

Extradição e Soberania Nacional

José Paulo Baltazar Junior

A soberania do Estado manifesta-se, entre outras formas, pela jurisdição, cujo exercício, até mesmo pela eventual necessidade de coerção, é limitada ao território nacional, muito embora a lei nacional possa, em certos casos, ser aplicada extraterritorialmente. Exatamente em decorrência dessa limitação, não chega a ser incomum que autores de crimes busquem abrigo no estrangeiro.

Em tais casos, a fim de viabilizar o exercício da jurisdição, o Estado poderá requerer a extradição, assim entendida a medida de cooperação jurídica internacional por meio da qual se dá a entrega às autoridades judiciárias de outro país daquele que lá tenha sido condenado ou esteja sendo processado. Caberá então ao Estado requerido, no exercício de sua soberania, deferir, ou não, a extradição.

Em sendo um procedimento adotado entre Estados soberanos, a extradição pode fundar-se, alternativamente, em tratado ou promessa de reciprocidade (EE, art. 76; Ext.1.077, Cármen Lúcia, 20.6.07).

Tradicionalmente, o procedimento da extradição passiva compreende duas fases, sendo a primeira, judicial, do exame da legalidade do pedido, que, no Brasil, compete ao STF, em caso de extradição passiva. O exame, na fase judicial, é de contenciosidade limitada (Ext. 932, Joaquim Barbosa, 13.9.07), ficando a matéria de defesa restrita aos pontos mencionados no § 1º do art. 85 do EE, a saber: “identidade da pessoa reclamada, defeito de forma dos documentos apresentados ou ilegalidade da extradição”. Não há lugar, então, para uma ampla discussão dos fatos e do direito aplicável, ficando a exceção por conta do caso do comprovado envolvimento do brasileiro naturalizado em tráfico de drogas, que demandará exame de prova (CF, art. 5º, LI).

Uma vez concedida ou autorizada a extradição pela autoridade judiciária, a efetiva entrega caberá ao Poder Executivo, a quem cabe a representação do Estado na comunidade internacional, sendo considerado um ato de soberania, subordinado ao juízo político do Poder Executivo (Ext. 1114, Cármen Lúcia, 12.6.08). O tema foi amplamente discutido no julgamento do *Caso Battisti*, quando o STF entendeu, por maioria, que o Presidente da República estaria vinculado *aos termos do Tratado*, contra quatro votos que reafirmavam o caráter absolutamente discricionário da entrega, como ato político, da alçada do Poder Executivo (STF, Ext. 1085, Peluso, Pl., m., 16.12.09).

Na fase judicial, a extradição passiva será negada nos casos indicados no art. 77 do

EE, segundo o qual o brasileiro nato não poderá ser extraditado, ainda que tenha optado pela nacionalidade brasileira no curso do processo de extradição (Ext.880-QO, Pertence, 18.3.04) ou tenha dupla nacionalidade originária (HC 83.113-QO, Celso de Mello, 26.6.03). Já o brasileiro naturalizado poderá ser extraditado: a) em caso de crime comum, praticado antes da naturalização (CF, art. 5º, LI; HC 87.219, Peluso, 14.6.06); b) em caso de tráfico de drogas (CF, art. 5º, LI).

O exame da dupla tipicidade, exigida pelo inc. II do art. 77 do EE, se dá de acordo com a essência do fato criminoso e de seus elementos estruturais e não de acordo com sua denominação, de modo que não impede a extradição a mera diversidade formal (Ext. 953, Celso de Mello, 28.9.05).

A exigência de pena mínima de um ano para concessão da extradição (EE, art. 77, IV) é evitar a aplicação do instituto, com todas as despesas e ônus daí decorrentes, a delitos de pouca gravidade (Ext. 937, Britto, 3.3.05).

O inc. V do art. 77 concretiza a vedação do *bis in idem*, ou do duplo risco. Embora o texto não o consagre expressamente, também não se concede a extradição, aplicando-se analogicamente o dispositivo citado, quando o extraditando já foi condenado pelo mesmo crime em um terceiro país (Ext. 688, Celso de Mello, 9.10.96). Dos incs. III e VI do art. 77 do EE se extrai um princípio da prevalência da jurisdição nacional, subordinado à existência de processo no Brasil (Ext. 419, 506). A exceção fica por conta dos processos relativos a tráfico de drogas cometido por estrangeiro, pois, em caso de condenação por modalidades distintas de tráfico de drogas, cujo tipo é misto alternativo, aplica-se o art. 36, II, a, I, da Convenção Única de Nova Iorque, sendo cada fato considerado um crime distinto (Ext. 1.009, Pertence, 19.10.06).

Para o exame da prescrição (EE, art. 77, VI), cujo reconhecimento implicará a denegação da extradição, aplicam-se as regras do Estado requerente *ou* do Brasil, sem aplicação combinada das partes mais favoráveis de ambas os regramentos (Ext. 925, Britto, 10.8.05).

É vedada, ainda, a extradição por crimes políticos (EE, art. 77, VII). Em relação aos crimes políticos mistos, ou seja, aqueles que configuram, igualmente, infração penal, comum, o critério da lei é o da preponderância (EE, art. 77, § 1º) ou da principalidade, cuja análise cabe ao STF (EE, art. 77, § 2º), podendo o Tribunal: “deixar de considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, sequestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social” (EE, art. 77, § 2º). Não será considerado crime político, igualmente, o genocídio (Convenção da ONU contra o Genocídio, art. 7º).

A recusa fundada na possível submissão a juízo ou tribunal de exceção (EE, art. 77,

VIII) é decorrência da aplicação da garantia do juiz natural, amplamente reconhecida tanto no plano interno quanto internacional. Por tribunal de exceção, para esse efeito, se entende não só aquele criado após os fatos, mas também aquele no qual não são respeitadas as garantias do devido processo (Ext. 524, Celso de Mello, 31.10.90).

Além dos fatos elencados no art. 77, também o fato de que exista uma expectativa de que os direitos fundamentais do acusado não serão respeitados no Estado requerente autorizam a negativa (Ext. 953, Celso de Mello, 28.9.05).

A orientação tradicional do STF era no sentido de que o reconhecimento da condição de asilado (Ext. 232, Victor Nunes, 9.10.61) ou refugiado não impedia a extradição. Mais recentemente, o art. 33 da Lei 9474/97 estabeleceu que: “O reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio” tendo sido a regra aplicada pelo STF (Ext. 1.008, Pertence, 21.3.07, *Caso FARC*). Por fim, o STF veio a afirmar a possibilidade de avaliação judicial da presença dos requisitos para a concessão do refúgio, podendo o Tribunal conceder a extradição quando entender que a decisão do Poder Executivo foi indevida (Ext. 1085, Peluso, Pl., m., 16.12.09, *Caso Battisti*), muito embora, ainda assim, a decisão final sobre a entrega caiba ao Presidente da República, considerados *os termos do tratado*.

Uma novidade de relevo na matéria é a previsão do instituto da entrega ao Tribunal Penal Internacional, regulado nos arts. 58, 59 e 90 do Estatuto de Roma. De acordo com o art. 102 do Estatuto de Roma, a entrega é um instituto diferente da extradição, de modo que as previsões do Estatuto devem ser consideradas lei especial em relação à legislação nacional que trata da extradição passiva. Mais que isso, no âmbito da entrega ao TPI não haveria espaço para um juízo discricionário por parte do Estado requerido, que, ao firmar o tratado, abriu mão do direito soberano de examinar, caso a caso, de modo discricionário, a procedência da entrega. Embora ainda não existam muitos casos de aplicação efetiva, parece encaminhar-se para o final a era em que ex-ditadores ou responsáveis por crimes contra a humanidade, crimes de guerra ou genocídio podiam contar com um tranquilo exílio após a queda.