida que se protege constitucionalmente es, por tanto, la vida humanamente digna, la vida em cuanto soporte para el ejercicio de todos los demás derechos fundamentales.’

Ora, o fundamento de validade para a proteção do indivíduo que venha a cometer um crime cuja competência para julgamento seja do TPI, e venha a ter sua entrega solicitada, decorre da própria Constituição Federal.

A existência de norma constitucional com caráter de princípio representa o comando que impõe ao órgão julgador brasileiro a negativa da entrega do nacional, especialmente porque diante da colisão dos comandos, deverá observar que se quisesse estabelecer limites ao direito fundamental posto, deveria tê-lo feito expressamente, e não o fez.

Como as garantias de liberdade jurídico-fundamentais são fundamentadas pela Constituição, assim também podem os limites dessas garantias encontrar sua base somente na Constituição [...] Por isso, é exigido cautela especial na aceitação de limitações de direitos fundamentais não-escritas. [...] A mera afirmação que a proteção de um 'bem comunitário de hierarquia superior' requer limitação não basta para isso.¹⁴⁹

Daniel Sarmento, também se manifestou sobre tal problemática.

Mas parece certo que, nestas hipóteses de restrições não expressamente autorizadas, a justificativa para a limitação ao direito fundamental deve ser a proteção de algum bem jurídico também dotado de envergadura constitucional – seja ele outro direito fundamental, seja algum interesse do Estado ou da coletividade.¹⁵⁰

Portanto, afirmar que a proteção aos bens-jurídicos supranacionais apontados pelo Estatuto de Roma possuem importância maior do que o respeito ao direito individual do brasileiro-réu, não parece ser a interpretação que deva prevalecer, diante da força que constitui o ato de expatriação para fins de julgamento, conforme salienta Pedro Caieiro.

[...] por outro lado, porque é a forma de cooperação mais gravosa para os direitos individuais, ao implicar a detenção e a colocação coerciva de uma pessoa sob a autoridade de um órgão com poderes jurisdicionais em matéria penal.[sic]¹⁵¹

¹⁴⁹ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional na República Federal da Alemanha**. Traduzido da 20.ed. alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 250.

¹⁵⁰ SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio(Org.). **Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 267-324.

¹⁵¹ CAIEIRO, Pedro. O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no Direito Português. In: Moreira, Vital. et al. **O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 69-157

Desta feita, interpretando-se o problema posto sob a ótica do extraditando, ou seja, do cidadão brasileiro que tem sua entrega requerida pelo TPI, para fins de julgamento por aquele Tribunal, estaria claramente sendo violado seu direito fundamental de não extraditabilidade, uma vez que para este não haverá qualquer diferenciação entre os institutos da entrega e da extradição, uma vez que estará sendo ceifado de seu Juízo Natural para fins de ser submetido a uma jurisdição estranha. Neste sentido, válido novamente recorrer à Caieiro.

É certo que estas garantias, na sua expressão literal, dizem respeito apenas à extradição, mas cremos que [...] elas deveriam aplicar-se também à entrega, porquanto se trata, em ambos os casos, de uma decisão do Estado português que coloca uma pessoa sob o control de uma autoridade dotada de *ius puniendi* – e não importaria, para este efeito, que o requerente fosse um Estado ou um tribunal internacional, pois a *ratio* dessas garantias não se esgota na proteção contra um poder especificamente estadual. [sic]¹⁵²

A vedação constitucional deve prevalecer, portanto, impedindo que este indivíduo venha a ser entregue ao Tribunal Penal Internacional, em qualquer hipótese, seja ele brasileiro nato ou naturalizado, salvo neste último caso, quando se enquadrar em hipótese prevista na abertura constitucional insculpida no artigo 5º, LI.

4.4.2 Colisão sob a ótica do bem-jurídico relevante

Apreciada a colisão sob a ótica da preservação do bem-jurídico penalmente relevante, ou seja, visando proteger a sociedade internacional, parece nítido que a extradição de brasileiros para fins de julgamento pelo TPI deva ocorrer.

Tal situação decorre do fato de que sob a mesma perspectiva apresentada até o momento, a proteção do direito fundamental das potenciais vítimas se sobreporia ao direito fundamental de não extraditabilidade dos nacionais de qualquer país que ainda conserve tal princípio.

¹⁵² CAIEIRO, Pedro. O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no Direito Português. In: Moreira, Vital. et al. **O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 69-157.

E esta concepção decorre do próprio fato de que com a evolução dos tempos, necessário se tornou a institucionalização da proteção ao núcleo de garantias essenciais de indivíduos que viessem a ser violados, sendo que tal transgressão agredia ao mesmo tempo sujeitos passivos secundários, sob a perspectiva de toda a coletividade internacional, sem entretanto, permitir que elementos externos à uma concepção jurídica interferisse decisivamente em tal processo.

Desta feita, Habermas refletindo sobre a proteção política dos direitos humanos, aponta:

[...] estado de cidadania mundial significaria que violações dos direitos humanos não seriam julgadas e combatidas, em primeiro lugar, sob pontos de vista morais, porém seriam perseguidas como ações criminais no âmbito de uma ordem jurídica estatal. Ora, uma juridificação abrangente das relações internacionais não é possível sem o estabelecimento de procedimentos de solução de conflitos. E a institucionalização desses procedimentos irá proteger o tratamento jurídico das violações dos direitos humanos contra um obscurecimento moral do direito e impedir uma discriminação moral completa dos 'inimigos'.¹⁵³ (grifos nossos)

Segundo Jorge Miranda, em decorrência da importância que possuem os pactos convencionais exarados do direito internacional, a edificação de núcleos de intangibilidade de direitos individuais sofre limitação, uma vez que o bem a ser protegido, de interesse da comunidade internacional, inibiria a formação da cláusula pétrea, sendo, portanto, uma pseudocláusula pétrea.

Limites heterônomos de Direito internacional, com caráter geral, são os princípios de *jus cogens* (como os que constam de alguns artigos da Declaração Universal e do art. 2º da Carta das Nações Unidas). Limites heterônomos de Direito internacional, com caráter especial, são os que correspondem a limitações do conteúdo da Constituição por virtude de deveres assumidos por um Estado para com outro ou outros Estados ou para com a comunidade internacional no seu conjunto.¹⁵⁴

A edificação de limite ao direito individual, neste caso, decorre do interesse da própria comunidade internacional reunida, a qual se por acaso outrora colocou sob proteção o direito individual, ora evolui em virtude do interesse da proteção mais

¹⁵³ HABERMAS, Jürgén. **Era das transições**. Tradução e introdução de Flávio Siebenechler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 47.

¹⁵⁴ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. Revista e actualizada. T. II - Constituição. Lisboa: Coimbra editora, 2003, p. 129

ampla da própria sociedade, buscando-se por meio de normas rígidas resguardar os bens-jurídicos.

Assevera Pedro Caieiro, a existência de deliberação no âmbito da Câmara de 2ª. Instância do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia, proferida em 29.10.97.

A Conferência de Roma pronunciou-se pela negativa, preferindo, ao menos neste ponto, um modelo 'vertical' de cooperação, que se caracteriza por uma drástica redução da margem de apreciação dos pedidos por parte dos Estados e conseqüente diminuição das garantias individuais, bem distante do modelo 'horizontal', *inter pares*, típico da extradição.[sic]¹⁵⁵

Embora a segunda espécie de limite destacada pelo professor português possa ser plenamente aplicável ao caso do TPI, uma vez que há compromissos formalmente assumidos no plano de uma coletividade internacional, quer parecer que para o caso brasileiro, onde há uma Corte Constitucional que não aceita a hipótese de uma incorporação imediata dos tratados internacionais, o limite que se mostra mais efetivo é o primeiro. Destaca Jorge Miranda.

Como estruturante da comunidade internacional, os princípios de *jus cogens* não podem, por isso, deixar de se sobrepor à Constituição de qualquer Estado enquanto membro dessa comunidade.

[...]

Em quarto lugar, há tratados que provocam a abertura de procedimentos de revisão constitucional. Como, em geral, os tratados não prevalecem sobre o Direito constitucional, quando se adoptem normas convencionais discrepantes de normas constitucionais, apenas pode haver ratificação dos respectivos instrumentos após revisão constitucional: tem sido o caso dos tratados da União Européia e do estatuto de Roma institutivo do Tribunal Penal Internacional.[sic]¹⁵⁶(grifos nossos)

Sob tal ponto de vista evidencia-se que a proteção ao interesse de se preservar a vida, as liberdades, as integridades físicas, culturais e morais, bem como a paz mundial, revela-se com maior peso diante da proteção ao cidadão brasileiro para que não seja extraditado e julgado diretamente pelo TPI.

¹⁵⁵ CAIEIRO, Pedro. O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no Direito Português. In: Moreira, Vital. et al. **O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 69-157.

¹⁵⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. Revista e actualizada. T. II - Constituição. Lisboa: Coimbra editora, 2003, p. 58.

Nesta linha, de se entender, portanto, que o sacrifício do segundo é justificável em nome da efetivação do primeiro. Nesta ótica, um direito fundamental retrai-se diante do outro, que propala de forma plena seus efeitos.

Em essência, caso levada ao pé da letra a doutrina de Jorge Miranda, poderia ser entendido até mesmo que não haveria verdadeiramente um direito fundamental sob proteção no caso da não extradição de nacionais, em razão do apontado limite heterônomo.

Entretanto, se pelo prisma material a questão pode ser superada, em Constituições onde exista estruturação de enunciados apenas formalmente constitucionais, e com rígida compartimentalização das disposições, será praticamente impossível solucionar cientificamente a colisão pelo viés adotado.

Desta forma, evidenciada a colisão, considerada a premissa da proteção do bem jurídico, entendo que mesmo com a inserção do enunciado do artigo 5º, inciso LI, da Constituição Federal de 1988, é possível ser interpretado que deva prevalecer a entrega extradicional para fins de submissão do brasileiro ao julgamento ou cumprimento de pena perante o TPI.

Neste sentido, novamente se pronunciou Caieiro.

Em ambos os casos, a entrega vem ocupar um espaço que pertencia, até então à extradição, e as muitas diferenças existentes entre ambas podem condensar-se na maior simplicidade e celeridade da entrega, conseguidas, também elas, à custa da redução dos poderes de apreciação do pedido pelas autoridades do Estado requerido e da compreensão das garantias individuais tradicionalmente propiciadas pela extradição.¹⁵⁷

A partir de tais premissas, em um eventual julgamento pelo STF, considerando a máxima vista em Alexy para solucionar a colisão de princípios, como apresentada, seria perfeitamente possível o deferimento do pedido de entrega extradicional, fato que levaria à mudança radical de postura do STF, ao longo de anos de jurisprudência consolidada em torno na proteção irrestrita dos direitos individuais.

¹⁵⁷ CAIEIRO, Pedro. O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no Direito Português. In: Moreira, Vital. et al. **O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 69-157.

Entendo, ainda, que não haveria óbice algum, neste caso, para a utilização da nomenclatura “entrega”, apenas para fins didáticos de tratamento, diferenciando-se assim, o eventual pedido para julgamento ou cumprimento de pena perante o TPI, em relação a pleito extradicional formulado por Estado estrangeiro.¹⁵⁸

¹⁵⁸ Considerando os elementos apresentados, e pensando-se sob a ótica da evolução do direito e da relação entre os Estados, pode parecer que o choque existente entre o Estatuto de Roma e a Constituição do Estado-parte se encontra em outro plano. Afirma-se isto porque tendo sido preenchido o procedimento necessário para a edificação do instituto, percebe-se que sua estruturação mostra que em ambos os casos se está diante de um enunciado normativo com estruturação de regra, logo, com estado de aplicação definido, conforme se vislumbra nas regras. Nesta linha, o choque existente não seria de princípios, consoante apontado anteriormente, mas de regra jurídica. De se observar, portanto, as lições de Gilmar Ferreira Mendes, ao refletir sobre lições de Jorge Miranda: ‘Por isso também se leciona que a mera alteração redacional de uma norma componente do rol das cláusulas pétreas não importa, por isso somente, inconstitucionalidade, desde que não afetada a essência do princípio protegido e o sentido da norma.’ (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.) Ora, se a situação aponta que interesse da República Federativa do Brasil, validamente manifestado no cenário internacional, corroborado pela aprovação legislativa pelo Congresso Nacional por meio do Decreto 4.388/02, colide com a regra posta no art. 5º, LI, da CF/88, é por meio dos critérios atinentes à solução de conflito de regras que a situação deverá ser pacificada. Desta forma, considerando o critério temporal, e até mesmo da especialidade, deve ser observado que o enunciado prescritivo instituído pelo estatuto de Roma, em seu artigo 102, deveria ser o instituto aplicável ao caso, tornando não válido, ou excepcionado, o comando até então existente. Ocorre, entretanto, que diante da postura adotada pelo STF, ao acolher a entrada em vigor dos tratados sob a condição de lei ordinária, abraçando a teoria dualista, mesmo que entendêssemos que o Estatuto de Roma ampliou a proteção dos direitos fundamentais, considerando-se a ótica dos sujeitos passivos das condutas tipificadas pelo Estatuto, haveria um nítido conflito sob o prisma formal do Estatuto em relação à norma fundamental, decorrente da hierarquia existente entre elas. Tal situação ocorreu em Portugal, especialmente porque a Constituição Lusitana consagrou a recepção automática dos Tratados Internacionais, viabilizando assim uma harmonia imediata com o texto supremo. ‘De acordo com a cláusula de ‘recepção automática condicionada’ ínsita no artigo 8º., nº. 2, da CRP, o Estatuto de Roma vigora já na ordem interna portuguesa, pelo que a aplicabilidade das normas que envolvam a actividade das autoridades nacionais não depende de uma sua transposição para o nosso ordenamento jurídico.’(CAIEIRO, Pedro. O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no Direito Português. In: Moreira, Vital. et al. **O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 115.). Em Portugal foi necessário que o legislador intercedesse para harmonizar alguns dispositivos, propiciando a adequada aplicação dos dispositivos do Estatuto de Roma, sendo que no caso brasileiro, se eventualmente acolhida a concepção unitarista de incorporação dos Tratados, o caminho deveria ser o mesmo.

5 DA PESQUISA DE EMPÍRICA

5.1 PREMISSAS INICIAIS E CRITÉRIOS

Desde a concepção do projeto do presente estudo já era vislumbrada a necessidade de realizar uma busca por dados empíricos que permitissem identificar elementos relevantes do instituto da extradição, no acervo histórico do Brasil.

Assim sendo, após consultas aos arquivos da rede RVBI (Rede virtual de bibliotecas), com apoio de servidores do STF, foi identificada a existência de obra literária intitulada “Extradição de Nacionaes e Estrangeiros-Commentarios e informações sobre a Lei 2.416 de 28 de junho de 1911” [sic], de autoria de Arthur Briggs, datada de 1919.

Tal obra analisava a Lei 2.416 de 28 de junho de 1911 e revelou fato histórico de peso para o presente estudo, já que mostrava a existência de lei brasileira permitindo a extradição de nacionais.

Com base na identificação de tal previsão legal, necessário foi constatar a existência de enunciado em nível constitucional sobre o tema, permitindo ou negando, sendo que a Carta Constitucional Republicana de 1891 restou silente, surgindo a disposição constitucional vedando a extradição de brasileiros na Carta Magna de 1934.

A partir de tais constatações ocorreu então a necessidade de desenvolver a pesquisa sobre os seguintes aspectos: a existência de pedidos de extradição de nacionais formulados perante o STF durante a vigência da lei 2.416/11; existência de arguição de inconstitucionalidade da lei 2.416/11 e por fim, busca para localização, ou não, de enunciado jurídico que revogasse expressamente a lei 2.416/11.

De se registrar inicialmente que o banco de dados do STF dispõe apenas de registro de jurisprudências posteriores ao ano de 1950, sendo que toda e qualquer pesquisa relativa a período anterior precisa ser desenvolvida diretamente nos arquivos da Suprema Corte, o que foi realizado.

O único registro dos pleitos extradicionais existente no sistema de informática do STF, anterior a 1950, é sob a forma de acompanhamento processual, constando o nome da legação solicitante, o nome do extraditando e a data de arquivamento. Foram encontrados muitos erros ao se conferir os dados disponíveis na internet com os autos arquivados, o que inclusive foi comunicado aos responsáveis para adequação de registros tanto de país solicitante, como nome de extraditados, bem como as datas de arquivamento, estas praticamente todas erradas, vez que utilizada a data de julgamento como data de arquivamento, o que não confere com a realidade constatada nos autos.

O critério para realização das análises foi o de apreciação integral das ações de extradição compreendidas entre a vigência da Lei 2.416/11 e a promulgação da Carta Constitucional de 1934.

Buscou-se preliminarmente a localização de pedidos extradicionais em desfavor de brasileiros, e respectivos argumentos utilizados nas manifestações eventualmente existentes. Nos mesmos autos, foi realizada a tentativa de localizar a eventual impugnação da constitucionalidade da Lei 2.416/11.

Dentre as amostras analisadas, a única arguição de inconstitucionalidade observada contra a Lei 2.416/11, foi localizada na extradição 4, sendo que seu pedido era sobre a competência exercida pelo STF decorrente desta lei, a qual colidia com o comando da Carta Constitucional de 1891, que definia competência dos Juízes Federais para tais casos de extradição. Insta frisar que a ação de extradição foi deferida, sendo que no bojo do acórdão a discussão foi simplesmente ignorada, limitando-se às formalidades do pedido extradicional.

Acerca da revogação da Lei 2.416/11 por outro enunciado jurídico, constatou-se que a mesma continuou válida no sistema, uma vez que não houve sua retirada expressa.

Tal afirmação se confirma a partir da informação disponível no sítio da Presidência da República¹⁵⁹. A partir de tal busca, identificou-se a existência de Projeto de Lei da Câmara dos Deputados, registrado sob o nº 4.489, de autoria do Poder Executivo, pugnando pela expressa revogação da Lei nº 2.416/11, bem como de outras regras jurídicas relativas a cidadãos estrangeiros e relação com Estados estrangeiros.

¹⁵⁹ Disponível em <www.planalto.gov.br>. Acesso em 05/08/2006.

5.2 DA LEI 2.416 DE 28 DE JUNHO DE 1911

5.2.1 Projeto de Lei CD 4.489/01

A exposição de motivos de tal projeto, aponta a existência do Decreto Lei 394 de 1938, o qual disciplinou a extradição, sendo que este já sob a égide da Constituição Federal de 1934, referenda a vedação à extradição de nacionais, sendo que ao final, revoga as disposições em contrário, conforme previsto no art. 21.

Ocorre que tal revogação, caso assim compreendida, teria ocorrido apenas de forma tácita, uma vez que em momento algum houve manifestação em relação à Lei 2.416/11, a qual possuía diversos institutos relativos à extradição, não contemplados pelo mencionado decreto-lei.

Conforme dito, portanto, até a promulgação da carta constitucional de 1934, era totalmente vigente o disposto no art. 1º, da Lei 2.416/11, que assim prevê:

Art. 1º - É permitida a extradição de nacionaes e estrangeiros:

§ 1º A extradição de nacionaes será concedida quando, por lei ou tratado, o paiz requerente assegurar ao Brazil a reciprocidade de tratamento.

§2º A falta de reciprocidade não impedirá a extradição no caso de naturalização posterior ao facto que determinar o pedido de paiz onde a infracção for cometida.¹⁶⁰ [sic]

Significa, portanto, dizer que aos olhos da moderna doutrina vigente no âmbito do STF, a Lei 2.416/11, em que pese ter permanecido válida no sistema, foi tacitamente revogada em seu comando permissivo da extradição de brasileiros, uma vez que incompatível com o ordenamento constitucional de 1934.

Sobre o tema, manifestou-se o Ministro Gilmar Mendes:

¹⁶⁰ Disponível em <www.senado.gov.br/legislacao/listapublicacoes.action>. Acesso em 05/11/2006.

A matéria provocou acesso debate no Supremo Tribunal Federal, terminando vitoriosa a tese da revogação, tradicional no Direito Brasileiro. O relator do leading case após 1988, Ministro Paulo Brossard, invocou a doutrina tradicional, segundo a qual se a inconstitucionalidade da lei importa sua nulidade absoluta, importa a sua invalidez desde sempre. Mas raciocinou, se a lei foi corretamente editada quando da Constituição anterior, ela não pode ser considerada nula, desde sempre, tão-só porque a nova Constituição é com ela incompatível. A lei apenas deixa de operar com o advento da nova Carta. O fenômeno só poderia ser tido, por isso, como hipótese de revogação.¹⁶¹

Paralelamente ao estudo da lei, passou a ser desenvolvida pesquisa de cunho constitucional para identificar a previsão em nível da lei maior de institutos inerentes ao ato extradicional, concluindo-se que apenas a partir da Constituição brasileira de 1934 foi tratado o assunto, sendo justamente o veículo normativo que vedou expressamente a extradição de nacionais.

De tal feita, inexistindo regra alguma na ordem constitucional de 1891, decidiu-se por realizar busca empírica junto aos arquivos do Supremo Tribunal Federal no período compreendido entre a entrada em vigência da Lei 2.416 de 1911 até a promulgação da Constituição Federal de 1934, ocorrida em 16 de julho de 1934.

¹⁶¹ MENDES, Op. Cit. p. 195.

5.3 DOS DADOS OBTIDOS

Os dados obtidos seguem como anexo do presente estudo e são interessantemente reveladores.

A busca inicial seria justamente no sentido de se constatar a existência ou não de pedido de Estado estrangeiro, e se fora deferido ou não, de extradição passiva de brasileiro nato ou naturalizado, bem como identificar as linhas de discussão em torno do assunto.

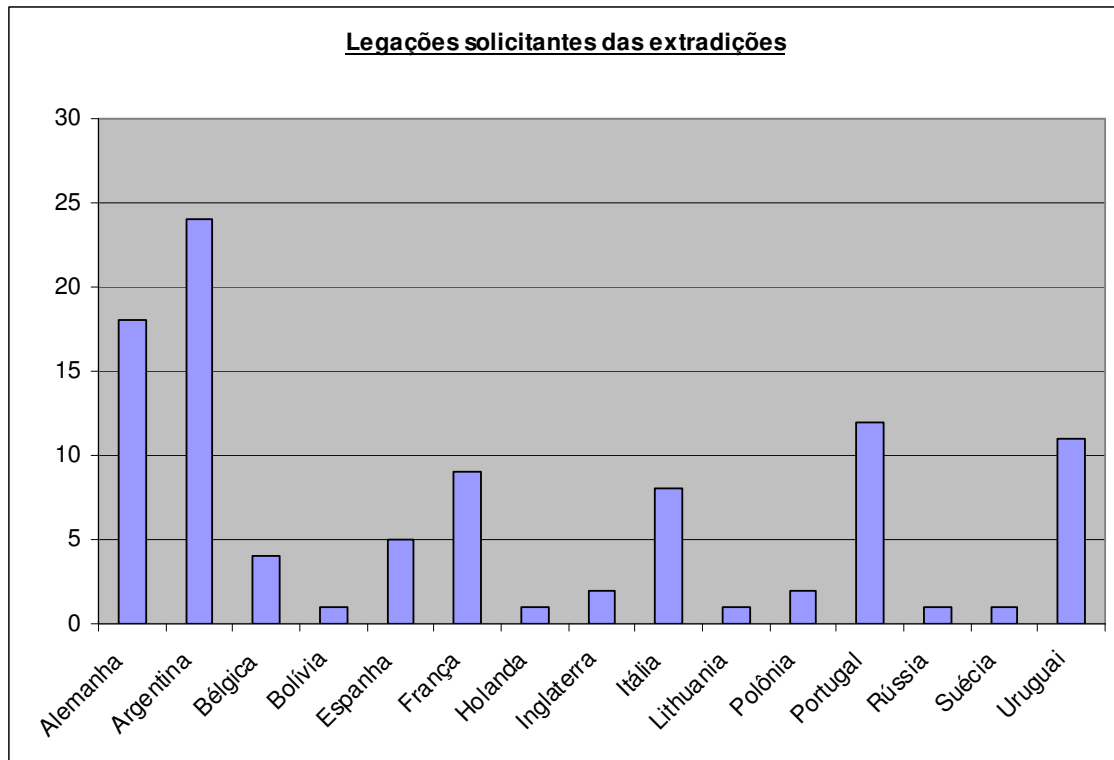
Assim, no período compreendido foram identificadas exatamente 100(cem) ações de extradição, curiosamente sendo aquelas compreendidas entre os números 001 até 100, perante o STF da República Federativa do Brasil.

Interessante destacar que a primeira ação de extradição da história do país foi julgada em 04/12/1912, tendo sido relator o Ministro Ribeiro de Almeida.

Tratava-se de pedido da Legação de Portugal para a extradição do cidadão Português João Pereira Patrício, em razão do mesmo ter cometido o crime de homicídio, em desfavor de seu próprio irmão, com um tiro de espingarda, na Comarca de Pombal, em Portugal.

A extradição foi deferida, entretanto, surgiu árdua discussão à época em torno da competência do órgão pois inexistia previsão constitucional para o STF conhecer de tal matéria, fato previsto apenas na Lei 2.416/11, sendo que conforme o ordenamento constitucional de 1891, tal incumbência seria dos Juízes Federais, fato que foi superado pela Corte Suprema, julgando-se procedente o pedido extradicional.

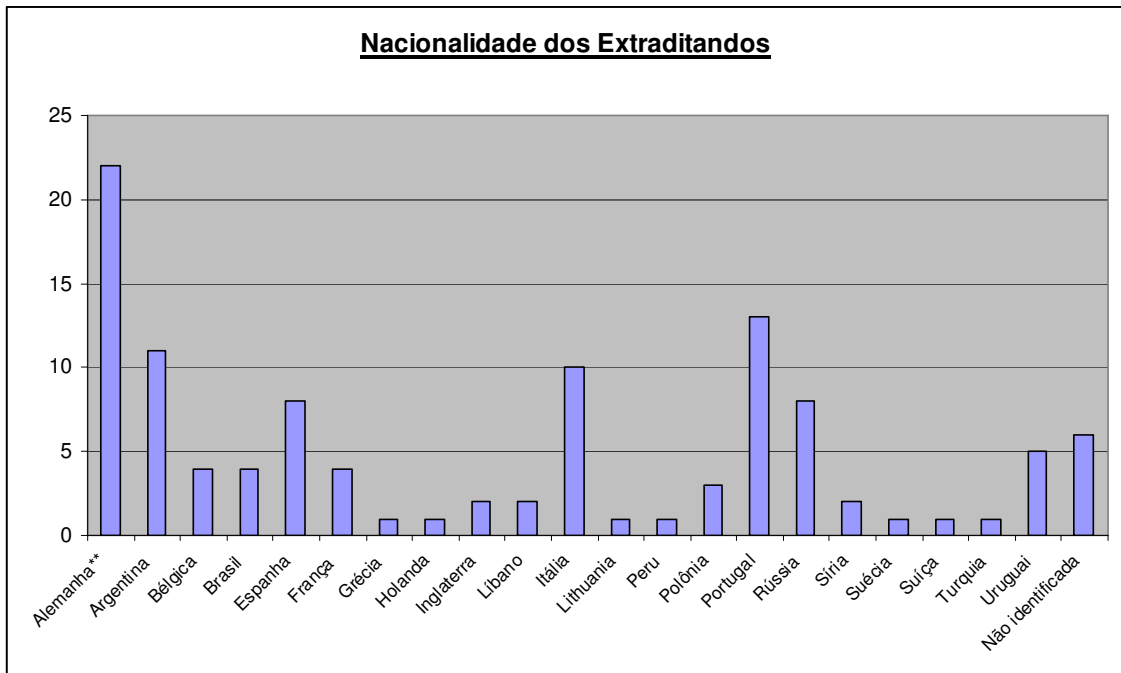
Registre-se que do total de pedidos de extradição analisados, identificou-se apenas 14 diferentes Estados requerentes, sendo a Argentina o país com o maior número de pedidos(24), seguida da Alemanha(18) e de Portugal(12).



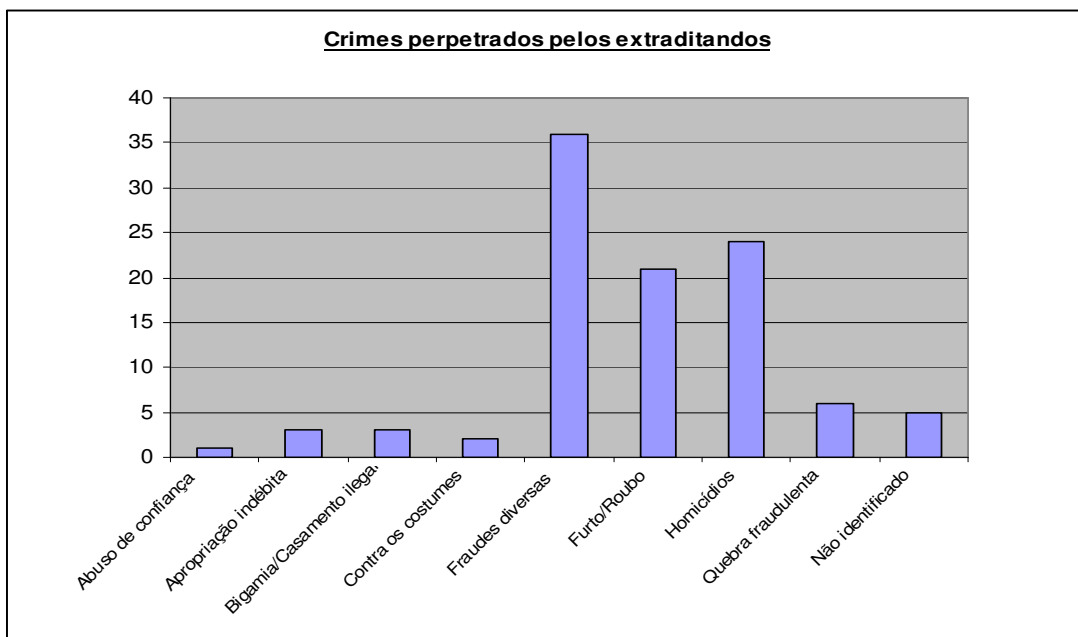
Necessário ainda apontar que das 100(cem) ações apreciadas, apenas 04(quatro) trataram sobre a extradição de brasileiros, sendo que três ações versaram sobre pedido extradicional envolvendo cidadania de primeira ordem, ou seja, eram brasileiros natos (Ext 54, Ext 67 e Ext 96). No outro caso (Ext 69), em que pese tivesse sido argüida a nacionalidade primária, foi detectada a improcedência da alegação, sendo constatada falsidade documental para justificar o pedido.

De se apontar que em nenhum dos três casos, onde verdadeiramente havia cidadania brasileira, foi deferida a extradição, entretanto, é extremamente importante destacar que o motivo da negativa não foi pura e simplesmente a rejeição em razão de serem os extraditados cidadãos brasileiros.

Registre-se que foi impossível identificar a nacionalidade de alguns dos extraditados, porém, é certo que não se tratavam de brasileiros.

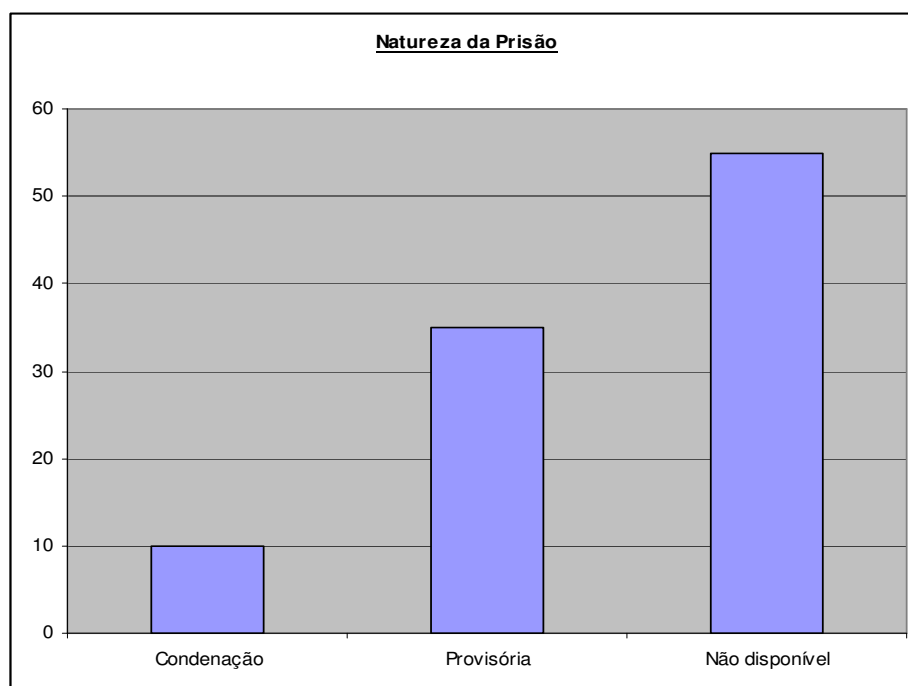


Quanto aos delitos praticados, chamou atenção o elevado número de indivíduos envolvidos com fraudes diversas, geralmente de títulos de créditos, moedas, assim como a reiteração de práticas de quebra fraudulenta. Houve destaque acentuado, ainda, para homicídios e crimes patrimoniais, notadamente roubo e furto, este último identificado curiosamente por algumas legações como delito de “gatunagem”.

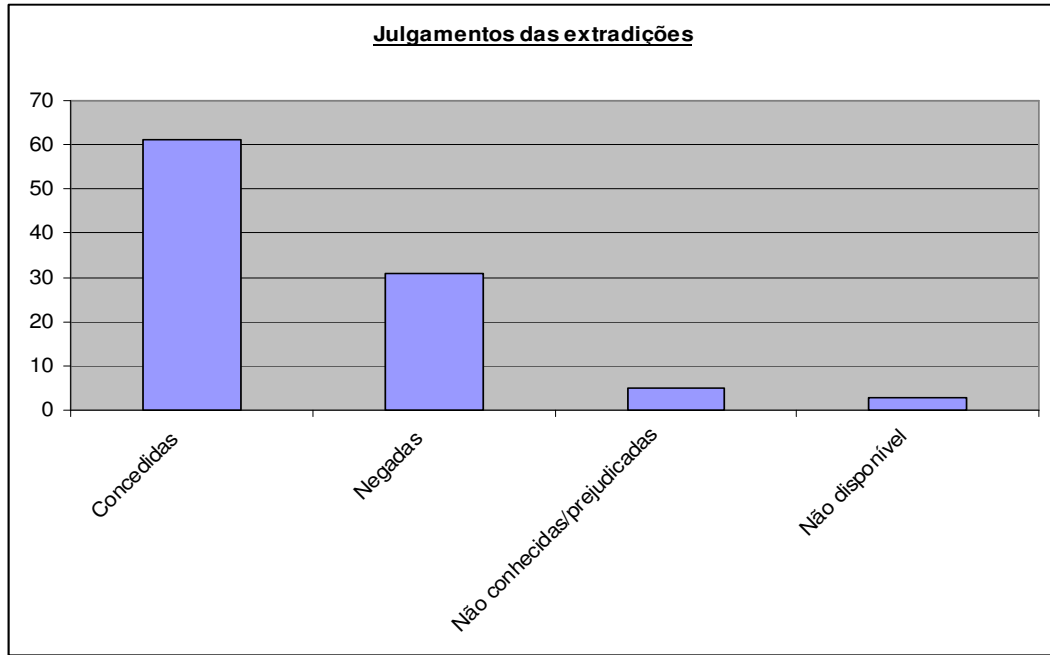


Outro ponto observado, em que pese não ter sido o foco central das buscas, foi a natureza das ordens de prisão, fruto do pedido extradicional.

Nitidamente a maioria esmagadora dos pedidos era para fins de cumprimento de mandado de prisão de natureza provisória, algumas pré-processuais, inclusive, e até mesmo decretado por autoridades não-judiciais, conforme as leis do Estado de origem. Assim, em que pese a não obtenção das informações em diversas ações de extradição, de se registrar ao menos os dados colhidos com exatidão os quais já revelam uma noção de que desde o início do século passado a cooperação internacional era relevantíssima para, ao menos, se elucidar as ações penais cujos réus se encontravam foragidos em outros Estados.



Essencial destacar, também, que dos cem pedidos de entrega extradicional submetidos à apreciação do STF, os resultados revelam o maior índice de deferimentos, sendo de certa forma elevado o número de negativas aos pedidos estrangeiros, sendo o fundamento principal para tal postura, a ausência de preenchimento de requisitos formais, tais como traduções, cópias de mandados de prisão, entre outras causas.



5.4 DA JURISPRUDÊNCIA ATÉ 1934

Fruto da pesquisa empírica, a localização dos autos e conseqüente exploração dos mesmos resultou na retirada de elementos enriquecedores ao estudo, merecendo destaque individualizado os quatro processos extradicionais, dentre as 100(cem) ações de extradição apreciadas.

5.4.1 Extradição nº 54 – requerente República da Argentina

Processo em que houve a menor riqueza científica, uma vez que capitaneada pelo Ministro relator, a Corte simplesmente aderiu ao voto deste que em síntese apontou o seguinte:

Isto posto e não se podendo pôr em dúvida que o extraditando é cidadão brasileiro;
 Accordam negar a extradição requerida pelo Governo do Uruguay, devendo-se pôr em liberdade o extraditando, se por al não estiver preso
 Supremo Tribunal Federal,
 30 de Janeiro de 1928¹⁶²

Como só houve a descoberta durante o interrogatório, em plenário, acerca da possível nacionalidade brasileira, após a confirmação o julgamento não teve debates sobre os fundamentos da extradição, sendo puramente indeferida.

5.4.2 Extradição nº 67 – requerente República Oriental do Uruguay

Em tal pleito extradicional, onde figuravam como extraditados dois cidadãos brasileiros, a improcedência do pedido ocorreu sem maiores discussões de

¹⁶² Extradição 54. Requerente: Legação da República do Uruguay. Rel. Muniz Barreto. Julgado em 30/01/28

relevância para o estudo, uma vez que veio a ser resolvida a questão com base em argumento de índole formal.

Em decorrência da existência do Tratado extradicional entre Brasil e Uruguay, percebeu-se que os países pactuaram bilateralmente que não haveria extradição de seus nacionais entre si, de forma que inviabilizado o preenchimento do requisito insculpido no parágrafo 1º da Lei 2.416/11, que exigia a reciprocidade.

Desta forma, a negativa ao pleito extradicional se deu sem maiores discussões dos postulados inerentes à eventual extradição de brasileiros uma vez que expressamente os países afastaram entre si tal possibilidade.

5.4.3 Extradição nº 69 – requerente Governo Inglês

Em tal caso, foi solicitada a extradição de dois súbditos portugueses, envolvidos em um estelionato executado na Inglaterra. Durante o julgamento surgiram dúvidas sobre a identidade de um dos extraditados e sobre a nacionalidade do outro, sustentando um não ser o estelionatário pedido e afirmando o outro, mediante certidão extraída do Registro Civil, que seria cidadão brasileiro e que, como tal, somente poderia ser extraditado, se a Inglaterra nos assegurasse reciprocidade de tratamento.

Por ocasião do julgamento do pedido, restaram improcedentes as alegações, sendo que vale destaque trecho do julgamento:

Relativamente ao segundo, ficou provado ser o mesmo portuguez, tendo sido obtido por meios fraudulentos o registro do seu nascimento, de que se extrahiu a certidão ajuizada.

Mesmo, porem, que esse extraditando fosse brasileiro, a meu ver, essa circumstancia não poderia constituir embaraço á sua entrega, para ser punido pelas jurisdicções inglezas, pelo estellionato commetido na Inglaterra.

A respeito da entrega de nacionaes, o que dispõe a nossa lei n. 2415 (*sic*) 28 de junho de 1911, em seu artigo. 1, é o seguinte:

[...] Segundo a nossa lei, pois, a entrega de nacional está condicionada pela garantia, em lei ou tratado, de tratamento recíproco.

Por enquanto, o direito extradicional ou o jus commune extraditionis não suffraga a entrega irrestricta do nacional, para ser criminalmente responsabilizado no estrangeiro, não obstante constituir a proibição absoluta dessa entrega, no dizer de acatado extradicionista, uma reminiscência de preconceito millenario, que isolou as nações, creando e exaggerando o direito de asylo ja a sua nacionalidade, ou então que elle proprio o faça processar e julga perante as suas jurisdicções, pelos crimes commettidos fóra do seu territorio.

É o velho dilemma de Grotius: -aut dedere aut punire.

Entretanto, as leis e os usos de quasi todos os paizes têm, até hoje, vedado a extradição do proprio nacional, si bem que as nações mais hostís ao verdadeiro principio, já vão transigindo com este, como a França, que, na lei de 1 de março de 1927, permittiu o accordo sobre a entrega de nacionaes e a remissio do civis novus, isto é, do individuo que, sendo estrangeiro, quando commetteu o crime, objecto do pedido, adquiriu, antes que este tivesse sido formulado, nacionalidade franceza.

A Inglaterra, que, na especie, apparece como o paiz requerente, é precisamente uma das nações que concedem sempre a extradição dos seus nacionaes, e a concede, sem restricção alguma, sem mesmo exigir a reciprocidade de tratamento em 1879, em tratado com a Hespanha, ella admittiu, em toda a sua plenitude, a tradição do nacional, tendo posto de parte o principio da reciprocidade assim que, no art. 1, dessa convenção, enquanto que o governo hespanhol assumiu o compromisso de entregar ao Reino-Unido todas, as pessoas, excepto os seus proprios subditos, o governo britannico comprometteu-se a entregar á Hespanha todos os malfeitores, sem distincção de nacionalidade.

Esse é o direito inglez, essa é a regra á que a Inglaterra sempre se conservou fiel.

A nossa lei, porem, exige que a reciprocidade de tratamento seja assegurada em tratado ou lei, para que o brasileiro seja extraditado.

[...] Pela pratica administrativa, porem, seguida, permanente e ininterruptamente pelos tratados que a Inglaterra tem celebrado, e pelos principios que polarisam a sua acção nesse terreno, pode-se affirmar, sem contestação possivel, o direito positivo inglez nos garante a reciprocidade de tratamento, quando se tratar de extradição de subdito inglez, para ser processado e julgado pelos nossos tribunais.

Si esse é o direito positivo naquelle paiz, quanto á extradição de seus nacionaes, que o systema inglez se recusa a punir por crimes commettidos fóra do seu territorio, si a Inglaterra a concede em qualquer hypothese, mesmo o paiz requerente a recuse, não se pode deixar de admittir que a lei ingleza nos assegura a reciprocidade de tratamento.

O que a lei brasileira quer, para conceder a entrega dos brasileiros, é a reciprocidade, em casos analogos, é a certeza do mesmo tratamento, quando solicitarmos do governo britannico a entrega de seus subditos, para serem punidos por crimes commettidos em nosso paiz.

O direito inglez dá-nos esta certeza, de sorte que não poderíamos recusar extradição pedida, mesmo que ficasse plenamente provado ser brasileiro o extraditando.

O que se poderia fazer, em tal hypothese, seria condicionar a entrega pelo compromisso expresso de seguir o governo inglez, em condições identicas, regra invariavelmente guardade, sobre o assumpto, na Inglaterra.

Mesmo, pois, que o segundo extraditando fosse provadamente brasileiro, eu cederia a sua extradição.

Percebe-se, claramente, que muito embora tenha sido julgado improcedente o pedido de extradição, o que se levou em consideração foi a ausência de nacionalidade brasileira por parte do extraditando, entretanto, o relator asseverou que diante da ordem jurídica vigente, ainda que brasileiro, concederia sua extradição.

5.4.4 Extradição nº 96 – requerente República da Argentina

Em tal caso, foi formulado o pedido de extradição do cidadão Mario José Salaberry, transmitido pelo Ministerio das Relações Exteriores, por motivo da solicitação feita pela Embaixada da Republica Argentina, sob promessa de reciprocidade em casos análogos.

Manifestou-se preliminarmente o Procurador Geral da República, merecendo destaque algumas de suas palavras:

[...] Uma questão, antes de qualquer outra, se impõe á decisão desta Suprema Côrte, des que o cidadão reclamado é - brasileiro.

Não vou rememorar a questão sabida e ressabida sobre a admissibilidade da extradição de nacionais, já aqui apreciada e amplamente discutida (Vêde o meu - Direito Extradicional, p. 108 e seguintes e COELHO RODRIGUES - A extradição | p. 227 e segs.), tanto mais quando se acha resolvida, entre nós, de modo expresso, pelo art. 1 §1º da Lei nº 2.416 de 28 de junho de 1911, nestes termos:

[...] Cumpra, pois, examinar se tal pedido pode ser deferido em respeito a exigencia do sistema juridico brasileiro.

A simples promessa de reciprocidade, referida no aviso do Ministério das Relações Exteriores, como tendo sido feita pela Embaixada Argentina, não satisfaz a condição imposta pela nossa lei.

A formulação do seu mandamento não se contenta com o mérom prometimento do Estado requerente para tornar possível a entrega de brasileiro, processado por crime praticado no País reclamante, mas prescreve, teminadamente, que o tratamento reciproco ha de ser assegurado por - tratado ou por leis.

Tratado especial de extradição com a Republica Argentina não temos.

E a sua legislação faz duvidar do efeito pleno e absoluto da aludida promessa do seu ilustre e digno representante.

V - É certo que a tese do art. 20 do Tratado de Direito Penal Internacional realizado em Montevideo, no ano de 1889, segundo o qual em caso algum a nacionalidade do Réu poderia obstar a extradição - foi subscrito e assinado pela Republicas Argentina, da Bolivia, Perú, Paraguai e Uruguai, com o protesto, então formulado, pelo Representante do Brasil.

Também é verdade que a Delegação argentina presente a 6a. Conferencia Internacional, que teve lugar em Havana, em 1927, manteve, entre as suas reservas, a ratificação de tal principio.

[...] Daí resulta, a meu vêr, que o cidadão argentino não poderá ser extraditado se optar pelo julgamento das justiças de sua patria.

Logo, o exercicio desse direito, que lhe é assim assegurado, ha de impedir dentro dos termos da sua lei, a realização da promessa da entrega dos nacionais ao Estado estrangeiro quando porventura reclamar.

Não me encontro sósinho pensando por tal forma, pois o meu entendimento é também sufragado por Coelho Rodrigues, nestes termos:

[...] Se assim, entender o Tribunal, não protegerá os nacionais que infelizmente, deshonram a Patria no estrangeiro, nem obstará á Nação o seu concurso para o restabelecimento da ordem juridica violada, mas assegura tão somente o cumprimento de uma lei que reflete o seu direito de soberania.

Rio de Janeiro, 10 de Julho de 1933.

Em decisão ao aludido pedido, assim se manifestou o Colendo STF:

I. Por intermédio de nosso Governo, a Embaixada da Republica Argentina solicitou a extradição de Mario José Salaberry, com o fundamento de ter o mesmo praticado o delicto dos artigos 172 e 173 do Código Penal daquela Republica, vindo depois refugiar-se no Brasil, donde é natural. A solicitação foi acompanhada dos devidos documentos. Houve, porem, opposição do Snr. Ministro Procurador Geral.

II. A extradição é negada. A lei 2416 de 28 de Junho de 1911 só permite a extradição de brasileiros, quando entre Brazil e a Nação requerente ha tratado para tal fim, ou esta possui lei estabelecendo igual permissão. Ora a Republica Argentina não tem com o Brazil tratado algum para a extradição de nacionaes; não possui tambem, lei permitindo que o argentino criminoso no Brazil possa ser obrigado a responder perante a justiça brasileira, quando se tiver refugiado em sua patria. O artigo 669 do Codigo do Processo Argentino, fazendo a extradição depender da vontade do criminoso, não contem reciprocidade de tratamento; e a promessa de

igual procedimento em casos analogos referida no officio de fl. 2, não basta para satisfazer a exigência de nossa lei.

Rio de Janeiro 17 de Julho de 1933.

[...] Não ha tratado de extradição entre o Brasil e a Republica Argentina, conforme verifiquei nesta obra do sr. Coelho Rodrigues – A Extradição – vol, 1º, fls. 247.

Não ha lei, tambem, na Argentina, admitindo a extradição de argentino que pratique um delito no estrangeiro.

Não ha, portanto, a condição que a lei 2.416 de 1911 estabelece – reciprocidade de tratamento; e que não ha, vê-se do proprio officio do Ministro das Relações, a fls. 2, quando diz:

[...] De modo que, ao passo que a nossa lei faculta a extradição de nacionais que tenham praticado delito no estrangeiro, a Argentina só admite a extradição de argentino que se refugiou na Argentina, quando o réu quizer ser extraditado, isto é, quando ele se conformar com a entrega de sua pessoa ao Estado que reclama a sua extradição.

[...] Tratamento reciproco é o que se dá em troca de outro semelhante ou analogo.

Que igualdade ha, no caso? Nenhuma.

[...] O Sr. Ministro Procurador Geral cita, com muita oportunidade, dois trechos da Exposição de Motivos do nosso atual Ministro das Relações, acerca do tratado de extradição com a Italia, de 21 de Junho de 1932:

“Não é preciso tratado com o Brasil para dele obter a entrega de nacionais que regressem ao paíz, depois de se haverem tornado criminosos no estrangeiro. Basta que o Estado, que nisto tiver interesse, promulgue uma lei, assegurando a entrega de seus nacionais nas mesmas condições.”

Faça isso o país visinho e então obterá a extradição de um brasileiro que tiver delinqüido naquele país e se refugiado em sua patria. Meu voto, portanto, é para negar a extradição.

Perceba-se, portanto, que novamente o STF rejeita a extradição não pelo fundamento de que esta não seria cabível em relação aos brasileiros, mas pelo fato de que o país solicitante não dá garantias de que a reciprocidade desejada, seja por meio de lei ou de tratado não existe.

Ademais, a existência de outros fatores, como o pacto firmado de forma multilateral, onde comprometiam-se os signatários, incluída a Argentina a não proceder a extradição de seus nacionais, reflete o espírito protetivo de tais nações, inviabilizando assim que o Brasil autorizasse a extradição de brasileiros.

6 CRÍTICA À SOLUÇÃO BRASILEIRA

6.1 DA EXTRATERRITORIALIDADE DA LEI BRASILEIRA

Diante do quadro apresentado, uma vez que o STF ao longo dos anos pacificou o entendimento de que a não extradição de nacionais representa direito fundamental indisponível, insusceptível que supressão, a alternativa dada pela própria Corte foi a aplicação do princípio da extraterritorialidade da lei penal brasileira.

Em voto proferido por ocasião do julgamento da Extradução 778, o Ministro Sepúlveda Pertence assim se pronunciou.

Noto apenas que não há razões para temores terroristas da impunidade, se a Justiça brasileira pretender cumprir o seu dever e processar o extraditando no Brasil, conforme facultado pelo art. 7º, §2º, do Código Penal.¹⁶³

Essa interpretação talvez fosse a única saída para que o Brasil não incorresse em violação ao compromisso assumido perante a Assembléia que aprovou o Estatuto de Roma.

O princípio da extraterritorialidade se encontra consagrado no art. 7º, do Decreto-Lei 2.848 de 07/12/1940 (Código Penal), o qual prevê em sua redação:

Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:
[...]
II – os crimes:
a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;
b) praticados por brasileiro;
[...]¹⁶⁴

Constata-se a consagração de tal princípio no âmbito do STF, em julgado paradigmático, conforme se depreende da Ementa do HC 83.113, julgado pelo STF.

¹⁶³ Ext. 778. Rel. Min. Néri da Silveira. Julgado em 31.08.2000. Disponível www.stf.gov.br, acesso em 10.10.2007.

¹⁶⁴ BRASIL. **Código Penal, Processo Penal e Constituição Federal**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, 968 p.

Se a extradição não puder ser concedida, por inadmissível, em face de a pessoa reclamada ostentar a condição de brasileira nata, legitimar-se-á a possibilidade de o Estado brasileiro, mediante aplicação extraterritorial de sua própria lei penal (CP, art. 7º, II, "b", e respectivo § 2º) - e considerando, ainda, o que dispõe o Tratado de Extradicação Brasil/Portugal (Artigo IV) -, fazer instaurar, perante órgão judiciário nacional competente (CPP, art. 88), a concernente "persecutio criminis", em ordem a impedir, por razões de caráter ético-jurídico, que práticas delituosas, supostamente cometidas, no exterior, por brasileiros (natos ou naturalizados), fiquem impunes.¹⁶⁵

De se lembrar que toda interpretação em matéria de direito penal deve ser realizada de forma restritiva, não significando, entretanto, que não se deva estar atento para separar as distintas situações, em especial as que envolvam a criminalidade transnacional e de interesse da coletividade internacional.

Ambas hipóteses do art. 7º possibilitariam em uma primeira análise invocar a máquina judiciária brasileira em caso de prática de crime previsto no rol do Estatuto de Roma caso não evidenciados alguns sérios e impeditivos problemas.

Primeiramente o monopólio constitucional da União para legislar em matéria de Direito Penal, instituído por meio do art. 22, I, da CF.

Ora, a assunção do compromisso do Estatuto de Roma por si só não reproduziu a tipificação daquele ordenamento no direito interno, até mesmo porque como já dito, se trata de jurisdição subsidiária, de forma que o procedimento incriminador já tem rito definido pela Carta Magna, de forma que assim não sendo feito se torna qualquer outro procedimento sancionador passível de incorrer em inconstitucionalidade por vício procedimental desde a origem.

Em segundo lugar, o grave fato de que a legislação nacional não possui descrição típica das condutas erigidas pela Assembléia da Conferência Plenipotenciária a qual redigiu o Estatuto de Roma.

Vigora no Brasil o princípio da legalidade penal, conforme previsão da Constituição de 88 que em seu art. 5º, inciso XXXIX, dispõe:

¹⁶⁵ HC 83.113. Rel. Min. Celso de Mello. Julgado em 26.06.2003. Disponível em www.stf.gov.br. Acesso em 10.10.2007.

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;¹⁶⁶

Os fatos apontados como crime pelo ordenamento do TPI, não o são aos olhos da legislação interna. Tanto é assim, que se encontra em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 301/2007, de autoria do Deputado Dr. Rosinha, apresentado em 06/03/2007, cuja redação trata de tipificar as condutas descritas no Estatuto do TPI.

Tal situação aparentemente simples levaria a desdobramentos extremamente graves, dentre os quais o fato de que nenhuma extradição para fins de julgamento perante o TPI poderia ocorrer, uma vez que inexistente o requisito legal da dupla incriminação da conduta, por exemplo.

A ausência de tipificação na ordem jurídica interna, além disso, inviabiliza a própria aplicação da extraterritorialidade penal, simplesmente por atipicidade das condutas perante a lei brasileira.

A extraterritorialidade neste caso, prevista nas alíneas “a” e “b” do art. 7º, do CPB, é segundo Delmanto¹⁶⁷ fundada nos princípios da Justiça Universal e da nacionalidade.

Segundo Luiz Régis Prado:

A principal limitação em relação à pessoa é a da não extradição de nacionais.(...) O nacional não extraditado responde perante a justiça brasileira (art. 7º, e §2º, CP).¹⁶⁸

De se perceber que o cenário não é revelador de solução pelo caminho da aplicação da extraterritorialidade, uma vez que impossível até que eventual incorporação dos delitos de competência do TPI seja feita ao ordenamento interno.

¹⁶⁶ BRASIL, **Constituição Federal**, art. 5º, XXXIX, RT, 12. ed., São Paulo, 2007.

¹⁶⁷ DELMANTO, Celso [et al] **Código Penal Comentado**. 7.ed. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 1.336 p. (p. 35)

¹⁶⁸ PRADO, Luiz Régis. **Elementos de Direito Penal V.1** – São Paulo: RT, 2005, 287 p. (52 p.)

Em que pese toda a preocupação em não se permitir a impunidade, bem como em se garantir a utilização dos mecanismos de Justiça para fins pacíficos, não se pode aceitar que sejam os órgãos estatais figuras impotentes, de mãos atadas, sem conseguir solucionar seus entraves burocráticos enquanto o crime avança barbaramente no seio das populações. É preciso dar soluções efetivas, que sejam aplicáveis e eficazes, não bastando ser mero dogmatismo.

6.2 O PROJETO DE LEI Nº 301/2007

Por meio de tal projeto de lei, caso venha a ser aprovado, o Congresso Nacional estará definindo condutas que constituam os crimes de violação ao direito internacional humanitário, suas respectivas penalidades, bem como estabelecerá as normas gerais para cooperação judiciária com o Tribunal Penal Internacional.

O relator do projeto o justifica da seguinte forma:

O Brasil está em débito com a comunidade internacional porque até hoje não participa integralmente da jurisdição do Tribunal Penal Internacional (TPI). Apesar da ratificação do Estatuto de Roma, ocorrida em 2002, o governo brasileiro deveria também já ter adaptado sua legislação interna à jurisdição internacional. Enquanto isto não acontecer, não há participação efetiva no TPI, o que se traduz em grande retrocesso, uma vez que essa Corte é uma das principais conquistas da humanidade. A Emenda Constitucional nº 45, recentemente aprovada, reafirmou a urgência desse mecanismo internacional.¹⁶⁹

O projeto tratou de reproduzir a tipificação das condutas definidas como crimes pelo Estatuto de Roma, os quais, como já apontado, não apresentavam correspondência no ordenamento interno, gerando inúmeros desdobramentos que contribuíam para dificultar ainda mais a implementação das disposições do TPI.

Embora já ratificado pelo Brasil, por meio do Decreto Legislativo 112/2002, do Congresso Nacional, corroborado pelo Decreto 4.388/2002, de fato o Estatuto não tinha condições de se fazer valer diante dos entraves decorrentes da ausência de adequação do ordenamento brasileiro.

Revela o projeto de lei, em seu artigo 5º o seguinte:

Art. 5º. – Esta lei se aplica aos crimes cometidos em território nacional ou, embora cometidos no estrangeiro, o agente seja brasileiro ou, sendo de outra nacionalidade ou apátrida, ingresse em território sob jurisdição brasileira e não possa ser extraditado ou ainda, que tenha sido decidido pela sua não entrega ao Tribunal Penal Internacional.¹⁷⁰

¹⁶⁹ PL 301/2007. Disponível em www.camara.gov.br. Acesso em 16/10/07.

¹⁷⁰ PL 301/2007. Disponível em www.camara.gov.br. Acesso em 16/10/07.

Claro, portanto, que a proposta brasileira é no sentido de que a aplicabilidade das disposições do Estatuto de Roma atinjam a todos aqueles que se encontrem em território brasileiro, e tenham cometido crime em território nacional ou em território estrangeiro.

Em que pese o projeto de lei 301/07 se destinar a permitir o julgamento em território nacional dos indivíduos que cometam crimes de competência do TPI, por não poderem ser extraditados ou entregues ao TPI, permite concluir que existiria uma diferenciação entre o procedimento de extradição e o suposto ato de entrega ao TPI.

Além disso, veicula disposição de força afirmando que o Brasil não pode se negar a cooperar em qualquer hipótese alegando ausência de procedimentos internos que regulamentem a execução da medida.

Ao tratar das regras de cooperação internacional, normatizou o seguinte:

Art. 26. A cooperação em hipótese alguma poderá ser negada sob o fundamento de inexistência de procedimentos internos que regulamentem a execução da medida solicitada.

Ora, em que pese toda a possibilidade que a conveniência atribuída aos atos do Poder Executivo o permitam traçar a política externa, de forma desconexa da realidade jurídica nacional ignora as posturas do Pretório Excelso e aduz que o país está preparado para arcar com pactos internacionais cuja interpretação em um primeiro plano é inconstitucional.

Ratifica tais argumentos a previsão do artigo 27, quando se reporta ao ato de entrega, demonstrando que o ato das autoridades locais seria uma mera rotina burocrática:

Art. 27. As autoridades brasileiras, verificando que o pedido de prisão e entrega atende aos requisitos do art. 91 do Estatuto de Roma, farão expedir o mandado de prisão.¹⁷¹

¹⁷¹ PL 301/2007. Disponível em www.camara.gov.br. Acesso em 16/10/07.

6.2.1 Equívocos do projeto

Em que pese ser absolutamente verdadeira a necessidade de aprovação do projeto de lei para que a lei penal brasileira tenha previsão dos crimes do rol do Estatuto de Roma, fica claro que o Legislador brasileiro não alcançou as dimensões exatas da problemática, tanto é assim que ao invés de minorá-la está a reforçá-la.

Primeiramente porque ao prever a aplicação do Estatuto de Roma a todos, indistintamente, inclusive a brasileiros, revela que não há exceção estabelecida pelo novo regramento, o que guarda coerência com o Estatuto de Roma que não admitiu ressalvas, entretanto, ao consagrar as medidas de cooperação para efetivação das disposições, consolida a noção de entrega.

Sobre o conceito de extradição, manifestou-se Cezar Bitencourt, corroborando o pensamento de Accioly:

Extraditar significa o ato de entregar a outro país um indivíduo, que se encontra refugiado, para fins de ser julgado ou cumprir a pena que lhe foi imposta. Em outros termos, extradição é “o ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo acusado de fato delituoso ou já condenado como criminoso à justiça de outro Estado competente para julgá-lo e puni-lo”.¹⁷²

Sobre o tema da entrega extradicional de brasileiros natos, já se posicionou o Colendo STF:

E M E N T A: HABEAS CORPUS - IMPETRAÇÃO CONTRA O MINISTRO DA JUSTIÇA - WRIT QUE OBJETIVA IMPEDIR O ENCAMINHAMENTO, AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DE PEDIDO EXTRADICIONAL FORMULADO POR GOVERNO ESTRANGEIRO - INAPLICABILIDADE DO ART. 105, I, "C", DA CONSTITUIÇÃO - COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – PEDIDO CONHECIDO. – (...) PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO DE HABEAS CORPUS, POR EFEITO DE PERDA SUPERVENIENTE DE SEU OBJETO. - A ocorrência de fato processualmente relevante - denegação, pelo Governo brasileiro, de encaminhamento do pedido de extradição, por reputá-lo inadmissível - gera situação de prejudicialidade da ação de hábeas corpus, por perda superveniente de seu objeto. **A formal recusa do Governo brasileiro** em fazer instaurar, perante o Supremo Tribunal Federal, processo extradicional contra pessoa constitucionalmente qualificada como titular de nacionalidade brasileira primária (CF, art. 5º, LI), não obstante a existência, no caso, de

¹⁷² BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 4.ed. – São Paulo: Saraiva, 2007, 27 p.

típica hipótese de conflito positivo de nacionalidades (CF, art. 12, § 4º, II, "a"), impede - considerada a superveniência desse fato juridicamente relevante [...] **IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL ABSOLUTA DE EXTRADITAR-SE BRASILEIRO NATO E POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL DA LEI PENAL BRASILEIRA A FATOS DELITUOSOS SUPOSTAMENTE COMETIDOS, NO EXTERIOR, POR BRASILEIROS** - CONSIDERAÇÕES DE ORDEM DOUTRINÁRIA E DE CARÁTER JURISPRUDENCIAL. - O brasileiro nato, quaisquer que sejam as circunstâncias e a natureza do delito, não pode ser extraditado, pelo Brasil, a pedido de Governo estrangeiro, **pois a Constituição da República, em cláusula que não comporta exceção, impede, em caráter absoluto, a efetivação da entrega extradicional daquele que é titular,** seja pelo critério do "jus soli", seja pelo critério do "jus sanguinis", **de nacionalidade brasileira primária ou originária.** [...] - Se a extradição não puder ser concedida, por inadmissível, em face de a pessoa reclamada ostentar a condição de brasileira nata, **legítimar-se-á a possibilidade de o Estado brasileiro, mediante aplicação extraterritorial de sua própria lei penal** (CP, art. 7º, II, "b", e respectivo § 2º) [...] A perda da nacionalidade brasileira, por sua vez, somente pode ocorrer nas hipóteses taxativamente definidas na Constituição da República, **não se revelando lícito, ao Estado brasileiro, seja mediante simples regramento legislativo, seja mediante tratados ou convenções internacionais, inovar nesse tema, quer para ampliar, quer para restringir, quer, ainda, para modificar os casos autorizadores da privação - sempre excepcional - da condição político-jurídica de nacional do Brasil.**¹⁷³ (sem grifos)

De igual sorte, rejeitou pleitos de extradição de brasileiros naturalizados, mesmo diante da possibilidade constitucional.

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM EM EXTRADIÇÃO. BRASILEIRO NATURALIZADO. CERTIFICADO DE NATURALIZAÇÃO EXPEDIDO. ART. 5º, LI, CF/88. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE PROVAS. INEXTRADITABILIDADE. 1. Esta Corte firmou entendimento no sentido de impossibilitar o pleito de extradição após a solene entrega do certificado de naturalização pelo Juiz, salvo comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei. 2. A norma inserta no artigo 5º, LI, da Constituição do Brasil não é regra de eficácia plena, nem de aplicabilidade imediata. Afigura-se imprescindível a implementação de legislação ordinária regulamentar. Precedente. 3. Ausência de prova cabal de que o extraditando esteja envolvido em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Possibilidade de renovação, no futuro, do pedido de extradição, com base em sentença definitiva, se apurado e comprovado o efetivo envolvimento na prática do referido delito. Questão de ordem resolvida no sentido de indeferir o pedido de extradição.¹⁷⁴ (sem grifos)

Ademais, de se recordar que o STF consagrou em adotar o sistema belga nos procedimentos extradicionais, onde há uma análise dos pedidos, respeitada a conveniência do solicitante, sem no entanto abrir mão da soberania brasileira ao

¹⁷³ HC 83113 QO. Rel. Min. CELSO DE MELLO. Julgamento dia 26/06/2003. Publicado no DJ em 29/08/03. Disponível em www.stf.gov.br/jurisprudencia. Acesso em 31/05/06.

¹⁷⁴ Ext. 934. Rel. Min. Eros Grau. Julgamento dia 29/09/2004. Disponível em www.stf.gov.br/jurisprudencia. Acesso em 16/10/07.

fazer valer suas regras e princípios internos para só então deferir o pleito, conforme revela o julgamento da Ext 541, demonstrando que deve existir respeito aos requisitos postos pela lei brasileira:

No 'sistema belga', a que se filia a lei brasileira, os limites estreitos do processo extradicional traduzem disciplina adequada somente ao controle limitado do pedido de extradição, no qual se tomam como assentes os fatos, tal como resultem das peças produzidas pelo Estado requerente [...]¹⁷⁵

Em linhas gerais, significa dizer que o projeto de lei 301/2007, embora seja relevante do ponto de vista de tornar viável a implementação do TPI pelas autoridades brasileiras, equivoca-se ao colaborar para a manutenção do equívoco semântico fruto da diferenciação entre extradição e entrega, sem apresentar solução para a violação do princípio constitucional existente.

Ao maximizar tal conflito decorrente da assunção de compromisso em descompasso com o princípio interno, coloca o STF em condição delicada uma vez que a única saída juridicamente adequada e coerente segundo a própria jurisprudência do Tribunal, será rever seus julgados, acolhendo a máxima do peso conforme apontado ao longo do presente estudo, revendo o entendimento da inextraditibilidade absoluta, entendendo que há tal possibilidade diante dos novos paradigmas civilizatórios.

Assim, a existência de posicionamentos no sentido de criar uma diferenciação entre os institutos da extradição e da entrega de nacionais às jurisdições alienígenas como mera diferenciação conceitual não é uma saída de base científica, capaz de justificar a mudança do silogismo.

Por óbvio a criação de categorizações não agrada aos que cultuam e estudam as relações jurídicas, seja sob o ponto de vista do direito internacional, seja constitucional.

Ora, entregar não seria uma característica inerente à extradição? Nesta não há o atendimento a um pedido de jurisdição alienígena de ceder a custódia do extraditando ao estado solicitante? Como seria este instituto da entrega? Qual a sua

¹⁷⁵ Ext. 541. Rel. Min. Néri da Silveira. Julgamento dia 07/11/1992. Disponível em www.stf.gov.br/jurisprudencia. Acesso em 16/10/07.

natureza jurídica? Qual a sua finalidade sem que seja para atender a um pedido de Tribunal Internacional que está processando ou desejando cumprir a pena de um réu?

Portanto, tais definições parecem forçar desnecessariamente uma barra que gera impressões de atecnicismo e medo de realizar uma interpretação conforme a essência da Constituição Federal que tem dentre seus escopos primordiais a cooperação internacional.

6.2.2 Da negativa de jurisdição adequada

Outro fato que vale observação é que a legislação pátria consagra outro princípio que vem sofrendo mitigação constante, qual seja o do Juízo Natural.

Quanto a tal pressuposto elementar de um sistema jurídico, manifestou-se a CF/88 no mesmo artigo 5.:

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

Ora, se por meio de um pacto o país reconhece a existência e validade de uma Corte Internacional com jurisdição específica, não pode ela ser recusada, sequer por meio de ressalva existente quando foi assinado o pacto perante a Assembléia reunida para a elaboração do Estatuto de Roma, isto porque tal Tratado não foi passível de ressalvas.

Interpretação diversa levaria, portanto, à violação da jurisdição penal competente, sendo que faria surgir outra fonte de inconstitucionalidade, eis que a lei interna que gera a norma de repetição do Estatuto de Roma e seus tipos penais, estaria criando jurisdição diversa daquela aceita pelo Brasil enquanto signatário do Estatuto de Roma, criador dos tipos e definidor da competência da Corte Penal Internacional.

Antônio Scarance Fernandes discorre em seu livro *Processo Penal Constitucional*, o seguinte:

É com essa garantia que fica assegurada a imparcialidade do juiz, vista não como atributo do juiz, mas como pressuposto da própria existência da atividade jurisdicional. Com isso, a garantia não é mais enfocada em face do conceito individualista de garantia da parte, mas como garantia da própria jurisdição.

Logo, diante de tal assertiva, temos que o juiz natural é um atributo do exercício jurisdicional, ou seja, um instituto de aplicabilidade muito mais ampla, uma vez que não tem destinação individual, mas sim coletiva e indeterminada, para todos que necessitem de sua proteção, em especial na preservação de bem jurídico de interesse coletivo.

Tal assertiva, por óbvio, se faz dentro de um contexto em que seja previsto a não aceitação da extradição para fins de entrega ao TPI, uma vez que em tal caso, inviabilizada a jurisdição do Tribunal, embora ainda passível de aplicação da extraterritorialidade da lei brasileira, o que seria um golpe na proposta de uma Justiça Penal Internacional.

CONCLUSÕES

O presente trabalho, teve como norte a cientificidade das apreciações rumo à respostas para a problemática apresentada. Certo é que não existe uma certeza de como a situação se resolverá no plano empírico, especialmente porque há uma dependência de procedimentos legislativos e jurisdicionais.

Desta forma, buscou-se demonstrar um perfil do instituto da extradição, notadamente sob sua forma passiva, a qual estaria diretamente relacionada com a indagação feita.

Foi essencial o desenvolvimento de consultas, em paralelo ao estudo doutrinário, do perfil jurisprudencial definido ao longo dos anos, notadamente acerca da extradição de brasileiros, eis que desde a ordem constitucional de 1934 restou vedada expressamente.

Necessário, ainda, uma breve passagem sobre o Tribunal Penal Internacional, seus antecedentes e sua contextualização atual, de forma a permitir a compreensão do panorama em que se encaixa o pleito da entrega de nacionais para fins de julgamento pelo TPI.

Abordou-se, também, a sistemática de incorporação dos Tratados Internacionais ao direito interno, notadamente com a explanação das teorias vislumbradas, destacando-se a corrente adotada pelo Supremo Tribunal Federal, a qual norteou uma série de considerações posterior, como linha de desdobramento natural do pensar crítico.

Desta feita, adentrou-se ao ponto central do trabalho, apreciando-se a questão dos direitos fundamentais, seu perfil, sua edificação. A partir daí, desenvolvendo-se atividade de balanceamento do instituto posto no plano interno em comparação com o veiculado no plano internacional, constatou-se relevante choque de normas de direito fundamental com caráter de princípio, o qual, tratado sob a teoria de Robert

Alexy, procurou-se estabelecer forma de solução para a colisão de princípios identificada.

Neste interregno, desenvolveram-se estudos de direito constitucional comparado, bem como apreciação detalhada acerca da proteção dos bens-jurídicos penalmente relevantes, absorvidos a partir das normas protetivas veiculadas pelo Estatuto de Roma.

Realizada ainda, pesquisa de cunho exploratório, onde foram apreciados os pedidos de extradição realizados por diversos Estados ao Brasil, sendo que a coleta de dados foi realizada diretamente nos arquivos do STF, uma vez que indisponíveis tais dados por meio eletrônico, sendo que o referencial foi a descoberta da Lei 2.416 de 1911, a qual permitia expressamente a extradição de nacionais, sendo que tal autorização legal perdurou até 1934, com a promulgação da Constituição Federal, a qual expressamente vedou tal prática extradicional.

Por fim, apreciou-se a solução atualmente em trâmite perante o Congresso Nacional, via incorporação de legislação ao ordenamento interno, tipificando as condutas do Estatuto de Roma, eis que até o momento atípicas em nosso ordenamento, o que impediria por si a adoção dos instrumentos de cooperação ou mesmo a aplicação extraterritorial da lei brasileira.

Fato é que entendo que seria de grande valia para a comunidade jurídica, se em algum momento o Colendo STF vier a se deparar com a necessidade de apreciar um pedido de “entrega” de cidadão brasileiro para fins de julgamento perante o TPI.

Sem dúvida, será oportunidade concreta para que as assertivas lançadas para reflexão no presente estudo se mostrem presentes, e assim, o pretório excelso manifeste-se conclusivamente sobre a natureza jurídica do ato extradicional para fins de submissão ao crivo do TPI, consolidando ou não a natureza jurídica de direito fundamental da previsão do art. 5º, inciso LI, da Constituição Federal.

Particularmente, quer me parecer que dentro de uma perspectiva atual, onde a composição da Corte se revela predominantemente garantista, há uma inequívoca

tendência a se assegurar a inextraditibilidade dos nacionais, afastando-se assim a argumentação decorrente do Estatuto de Roma, de que a entrega para o TPI não caracterizaria o ato extradicional em sua essência, vedado pela CF/88.

Registre-se ainda que o PL 301/2007, encontra-se atualmente sob apreciação da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara, se sorte que análogas situações devem ser apreciadas em tal âmbito.

A não aceitação do artigo 102, do Estatuto de Roma, não representa, por tudo aqui exposto uma mera picuinha com o instituto da entrega, mas verdadeiramente uma forma de proteção aos direitos ditos fundamentais.

Se assim não pensarmos, há risco real para que direitos erigidos à condição de cláusula pétrea sejam banidos do ordenamento sem qualquer cuidado, sem qualquer conduta protetiva do direito estabilizado, em especial pelo fato de que a grande maioria decorre do Poder Constituinte Originário.

É notório que o que se acerta no âmbito de Tratados Internacionais o é feito por meio de integrantes do Poder Executivo, sendo que no caso do TPI, a aprovação pelo Congresso acabou sendo mera formalidade, eis que não se debateu o Tratado como merecia, já que não comportava ressalvas.

Ora, ou o aprovava integralmente ou o rejeitava, o que seria retrocesso ainda maior. Mas o problema surgiu, e assim necessária uma interpretação que harmonize os preceitos fundamentais, de forma que seja capaz o atendimento aos anseios da comunidade internacional, atrelado ao respeito aos direitos e garantias fundamentais, os quais devem ser objeto de permanente atividade de vigilância do legislador, e em especial, dos juristas brasileiros, sendo que as lições de Robert Alexy foram elucidativas para a solução da colisão de princípios fundamentais.

Lembre-se, por necessário as palavras de Pedro Caieiro¹⁷⁶, acerca das normas de interesse da comunidade internacional, a partir das quais a conjugação resulta que os Estados têm o dever de introduzir no seu direito interno mecanismos que possibilitem aquela cooperação plena.

Mesmo com problemas, a instituição do TPI representou um avanço no combate aos crimes que agridam bens-jurídicos de interesse de toda a coletividade internacional, de forma que devem ser levadas em conta as palavras de Rezek.

Se esse tribunal, por sua própria iniciativa, quisesse fazer algo de heróico, mesmo assim não conseguiria. Aquilo de que todos dependemos é uma mudança no quadro internacional, que é o pior de toda a história da raça humana. Nunca antes, em nenhum momento da história da humanidade, o direito foi tão assumidamente violado. O direito internacional e a ONU foram jogados de lado para que prevaleça uma política de poder. Sem nenhum respeito pelo ideal de justiça e pela vida humana. Nunca se derramou tanto sangue humano à revelia do direito como neste momento da história, e de modo tão transparente.¹⁷⁷

Segundo o coordenador da ONU, integrante do Escritório das Nações Unidas contra as Drogas e Crime (UNODC), Reiner Pungs, “*a globalização e as novas tecnologias, paradoxalmente, criaram as mesmas oportunidades tanto para criminosos quanto para atividades legais*”. A nova criminalidade, distinta da criminalidade tradicional, entre outros aspectos, pelo uso da tecnologia, da organização empresarial com infiltração no corpo estatal e por métodos de inteligência de contra-inteligência, demanda dos operadores do Direito uma nova postura.

Desta forma, parece absolutamente claro que a cooperação internacional, mitigando-se antigos paradigmas é imperiosa ao cenário de globalização em que os estados partes se encontram.

A restrição ao pleito do Tribunal Penal Internacional para a efetivação da entrega de nacionais à Corte, mostra uma necessidade imperiosa de revisão de uma pseudocláusula pétrea, fato que levaria à quebra da finalidade da existência de

¹⁷⁶ CAIEIRO, Pedro. O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no Direito Português. In: Moreira, Vital. et al. **O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 72.

¹⁷⁷ REZEK, Francisco. **Lei internacional vive era mais sombria da história, diz juiz da ONU**. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u105046.shtml>. Acesso em 30/02/2007.

organismo destinado ao julgamento de delitos transnacionais de maior gravidade, notadamente o rol do TPI, onde são apontados o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes de agressão.

A atualidade do problema versado foi verificada sobretudo por conta da ratificação recente do tratado, o que levará a sua efetividade, a qual poderá sofrer grave revés se as nações que aderiram ao Tratado Internacional, aprovaram o texto do Estatuto de Roma, e depositaram as ratificações, não reavaliarem suas posturas em face da vedação da entrega de nacionais, colocando em risco a própria existência da Corte e ainda, o risco para as relações internacionais eis que estarão se colocando em uma posição de poderem sofrer sanções internacionais graves por descumprimento.

De todo o exposto, porém, percebeu-se que uma vez readequados os princípios em colisão, em especial pelo direito interno, há possibilidade de uma leitura diversa da atualmente adotada, em prol da defesa de interesses mais amplos, que seria o respeito à vontade de uma coletividade maior, justamente a comunidade internacional, cujo interesse de paz e tranquilidade também se vislumbram como reais e plausíveis na medida em que o terror e os delitos de conotação transnacional aumentam na proporção da velocidade de avanço das modernas tecnologias da comunicação, sem querer de forma alguma sustentar mudança no controle jurisdicional para fins da extradição atualmente desenvolvido pelo Poder Judiciário.

Muito embora todas as conclusões tenham buscado solução tomando como referência as decisões atuais do colendo STF, o sentimento que decorre de todo o estudo é o de que a vedação à extradição de nacionais para julgamento ou cumprimento de pena perante o Tribunal Penal Internacional, ou mesmo perante Tribunal de Estado estrangeiro representa uma posição de retrocesso frente aos avanços da modernidade.

Apesar de muitos entenderem que é fonte absoluta de proteção a direito fundamental, me parece que a proteção se mostra muito mais efetiva a partir de um controle rigoroso pelo Estado-pátria do cidadão, no caso brasileiro por meio do STF,

em concedê-la mediante o estrito cumprimento dos requisitos para a concessão de qualquer extradição.

Esta sim assegura o respeito à esfera mínima de proteção, eis que se o propósito internacional é evitar a impunidade, não é se restringindo a extradição de seus nacionais que se estará efetivando Justiça.

Resta claro que a extraterritorialidade das legislações penais de cada país são inaplicáveis às situações concretas, demandando enorme entrave burocrático, levando aí sim, à vexatória situação de impunidade, em especial por países com clara fragilidade em suas instituições, como ainda o é o Brasil.

Ademais, neste sentido, uma vez acolhida a tese de que não merece albergue constitucional a temática da vedação à extradição de nacionais, restando toda a regulamentação das condições para sua realização no plano infra-constitucional, creio, por certo, que a competência para seu processamento deveria ser totalmente deslocada para o Colendo Superior Tribunal de Justiça, embora, por motivos óbvios, desprovido de competência atualmente para tal fim, eliminando-se tal encargo que hoje infla as atribuições do guardião da Carta Fundamental.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**. Tradução da 1ª. Edição brasileira coordenada por Alfredo Bosi; revisão da tradução dos novos textos Ivo Castilho Benedetti – 4ª. ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2003, 1014 p..

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, 528 p.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Luís Afonso Heck (Trad.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, 166 p.

_____. **Teoría de los derechos fundamentales**. Ernesto Garzón Valdes (Trad. para castellano). 1.ed. 3ª reimp. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, 607 p.

AMBOS, Kai.et MALARINO, Ezequiel. **Persecução penal internacional na América Latina e Espanha**. Trad. e org/ IBCCRIM. São Paulo. IBCCRIM. 2003. 271 p.

BAZELAIRE, Jean-Paul et CRETIN Thierry. **A justiça penal internacional: sua evolução, seu futuro de Nuremberg a Haia**. Luciana Pinto Venâncio (trad.) Barueri, SP: Manole, 2004, 260 p.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução: J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. 2.ed. São Paulo: RT, 1999, 149 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. 1, 807 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 17 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. 805 p.

BORGES, José Souto Maior. **Curso de Direito Comunitário**. – São Paulo: Saraiva, 2005, 680 p.

BRASIL. **Código Penal, Processo Penal e Constituição Federal**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007, 968 p.

_____, **Constituição [da] República Federativa do Brasil - 1934**. Disponível em www.planalto.gov.br/constituções. Acesso em 10/10/07.

_____, **Constituição [da] República Federativa do Brasil - 1946**. Disponível em www.planalto.gov.br/constituções. Acesso em 10/10/07.

_____, **Constituição [da] República Federativa do Brasil - 1967**. Disponível em www.planalto.gov.br/constituções. Acesso em 10/10/07.

_____, **Constituição [da] República Federativa do Brasil - 1969**. Disponível em www.planalto.gov.br/constituções. acesso em 10/07/07.

_____. **Constituição [da] República Federativa do Brasil - 1988**. 12.ed.. São Paulo: RT, 2007.

_____, Decreto nº 4.388 de 25 de setembro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Poder Executivo, Brasília, DF, 26 de set. 2002.

_____. **Lei nº 6.815 de 19 de agosto de 1980**. Publicado no DOU em 21/08/80. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/QUADRO/1960-1980.htm. Acesso em 05/10/06.

_____. Ministério da Justiça. **Departamento de Medidas Compulsórias**. Disponível em <www.mj.gov.br/data/Pages>, acesso em 16/10/2007.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Extradição**. Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência. Brasília: STF, 2007, 158 p..

_____. Supremo Tribunal Federal. Pedido de Extradição no. 960-5. . Relator: Marco Aurélio. 01 ago. 2005. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 25. nov. 2005.

_____. Informativo do Conselho da Justiça Federal de 17/09/2003 (versão da internet: <www.cjf.gov.br>). Acesso em 24. nov 2005.

BRIGGS, Arthur. **Extradição de Nacionaes e Estrangeiros: comentários e informações sobre a Lei n. 2.416 de 28 de junho de 1911**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1919, 143 p.

CAETANO, Marcello. **Manual da Ciência Política e Direito Constitucional**. 6.ed. Reimpressão. Tomo I. Coimbra: Almedina. 1996, 405 p.

CAIEIRO, Pedro. O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no Direito Português. In: Moreira, Vital. et al. **O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 69-157

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed.-3ª reimp. Coimbra-Portugal: Almedina, 2006, 1524 p.

CERVINI, Raul et TAVARES, Juarez. **Princípios de cooperação judicial penal internacional no protocolo do mercosul**. Trad. do original em espanhol da primeira parte de Raul Cervini, e as notas atinentes a legislação brasileira e comunitária Prof. Marcelo Caetano Guazzelli Peruchin. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. 231 p.

CHOUKR, Fauzi Hassan et AMBOS, Kai.(org.) **Tribunal penal internacional**. São Paulo. Revista dos Tribunais.2000.484 p.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789, obtida em http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/legislacao-pfdc/docs/declaracoes/declar_dir_homem_cidadao.pdf, acesso em 12/06/2007.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948, obtida em http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 12/06/2007.

DELMAS MARTY, Mireille. **Os grandes sistemas de politica criminal**. Denise Radanovic Vieira (trad.), São Paulo. Manole. 2004. 562 p.

ESPANHA, Constituição Federal da República . Promulgada em 29/12/78. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.es/constitucion/consti03.html#capit1>. Acesso em 10/11/2007.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4 ed rev.atual. e amp. São Paulo.Revista dos Tribunais.2005. 396 p

FERNANDES, David Augusto. **Tribunal Penal Internacional: a concretização de um sonho**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 541 p.

GOMES, Luiz Flavio et PIOVESAN, Flavia.(coord.). **O sistema de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2000. 466 p.

GONCALVES, Joanisval Brito. **O tribunal de Nuremberg 1945-1946**. A gênese de uma ordem no direito internacional. 2 ed.- rev e amp. Rio de Janeiro. Renovar. 2004. 385 p.

HABERMAS, Jurgên. **Era das transições**. Tradução e introdução de Flávio Siebenechler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 222 p.

HASSEMER. Winfried, **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Pablo Rodrigo Alflen da Silva (trad) 2 ed. alemã rev/amp.Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris editor. 2005. 456 p.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional na República Federal da Alemanha**. Traduzido da 20.ed. alemã por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 235.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, Título II, Cap. 3, p. 212.

ITÁLIA, **Costituzione della Republica Italiana**. Promulgada em 22/12/47. Disponível em <http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>. Acesso em 10/11/2007.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. **Teoria da Constituição**. Vitória: 2003, 249 p.

_____. **O conceito de princípios na teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy**. Vitória, 37 p.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Traduzido por José Lamago. 4 ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian. 2005. 727 p.

LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães. **A relação extradicional do direito brasileiro**. Belo Horizonte. Del Rey. 2001. 257 p.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal**. Uma avaliação de novas tendências politico-criminais. São Paulo. IBCCRIM. 2005. 236 p.

MAIA, Marrielle. **Tribunal Penal Internacional**. Aspectos institucionais, jurisdição e principio da complementaridade. Belo Horizonte. Del Rey. 2001. 262 p.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos humanos constituição e os tratados internacionais**. Estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira. São Paulo. Juarez de Oliveira. 2002, 422 p.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, V.2, p. 1024.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, 1364 p.

MÉXICO, **Constituição Federal da República** . Promulgada em 05/02/17. Disponível em <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>. Acesso em 10/11/2007.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. Revista e actualizada. T. II - Constituição. Lisboa: Coimbra editora, 2003, 356 p.

_____. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Revista e actualizada. T. IV – Direitos Fundamentais. Lisboa: Coimbra editora, 2000. 563 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 10.ed. – São Paulo: Atlas, 2001, 822 p.

NUNES, Anelise Coelho. **A titularidade dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, 126 p.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2003. 160 p.

PORTUGAL, **Constituição Federal da República** . Promulgada em 03/04/76. Disponível em <http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal/SistemaPolitico/Constituicao>. Acesso em 10/11/2007.

PRADO, Luis Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**, 3 ed. rev. atual. amp. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2003, 120 p.

_____. **Elementos de Direito Penal**. São Paulo: RT, 2005, v. 1, 287 p.

REZEK, Francisco. **Lei internacional vive era mais sombria da história, diz juiz da ONU**. Em 28 de fevereiro de 2007 Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u105046.shtml>. Acesso em 30/02/2007.

ROYO, Javier Pérez. **Curso de Derecho Constitucional**. 9.ed. Madrid: Marcial Pons, 2003, 630 p.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais: Retórica e Historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, 432 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, 493 p.

SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. In: _____; GALDINO, Flávio (Organizadores). **Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.267-324.

SCHWABE, Jürgen. **Cinqüenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Organização e introdução Leonardo Martins. Berlim: Fundação Konrad –Adenauer-Stiftung, 2005, 993 p.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. Tratado Internacional veiculador do Estatuto de Roma, CONF. 183/9, em 17 de Julho de 1998. Disponível em <http://www.icc-cpi.int/>. Acesso em 18/09/2005.

VELOSO, Kleber Oliveira. **Brasil: Viés Extraditório**. Goiânia: edição do autor, 2004, 514 p.

ANEXOS

ANEXO A - Relatório de pesquisa empírica desenvolvida nos arquivos do STF, com dados tabulados.....	163
ANEXO B - Cópia de manifestação do MPF e acórdãos do STF de caráter histórico.....	172