

DIREITO EXTRADICIONAL

LEOPOLDO BRAGA

SUMÁRIO: 1 — Extradicação. Significado jurídico. Origem etimológica do termo. De quando data o seu uso oficial. 2 — Diversidade de definições. Confronto e crítica. 3 — A extradicação em face da doutrina penal. Princípios da territorialidade e da extraterritorialidade ou ultraterritorialidade da lei penal. 4 — Conceito jurídico da extradicação. Seus pressupostos. 5 — Problema da legitimidade ou ilegitimidade da extradicação. Controvérsias doutrinárias. 6 — Fundamento filosófico-jurídico da extradicação e justificativa de sua legitimidade. 7 — Resenha histórica. 8 — Posição técnico-científica da extradicação no quadro das ciências jurídicas. 9 — Extradicação e expulsão. Diferenças entre os dois institutos. 10 — Questões doutrinárias suscitadas em tema de extradicação. Teses da *obrigação (dever jurídico)* e do *ato facultativo*. 11 — Da competência para pedir a extradicação. Seus pressupostos e sua extensão. Regras do Código de Direito Internacional Privado e da legislação penal brasileira. 12 — Da competência em relação ao Estado requerido, ou de refúgio. Extensão e limites. 13 — Pessoas passíveis de extradicação. Situações especiais, concernentes à condição particular do refugiado, bem como à nacionalidade do extraditando. O princípio da *não-extradicação dos nacionais* do Estado requerido e as controvérsias a respeito suscitadas, na doutrina e na prática internacional. Posição do problema no Brasil, em face do nosso direito constitucional e das leis locais sobre extradicação. Opiniões favoráveis e contrárias à extradicação dos nacionais do Estado requerido. 14 — Ato passíveis de extradicação. Requisito da *importância e gravidade* deles. Exceções geralmente reconhecidas. *Crimes políticos*. Regras de direito internacional e de direito interno a respeito. 15 — Conceito de *crime político*. Elaboração doutrinária. Concepção jurídica belga: "*a cláusula de atentado*". Regras para a caracterização do *crime político*. Pronunciamentos de juristas estrangeiros e nacionais. 16 — Opiniões e juízos favoráveis ao princípio da *não-extradicação dos delinquentes políticos*. 17 — Opiniões e juízos contrários. 18 — Os chamados "*delitos políticos relativos*" ou "*infrações mistas*"; *crimes conexos* e *crimes políticos complexos*. Conceituação das espécies e distinção técnico-jurídica entre elas. Tendência para excluir da extradicação esses ilícitos penais. Divergências opinativas. Tentativas e fórmulas de conciliação. Sistema da *predominância* ou do *fato principal*. Orientação do direito brasileiro. 19 — Competência para determinar o caráter da infração. Regras do Instituto do Direito Internacional e do Projeto de Código do Direito Internacional Público de EPITÁCIO PESSOA. 20 — *Crimes militares*. *Delitos de imprensa e de opinião*. *Delitos especiais*. *Infrações fiscais*. 21 — Novas espécies ou categorias de infrações em face do direito extradicional. *Delitos anti-sociais*. *Crimes de guerra, contra a paz e contra a humanidade*. *Genocídio e colaboracionismo*. *Guerra psicológica e guerra revolucionária*. 22 — As hipóteses da *tentativa* e da *cumplicidade*. 23 — A questão de saber se é lícito ao Estado requerente julgar ou punir o extraditando por delito diverso do que motivou a extradicação. Sistemas francês, belga e norte-americano. Predominância da tese chamada "*da interpretação restritiva*", "*da especialidade*" ou "*do ato limitativo da extradicação*". 24 — Súmula e exame dos principais requisitos, condições ou pressupostos

para a admissibilidade da extradição. 25 — O processo da extradição. Questões de competência e jurisdição. Via diplomática e ação governamental direta. Sistema administrativo, sistema judiciário e sistema misto. Orientação jurídica brasileira. 26 — Atual legislação ordinária brasileira sobre extradição (Título VI do Decreto-lei n.º 941, de 13 de outubro de 1969 — arts. 87 a 103).

1 — *Extradição* (do latim *extraditio*: ação de levar de um lugar para outro), em seu significado jurídico, é o ato pelo qual o governo de um Estado entrega ao de outro, que o solicita, um indivíduo condenado ou apenas acusado pela prática de crime cometido no território deste último, a cuja jurisdição deve ser submetido para cumprimento de pena ou processamento criminal.

No que concerne à etimologia do vocábulo, opinara NICOLINI que o mesmo se teria derivado de *extra dictionem*, ou seja *jurisdictio extra territorium*. Julga, no entanto, PESSINA que melhormente se deverá havê-lo como derivado de "*ex traditione*" ou seja *traditio extra territorium*.

O uso da palavra "*extradição*" data de época não remota na história do direito. Segundo informa CALVO, é uma expressão moderna; e diz MANUEL J. SIERRA, que o termo teria sido empregado, pela primeira vez, em documento oficial, pelos franceses, num decreto de 1791 (1).

2 — Muitas são as definições que desse instituto jurídico têm sido formuladas pelos autores — penalistas e internacionalistas — estrangeiros e nacionais.

Na definição de GARRAUD a extradição "é o ato pelo qual um Estado, em cujo território se refugiou um condenado ou acusado, de outro país, o entrega ao Estado que tem competência para julgá-lo ou puni-lo" (2). Segundo CALVO, "é o ato pelo qual um governo entrega um indivíduo acusado de um crime ou delito cometido fora de seu território, a um outro governo, que o reclama para fazê-lo julgar e punir" (3). Em sua clássica definição, considera BEAUCHET a extradição "o ato pelo qual um Estado entrega a outro Estado, competente para julgá-la e puni-la, uma pessoa iniciada ou reconhecida culpada de uma infração cometida fora do território onde se refugiou" (4). Conceitua-a COELHO RODRIGUES como sendo "o ato de vontade soberana de um Estado que entrega à justiça repressiva de outro Estado um indivíduo, por este perseguido e reclamado, como acusado ou já condenado por determinado fato sujeito à aplicação da sua lei penal" (5). No entendimento de GALDINO SIQUEIRA a extradição se pode definir como o ato pelo qual "o Estado entrega um indivíduo, indiciado, pronunciado ou con-

(1) CARLOS CALVO, *Le Droit International Théorique et Pratique*, 5.^a ed. franc., Paris, 1896, vol. 2.^o, pág. 453, nota 1; MANUEL J. SIERRA, *Tratado de Derecho Internacional Público*, México, 1947, pág. 193.

(2) R. GARRAUD, *Compêndio de Direito Criminal*, trad. port. de A. T. Menezes, Lisboa, 1913, vol. 1.^o, pág. 154.

(3) CARLOS CALVO, op. cit., vol. 2.^o, pág. 453.

(4) BEAUCHET, *Traité de l'Extradiction*, Paris, 1899, pág. 453.

(5) MANOEL COELHO RODRIGUES, *A Extradição no Direito Brasileiro e na Legislação Comparada*, Rio de Janeiro, 1930, vol. 1.^o, pág. 3.

denado por infração da norma penal, a um outro Estado, espontaneamente, ou mediante reclamação d'este, porque é competente para julgá-lo e puni-lo" (6). Ensina JOSÉ MENDES que "extradição é o ato pelo qual o Estado, em cujo território está refugiado um condenado ou um inculgado, entrega-o ao Estado que tem competência para fazê-lo cumprir a pena ou processá-lo e julgá-lo" (7). LOUIS CAVARÉ opina que "l'extradiction constitue une procédure pénale internationale inspirée par la solidarité interétatique, en vertu de laquelle, l'État livre à un autre État un délinquant, ressortissant de ce dernier, qui se trouve sur son propre territoire" (8). No magistério de DIENA, a extradição pode definir-se como "o ato ou procedimento mediante o qual um Estado entrega um indivíduo, que se encontra em seu território e está acusado de determinado delito, ou foi por êle condenado, a outro Estado, que obtém ou aceita a entrega para julgá-lo ou fazer cumprir uma pena já pronunciada contra o mesmo" (9). Para FAUCHILLE, "l'extradition est l'acte par lequel un État livre à la justice répressive d'un autre État un individu que celui-ci poursuit ou réclame comme suspect ou déjà convaincu d'un fait tombant sous l'application de sa loi pénale" (10). Por sua vez, HILDEBRANDO ACCIOLY define a extradição como sendo "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 o julgar e punir" (11).

Como se vê, no plano das definições, a primeira divergência conceptual acêrca do instituto juridico-político da extradição, que se evidencia entre os autores, em geral, é a que concerne ao problema de ser, ou não ser, *condição* a êle inerente o prévio *pedido* ou *reclamação*, por parte do Estado competente interessado, para a entrega do extraditando. Muitos estudiosos, ao definirem a extradição, silenciam quanto a êsse requisito. Outros, como GIULIO DIENA, deixam subentendida a admissão da tese do ato de *entrega espontânea* do delinqüente por um Estado a outro Estado, que a "*aceita*" (*sic*). E há, ainda os que, como GALDINO SIQUEIRA, admitem e mencionam expressamente a *espontaneidade* do ato de entrega, por participarem da opinião de LANZA, segundo a qual "può accadere che il governo del paese, in cui un colpevole se è refugiato, di sua iniziativa lo faccia arrestare e ne offra la consegna allo Stato interessato, che l'accetta" (12). Há, finalmente, os que, ao revés, consignam, formal e explicitamente, em suas definições, a aludida *condição* do *reclamo* prévio, como acabamos de ver.

(6) GALDINO SIQUEIRA, *Direito Penal Brasileiro*, 2.^a ed., Rio de Janeiro, 1932, vol. 1.^o (Parte Geral), pág. 111.

(7) JOSÉ MENDES, *Direito Internacional Público*, São Paulo, 1913, pág. 403.

(8) LOUIS CAVARÉ, *Le Droit International Public*, Paris, 1951, vol. 1.^o, pág. 246.

(9) GIULIO DIENA, *Derecho Internacional Público*, trad. espanhola da 3.^a ed. italiana, por J. M. Trias de Bes y J. Quero Molares, Barcelona, 1932, pág. 342.

(10) PAUL FAUCHILLE, *Traité de Droit International Public*, 8.^a ed., Paris, 1922, vol. 1.^o, 1.^a parte, n.^o 455, págs. 987 a 990.

(11) HILDEBRANDO ACCIOLY, *Tratado de Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro, 1933, vol. 1.^o, pág. 516.

(12) LANZA, *Estradizione*, n.^o 1, pág. 24; BENTO DE FARIA, *op. cit.*, páginas 14/15.

Acorde com TRAVERS no acentuar o êrro das definições que desatendem ao registo dêsse "elemento primordial" — o pedido prèvio, — por considerar que "*il n'y a pas extradition lorsqu'un État, agissant spontanément, expulse ou refoule un individu*", sustenta BENTO DE FARIA que não deve ser aceita a tese da *espontaneidade* da entrega, porquanto a mesma altera profundamente a essência do instituto da *extradição*, inconfundível com o da *expulsão*; e aduz que a doutrina exata foi, entre nós, consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no Acórdão n.º 74, de 27 de janeiro de 1930, *in verbis*:

"Considerando que nos sistemas jurídicos como o nosso a extradição exige um *pedido prèvio*, formalmente manifestado, de modo claro, circunstância essa que não autoriza ao Estado a *espontaneidade* de ação..." (13).

COELHO RODRIGUES, por seu turno, critica a definição de BEAUCIET na parte em que alude à infração "*cometida fora do território onde se refugiou*", por considerar tais palavras supérfluas (14). A censura, como se vê, é de aplicar-se, por igual, à definição de CALVO.

3 — Conquanto na maioria das legislações penais contemporâneas, dos diferentes Estados, prepondere o sistema da *territorialidade* da lei penal, como atributo natural do *princípio da soberania*, observa-se, contudo, nas legislações mais modernas, uma acentuada predominância do sistema *misto*, que consiste, como explica o douto GALDINO SIQUEIRA, em temperar o princípio da *territorialidade* da lei penal com o de *nacionalidade* (ou *pessoal*) e com o princípio *real*.

Assim, a chamada *extraterritorialidade* da lei penal aparece e atua, como *exceção* à regra geral, em casos e situações especiais, por imperativos acateltórios do interesse nacional contra crimes praticados no estrangeiro, ou, ainda, como medida de interesse internacional, com o sentido de cooperação dos Estados, entre si, para o bom êxito da obra comum de repressão internacional à criminalidade.

Ensina o festejado penalista brasileiro que a tendência das nações modernas é a de ampliar a *ultraterritorialidade* da lei penal e acentua que a extradição vem a ser um dos meios por que se torna ela efetiva (15).

4 — Em explanação sôbre o *conceito de extradição*, assim se expressou, entre nós, ANOR BUTLER MACIEL, no seu livro especializado sôbre o assunto:

"Prevalece em direito penal, seja interno, seja internacional, o princípio da *territorialidade*, isto é, de que a lei penal é aplicável aos crimes praticados no território do Estado que a ditou.

Os casos de *extraterritorialidade* da lei penal são excepcionais, visando ao acateltamento contra os crimes praticados no estrangeiro, que ofendem interesses vitais dos Estados. Assim, ex-

(13) BENTO DE FARIA, *op. cit.*, pág. 15.

(14) COELHO RODRIGUES, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 5.

(15) GALDINO SIQUEIRA, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 111.

traordinariamente, as legislações penais modernas combinam o princípio da territorialidade com o princípio real ou da defesa, cogitando da punição de certos crimes praticados no estrangeiro.

Mas, em geral, cada Estado se declara competente para julgar e punir os autores de crimes cometidos em seu próprio território, seja qual for a nacionalidade do delinqüente.

Acontece, porém, que alguns criminosos, fugindo do processo penal ou da pena que lhes foi imposta, atravessam as fronteiras e buscam refúgio sob outras bandeiras. Em tais casos, modernamente, para evitar a impunidade, cooperando na luta universal contra o crime, convieram os Estados na entrega dos delinqüentes, para serem julgados. Tal cooperação internacional assumiu, nos últimos séculos, forma de direito e é praticada pelas nações civilizadas" (16).

O conceito jurídico de extradição, no dizer de JOSÉ MENDES, pressupõe, no Estado requerente, competência para processar e julgar o extraditando ou para fazê-lo cumprir a pena já imposta. Pressupõe também concurso de vontades dos dois Estados — requerente e requerido. Pressupõe, ainda, o reconhecimento do interesse recíproco de ambos os Estados na defesa mundial contra o crime. E implica, a seu ver, a *negação do direito de asilo* (17).

5 — No âmbito das especulações filosófico-jurídicas, muito têm discutido os juriconsultos acêrca da *legitimidade* da extradição, uns para negá-la, outros para afirmá-la. Os primeiros, conforme explica FAUCHILLE, levando ao extremo a idéia da proteção da liberdade humana, contestam a *legitimidade* da extradição, por julgarem que todo homem tem o direito de buscar um asilo onde melhor lhe convenha e de pôr-se ali a resguardo da justiça por êle ofendida, sem que o soberano do lugar dêsse asilo possa retirá-lo do mesmo. Para êsses, em cujo número se incluem LORD COKE, MÈGE, G. F. DE MARTENS, PINHEIRO FERREIRA, SAPEY etc., representaria um ato de barbárie perseguir-se em todos os cantos do mundo o culpado fugitivo da justiça. O Estado de refúgio nada tem que ver com as infrações cometidas nos outros países e não se deve ocupar senão dos crimes que atentem contra a sua ordem social, cumprindo-lhe, pois, respeitar a liberdade do estrangeiro fugitivo, contanto que êle próprio respeite as leis do país onde esteja refugiado; e não tornar-se cúmplice da nação estrangeira, ajudando-a a apoderar-se daquele a quem deseja punir. Mas essa opinião — remata aquêle eminente tratadista francês — é geralmente repelida. A legitimidade da extradição é admitida hoje pela maior parte dos publicistas. Já no século XVI a justificara BODIN; e no mesmo sentido se manifestaram GROTIUS, HEINECCIUS, BURLAMAQUI, VATTEL, etc. Nos tempos modernos é essa a doutrina geralmente abraçada pelos mais ilustres escritores, tais como BEAUCHET, BERNARD, BILLOT, BLUNTSCHLI, BOMBOY e GILBRIN, CALVO, DESPAGNET-DE BOECK,

(16) ANOR BUTLER MACIEL, *Extradição Internacional*, Rio de Janeiro, 1957, pág. 3.

(17) J. MENDES, *op. cit.*, pág. 403.

SAINT-AUBIN, VAZELHES, WEISS etc., embora não haja entre eles identidade de motivos e de argumentos para a sustentação de seus pontos de vista favoráveis ao princípio da legitimidade da extradição (18).

FABO JUNIOR invoca, outrossim, a opinião de BECCARIA, de ser a extradição um preventivo contra o crime, não dando esperança ao criminoso de achar um lugar em que encontre a impunidade; e salienta que quase todos os escritores modernos e contemporâneos são favoráveis a esse instituto, embora não estejam de acôrdo quanto ao seu fundamento (19). DIENA o reputa "o ato mais importante que os Estados civilizados realizam para prestar-se mutuamente ajuda na administração da justiça penal" (20). ACCIOLY opina que a legitimidade da extradição pode justificar-se: 1.º, por uma consideração de justiça, segundo a qual um individuo não tem o direito de subtrair-se às conseqüências do crime que houver cometido; 2.º, pelo dever de solidariedade dos Estados contra o crime; 3.º, pelo interesse que têm os Estados em que, por toda parte, a ordem social seja mantida, as leis sejam obedecidas, a justiça seja respeitada (21). O Marquês de OLIVART afirma que, já hoje, nenhum autor sério se atreve a negar em absoluto a possibilidade e a justiça da extradição (vale dizer, a sua legitimidade); mas apenas se permitem alguns afirmar que a decisão de concedê-la é completamente livre às nações, sem embargo de ser a concessão um ato de cortezia internacional (22).

6 — No que concerne ao fundamento da extradição — substrato moral ou politico-filosófico de sua legitimidade — delinam-se entre os autores várias concepções ou correntes doutrinárias.

Assim, na concepção de PASQUALE FIORE, esse fundamento reside no *dever moral* de assistência que vincula dois Estados entre si, na coexistência internacional, a fim de protegerem seus interesses comuns e a conservação da própria sociedade internacional. Observa que "os Estados, impelidos por tendências naturais e por necessidades recíprocas a viver em sociedade, são obrigados a praticar, uns para com os outros, tudo aquilo que possa ser necessário à saúde da sociedade e ao interesse comum". Após explicar que esse dever assume, em suas manifestações, formas mui variadas, que podem ser classificadas em categorias gerais, e torna até, em certos casos, obrigatória a assistência mútua, diz, mais além, o preclaro internacionalista: "Deve-se considerar como fundada nesse mesmo *dever moral* de assistência mútua a obrigação, que incumbe aos Estados, de entregar o malfeitor a seu juiz natural". Preleciona FIORE que, contrariamente à falsa idéia, outrora dominante, de que os Estados podiam viver indiferentes uns aos outros e seguir, sem perigo, uma política de isolamento e de egoísmo, em razão da qual a entrega dos malfeitores fugitivos de outros Estados não era considerada obrigatória, salvo nos casos em que a isso fôssem compelidos pelos ditames de

(18) FAUCHILLE, *op. cit.*, vol. 1.º, 1.ª parte, pág. 990.

(19) LUIZ P. F. DE FABO JUNIOR, *Direito Internacional Público*, 3.ª ed., Rio de Janeiro, 1960, pág. 224.

(20) DIENA, *op. cit.*, pág. 342.

(21) ACCIOLY, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 516.

(22) MARQUÊS DE OLIVART, *Derecho Internacional Público*, 5.ª ed., Madri, pág. 105.

um tratado, prevalece hoje a doutrina, a seu ver, mais verdadeira, de que, embora não possa um Estado *exigir* de outro a entrega de um malfeitor que se tenha refugiado em seu território, na falta de um tratado especial de extradição, todavia, o Estado em cujo território se acha o acusado tem o *dever moral* de não criar obstáculos à punição do malfeitor, e se acha, pois, na obrigação de puni-lo ou entregá-lo. Nestas condições, — conclui o ilustre professor da Universidade de Nápoles — a regra que deverá prevalecer é a seguinte: — “Todo Estado tem o *dever* de unir, em justos limites, sua ação à da autoridade estrangeira competente, prestando-lhe ajuda e assistência para a punição do malfeitor que tenha violado as leis do país que o reclama e cuja impunidade compromete a ordem e segurança geral” (23).

Semelhantemente, ainda outros tratadistas encaram a extradição como um dever fundado no *direito natural* e, pois, além e acima da letra dos tratados. Essa doutrina remonta a HUGO DE GROTIUS, fundador do direito internacional e do próprio direito público moderno, o qual, como refere CALVO, deduzindo da *lei natural* o dever, para as sociedades, de punir os crimes dos indivíduos, qualquer que seja o lugar onde tenham sido cometidos, criou uma *obrigação alternativa* para a nação ou para o soberano em cujo território se tenha refugiado um delinqüente: puni-lo ou entregá-lo a seus juizes naturais (24). A essa corrente se filia OLIVART: — “Nosotros, que afirmamos que la demanda de extradição se basa en un verdadero *derecho natural*, cremos que aunque no exista tratado, puede pedirse y debe concederse la entrega del delinqüente” (25).

Outros publicistas fundamentam a extradição em bases de natureza *positiva e contratual*, considerando-a um *dever internacional decorrente de tratados e acordos* nascidos do espírito de cooperação internacional. Assim, para FRANZ VON LISZT, a extradição de delinqüentes fugitivos, como ato de cooperação judicial internacional, é um *dever internacional* do Estado onde o delinqüente se refugia, sempre que *se baseie em tratados especiais ou noutros acórdos* (26). Segundo PAUL FAUCHILLE, a extradição se funda num *dever de direito internacional*, que condiciona o princípio da soberania à observância aos interesses dos outros Estados e à necessidade de cooperação entre todos eles para a boa administração da justiça penal (27).

Há, outrossim, os que, como STIEGLITZ, buscam o *fundamento* da extradição no *princípio da reciprocidade*, — opinião intimamente relacionada com o conceito de “*segurança mútua dos Estados contra o crime*” (“*assurance mutuelle des États contre les crimes*”), concebido, no dizer de CALVO, pelo ministro francês ROUHER, e que o clássico tratadista argentino também adota, embora opine que, no direito, a extradição é fundada, em princípio, na equi-

(23) PASQUALE FIORE, *Nouveau Droit International Public*, 2.^a ed. franc. trad. do italiano por Charles Antoine, Paris, 1885, vol. 1.^o, págs. 535, 548 e 549.

(24) CALVO, *op. cit.*, vol. 2.^o, pág. 454.

(25) OLIVART, *op. cit.*, pág. 106.

(26) FRANZ VON LISZT, *Derecho Internacional Público*, rev. por Max Fleischmann, ed. espanhola vertida da 12.^a ed. alemã por Domingo Miral, Barcelona, 1929, págs. 318-319.

(27) FAUCHILLE, *op. cit.*, vol. 1.^o, 1.^a parte, págs. 990, 991 e 993.

dade, mas, na prática, não é obrigatória, — distinção essa sobre a qual, a seu juízo, é que giram as controvérsias jurídicas (28).

À mesma corrente se filia GARRAUD: conquanto entenda que o princípio da extradição não necessita ser demonstrado, situa o seu fundamento no *interesse recíproco das nações*, que as conduz a entregar os criminosos aos seus juizes naturais, isto é, antes de tudo, aos juizes do país onde o crime foi cometido: — "*prudētis política suadet deditiōnem universam*". A extradição dos malfeteiros — diz elle — é, pois, informada pelo princípio da *reciprocidade*, e os tratados que a regem não são mais do que uma espécie de *segurança mútua* entre as nações (29).

A tese do *princípio da reciprocidade* como fundamento da extradição foi vantajosamente refutada por MAURICE TRAVERS, segundo regista COELHO RODRIGUES, com a observação de que a *reciprocidade*, de fato muitas vêzes estipulada, em nada influi na *natureza* mesma do ato, pois não constitui senão uma promessa para o futuro e aparece claramente destacada da própria extradição (30).

MIGUEL CRUCHAGA TOCORNAL pertence à grei dos que adoçam uma concepção *mista* ou *eclética*, associando o interesse da ajuda recíproca ao dever de cooperação internacional para a repressão à delinquência, *in verbis*:

"El fundamento de la extradición debe verse, ya en los principios de asistencia mutua entre los Estados, que los obligan a tomar reciprocamente las medidas que correspondan a fin de que las jurisdicciones criminales respectivas no sean burladas; ya en la obligación que pesa sobre cada Estado de concurrir a la represión de los crimes, en homenaje y obediencia al dogma de justicia; ya en el interés que existe, en cada agrupación, de verse libre de los malos elementos que, si ayer cometieron un delito en un territorio, mañana cometerán otro, acaso, en el territorio del refugio (31)."

LUIGI OLIVI justifica a extradição como "*mezzo di adempimento dei fini delle leggi penali e in particolare per togliere gli ostacoli che altrimenti si frapporterebbero all'omaggio pratico del principio che il luogo della pena debba essere il luogo del delitto*" (32).

Entre os tratadistas brasileiros, JOSÉ MENDES adota como fundamento da extradição a *necessidade da defesa social*, através deste raciocínio silogístico:

"Não há sociedade sem direito. Não há direito sem sanção. Não há sanção sem pena. Não há pena sem instituições tendentes à administração da justiça criminal. O conceito de sociedade implica o direito de punir, fundado na *necessidade da defesa social*."

(28) CALVO, *op. cit.*, vol. 2.º, págs. 453 e 460.

(29) GARRAUD, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 156.

(30) COELHO RODRIGUES, *op. cit.*, vol. 1.º, págs. 15 e 16.

(31) MIGUEL CRUCHAGA TOCORNAL, *Nociones de Derecho Internacional*, 3.ª ed., Madri, 1923, vol. 1.º, pág. 300.

(32) LUIGI OLIVI, *Diritto Internazionale Pubblico e Privato*, Milão, 1938, págs. 88-89.

Tôdas as instituições penais têm êsse mesmo fundamento. A *extradição*, medida de cooperação jurídica na comunhão internacional; afirmação da existência de interesses comuns a proteger no seio da humanidade: expressão de solidariedade internacional dos honestos contra os inadaptáveis ao meio social; enfim, instituto de assistência mundial contra os crimes, — é uma dessas instituições inspiradas pela necessidade da *defesa social mundial*, que é o seu fundamento. Tem raízes profundas no consenso dos povos. E, conforme diz CÍCERO, "*consensus populorum lex naturae putandus est*". O fundamento da extradição é, pois, o mesmo do direito internacional de punir: é a necessidade da *defesa social internacional*" (33).

Doutrinando, outrossim, com fulcro em princípios e concepções do direito positivo, assim se externa, sôbre o tema, CLÓVIS BEVILAQUA:

"Os escritores têm discutido, longamente, se a extradição constitui uma obrigação perfeita ou um simples dever moral dos Estados. A discussão é, porém, ociosa, porque, não havendo tratado, não é possível compêlir um Estado a entregar o criminoso asilado em seu território, sem violar a sua soberania, quer dizer, sem desferir um golpe cruel em sua existência de Estado; e ainda porque, posta a questão nestes termos, nenhum esclarecimento útil poderá trazer a sua solução."

.....

"Em cada país, o crime, em seu conceito legal, é uma infração da lei penal (*nullum crimen sine lege*); mas, sendo a lei uma expressão da soberania, não pode ir além dos limites desta; caracterizando-se a lei penal por sua territorialidade, o criminoso que se coloca na zona de influência de outra soberania sente-se abroquelado contra uma repressão geográfica e politicamente limitada. Por outro lado, se o crime é a infração da lei penal de um Estado, por mais danoso que lhe seja êsse ato, é indiferente aos outros, como um acontecimento que se passa em outro meio, e que lhes não concerne. O interesse, entretanto, mostrou aos Estados que a inviolabilidade do asilo concedido aos criminosos não devia ser mantida. Entregar um criminoso refugiado no território de um Estado constituia para êle — notou-se — o direito de obter igual serviço, em ocasião análoga, e essa vantagem não era para ser desprezada."

"E, assim, o instituto da extradição se organizou, como uma cooperação dos Estados para a defesa da ordem social contra o crime, para a defesa da vida jurídica, em sua luta contra a força desorganizadora da impiedade e da injustiça" (34).

(33) J. MENDES, *op. cit.*, págs. 404-405.

(34) CLÓVIS BEVILAQUA, *Direito Público Internacional*, Rio de Janeiro, 1911, vol. 2.º, págs. 123, 124, 125 e 126.

BENTO DE FARIA crê que a extradição encontra seu principal fundamento e a própria justificativa de sua legitimidade no *direito de punir*, constituindo, assim, um modo mais eficiente para certeza e estabilidade de seu exercício na ordem internacional; e assenta, por conseguinte, na *necessidade da defesa social* (35).

Do mesmo modo, GALDINO SIQUEIRA opina que a extradição corresponde à *necessidade internacional de segurança e de defesa social*; e, assim, se o Estado, em cujo território se refugia o criminoso de direito comum, não pode puni-lo, deve, como medida de prevenção e repressão, entregá-lo ao Estado que tem o direito de persegui-lo criminalmente, pois de outro modo os territórios dos diferentes Estados se tornariam lugares de refúgio para os delinquentes, e a recusa de extradição constituiria não só um ato de hostilidade para o Estado que reclama o delincente, mas também uma ofensa ao princípio de justiça (36).

7 — Referem alguns tratadistas que a extradição existe e foi praticada entre povos e nações desde a mais remota antiguidade. Em seu livro intitulado *El Derecho Internacional Público antes de la Era Christiana*, informa o Professor ISIDORO RUIZ MORENO que já no tratado de paz celebrado, há mais de 3.500 anos, no século XIV antes da era cristã, entre o faraó egípcio Ramsés II e Hattusil, rei de Khatti, havia cláusulas sobre a entrega recíproca de refugiados (37). Aponta-se, porém, como primeiro caso conhecido o da exigência, pela tribo de Israel à de Benjamim, de entrega dos assassinos de u'a mulher de Efraim. Entre os judeus — anota CALVO — vemos a tribo de Israel exigir à tribo de Benjamim a entrega dos homens de Gabba, que nela se tinham refugiado depois de haver cometido um crime; e os israelitas entregarem Sansão aos filisteus (38). Na Grécia, os lacedemônios declaram a guerra aos messênios por se terem estes recusado a entregar-lhes um assassino. Os atenienses prontificam-se a entregar os indivíduos que se refugiaram em seu território depois de haverem atentado contra a vida de Felipe da Macedônia. Na maior parte dos autores gregos, ainda segundo CALVO, é encontrada a questão da extradição dos escravos foragidos e dos transfugas (39).

Observa, porém, o eminente tratadista que na antiguidade a extradição não correspondia à aplicação de um princípio de direito internacional; antes, na maioria dos casos, não se realizava senão sob a influência de ameaças e violências, por isso que não se inspirava na solidariedade entre os povos. A compreensão da existência de interesses comuns entre eles se manifestou mui tardiamente entre as nações, que, durante muitos séculos isoladas e inimigas entre si, apenas mantinham contatos nos campos de batalha. Os pri-

(35) BENTO DE FARIA, *op. cit.*, págs. 18 e 19.

(36) GALDINO SIQUEIRA, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 111.

(37) ISIDORO RUIZ MORENO, *El Derecho Internacional Público antes de la Era Christiana*, Buenos Aires, 1946, págs. 357 e 521.

(38) CALVO, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 467.

(39) CALVO, *op. cit.*, vol. 2.º, pág. 467.

meiros traços de normas concernentes à extradição só aparecem na legislação romana (40).

Outro grande obstáculo à prática da extradição nos tempos antigos e na idade média foi a instituição do *asilo*. O sentimento religioso levava ao mais alto grau o respeito ao chamado *direito de asilo*, como o evidenciam e documentam assentos bíblicos e fartos subsídios históricos. Os judeus chegaram a instituir *idades de refúgio*, que acolhiam e resguardavam os homicidas involuntários, de qualquer origem e procedência, como se vê nos 4.^o e 5.^o Livros do *Pentateuco* (*Números e Deuteronômio*), atribuídos a Moysés, e no Livro de Josué. Entre os gregos o asilo religioso se praticava nos templos dos seus deuses e em Roma também nos templos e nos palácios dos *divinos* imperadores e até junto às estátuas dos mesmos. Naqueles recuados tempos da civilização os povos, em geral, conferiam caráter sagrado ao direito de asilo, apoiado na religião e na clemência dos soberanos. A princípio, os lugares de refúgio acolhiam os desgraçados, os fracos, os perseguidos, os fugitivos de derrotas, os reis destronados, os exilados, os autores de crimes praticados por imprudência; mas a impossibilidade de uma seleção fez com que os verdadeiros malfetores lograssem, também, freqüentemente, acobertar-se com a inviolabilidade dos lugares sagrados e, por fim, não mais sendo possível distinguir os criminosos dos simples oprimidos, a impunidade decorrente dos *asilos* se tornou, no dizer de CALVO, uma fonte de abusos (41).

No período medieval, a predominância do espírito religioso favoreceu, outrossim, a prática do direito de asilo, passando a ser os altares das igrejas e os conventos lugares de refúgio e asilo dos criminosos. Tais foram os abusos a que tal prática deu causa, que o Papado promulgou *bulas* restringindo o direito de asilo (42). Segundo o testemunho de historiadores e juristas estudiosos do assunto, os juriconsultos romanos não cogitaram da extradição, tanto mais quanto o seu direito penal não admitia êsse instituto, pois os acusados podiam, ao invés de cumprir a pena, exilar-se voluntariamente; e, assim, se a lei permitia o exílio voluntário, coerentemente não podia cogitar da devolução do criminoso refugiado em território estrangeiro (43). Todavia, como já foi dito acima, é na legislação romana, segundo informa CALVO, que se encontram os primeiros traços de normas concernentes à extradição: quando um cidadão romano havia delinqüido contra um estrangeiro e êsse ato punha em risco a paz com um povo amigo, era o delinqüente conduzido perante um tribunal especial, denominado "*dos recuperadores*", o qual decidia se o mesmo devia, ou não, ser entregue ao Estado de que era súdito o ofendido. Essa entrega se operava sem qualquer dificuldade quando a ofensa fora cometida não apenas contra um súdito, mas contra um Estado estrangeiro. De fora parte, porém, as mencionadas hipóteses e, principalmente, os casos de crimes públicos, não se pode dizer, auto-

(40) CALVO, *op. cit.*, vol. 2.^o, pág. 467.

(41) CALVO, *op. cit.*, vol. 2.^o, pág. 467.

(42) HUGO CABRAL DE MONCADA, *O Asilo Interno em Direito Internacional Público*, Coimbra, 1946, págs. 10-11.

(43) BUTLER MACIEL, *op. cit.*, pág. 7.

rizadamente, que os Romanos houvessem praticado a extradição de modo constante e regular (44).

Segundo SIERRA, os primeiros tratados de extradição aparecem a partir do século XII, iniciando-se com o celebrado entre a Inglaterra e a Escócia. Aplicavam-se, a princípio, aos criminosos políticos, aos hereges e aos imigrados; mais tarde aos desertores e, finalmente, a partir da segunda metade do século XIX, apenas aos criminosos comuns, com exclusão dos outros (45). Opina J. MENDES que o uso da extradição começou no século XVI, na Europa, mas só a partir do século XVIII é que a instituição se generalizou e assumiu o caráter estável (46).

8 — No que concerne à posição do instituto da extradição no quadro das ciências jurídicas, registam-se certas divergências opinativas entre os autores. Pensam alguns que, por tratar-se de matéria que diz respeito mais direta e fundamentalmente aos indivíduos, deve a extradição pertencer à área do direito internacional privado. Liga-se, de certo modo, essa opinião à doutrina, atribuída a PILLET, segundo a qual o próprio direito penal internacional é um ramo do direito internacional privado; — doutrina essa que granjeou inúmeros seguidores e veio até a prevalecer e ser adotada no Primeiro Congresso Jurídico Brasileiro, reunido, em agosto de 1908, no Rio de Janeiro. Alegam os partidários da aludida corrente, como anota BUTLER MACIEL, que o seu ponto de vista se justifica: a) pelo *sujeito*, que, na extradição, é o indivíduo, quando o sujeito, no direito internacional público, é sempre o Estado; b) pelo *objeto*, visto não estar em jogo o interesse das nações, mas a aplicação da lei a determinado indivíduo (47). Em reatuação a tal entendimento, dizem MORENO QUINTANA e BOLLINI SHAW que os seus defensores esquecem que o indivíduo é apenas o objeto da extradição, e que são os Estados — sujeitos do direito internacional público — que a realizam (48). Por outro lado, cabe, igualmente, replicar-se que, na melhor doutrina, hoje vitoriosa e dominante no direito internacional público, não só os Estados são os sujeitos desse direito, mas também podem sê-lo outras pessoas, dentre elas o indivíduo, o homem, como destinatário, que é, de muitas de suas normas (49). O preclaro internacionalista ANTONIO SANCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN, classificando a extradição como um instituto do direito processual internacional, enquadrou-a, por isto mesmo, no campo do direito internacional privado, consoante o exposto na introdução ao seu *Projeto de Código de Direito Internacional Privado*, in *verbis*: — “Na nossa opinião, para que as leis penais correspondam ao direito internacional público, é necessário defini-lo de maneira que em seu conceito fundamental

(44) CALVO, *op. cit.*, vol. 2.º, págs. 467 e 468.

(45) SIERRA, *op. cit.*, pág. 194.

(46) J. MENDES, *op. cit.*, pág. 406.

(47) BUTLER MACIEL, *op. cit.*, pág. 7.

(48) LUCIO M. MORENO QUINTANA e CARLOS M. BOLLINI SHAW, *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, 1950, pág. 157.

(49) LEOPOLDO BRAGA, *O Homem nas Relações Internacionais*, Bahia, 1939, págs. 136 a 154; *idem*, *Da Evolução do Conceito de Pessoa Internacional*, Rio de Janeiro, 1944, págs. 33 a 35.

caibam ao mesmo tempo instituições de índole tão diversa como as regras aplicadas à guerra entre dois ou mais Estados e o castigo aplicável aos indivíduos que falsificam em território estrangeiro moeda nacional. Quando se trata de castigar um delito cometido num país estrangeiro, a pergunta que se formula é a seguinte: alcançará a competência legislativa do Estado em que o delito se cometeu, o delinqüente, ou estará submetido o delito à competência preferente de outra soberania? Isto é, sob o ponto de vista das relações internacionais, o problema fica resolvido fixando-se os limites da lei no espaço. Sobre a *extradição* o mesmo problema se suscita, fazendo vacilar até os mais convencidos. Na extradição tem-se o hábito de ver o que principalmente fere a mente, as suas formas; e prescinde-se do que na realidade interessa, para classificá-la cientificamente na sua essência e no seu objeto. Os documentos com os quais um país solicita a outro a entrega de um réu presumido ou de um condenado, transmitem-se ordinariamente pela via diplomática e, às vészes, passam e resolvem-se sem a intervenção dos tribunais de justiça da nação requerida e solicitada. E êsse acôrdo diplomático e essa intervenção dos Estados mediante seus organismos políticos parecem afastar a idéia de que se trata de simples questões relativas à aplicação internacional das leis. Sem embargo, não haveria ninguém que considerasse uma instituição de direito internacional público o mandato entre particulares, porque o instrumento, que o contém, necessita, para ser considerado autêntico, de um país para outro, de legalização dos ministérios ou secretarias de Estado, ou dos funcionários diplomáticos ou consulares. O simples fato de que o Estado se serve unicamente dos seus organismos internacionais para transmitir um pedido de extradição e fazê-lo executar, ou para dar autenticidade a uma assinatura, não modifica o *caráter* daquilo que se pede ou do que contém o documento particular. A extradição não é mais do que um meio de fazer conduzir o réu ao seu juiz competente para que seja possível impor-lhe o castigo indicado na lei que também se tenha por competente. Os Estados auxiliam-se dessa maneira para tornar efetiva, em matéria penal, a jurisdição de seus tribunais; e o fato de porem seus meios de caráter político ao serviço do direito, não interfere na classificação metódica dêste. A extradição, com formas públicas ou sem elas, corresponde, por sua essência e pelo seu objeto, ao *direito processual internacional*, que é uma seção do *direito internacional privado*" (50). Na conformidade dêsse entendimento, o chamado *Código Bustamante*, ou seja a *Convenção de Direito Internacional Privado* firmada em Havana, a 20 de fevereiro de 1928, por ocasião da Sexta Conferência Internacional Americana, ratificada pelo Brasil a 25 de junho de 1929 e promulgada pelo Decreto n.º 18.871, de 13 de agosto do mesmo ano, considerou a extradição um instituto do *direito processual internacional privado*.

Em discordância com essa orientação, assim se manifestou COELHO RODRIGUES:

(50) ANTONIO SANCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVEN, *Introdução ao Projeto do Código de Direito Internacional Privado*, in *Pandectas Brasileiras*, de EDUARDE ESPÍNOLA, vol. 2.º, Primeira e Segunda Partes, primeiro semestre de 1927, Rio de Janeiro, 1927, págs. 358-359.

"De acôrdo com a lição dos doutos patricios como CLÓVIS BEVILAQUA e LAFAYETTE apoiado em internacionalistas do estôfo de LISZT, HEFFTER, BLUNTSCHLI, BONFILS, DESPAGNET, MÉRIGNHAC, FIORE, CALVO, e abraçada *post magnum bellum* por FAUCHILLE e TRAVERS, no seio daquele Congresso de 1908" (refere-se ao Primeiro Congresso Jurídico Brasileiro, reunido no Rio de Janeiro) "sustentamos que o *direito penal internacional* era parte integrante do direito público internacional"... "Somos ainda infenso... à doutrina de que há um *direito processual internacional*, nêle incluso o *extraditional*, puramente jurisdiccional e absolutamente apartado de qualquer dos ramos do direito internacional, público, privado ou penal, como se possível fôsse admitir sanção sem direito, prática sem teoria, acessório sem principal, adjetivo sem substantivo ou zero sem unidade. Eis porque logo de início proclamamos que o *direito extraditional* é um dos ramos do *penal internacional*, regulador do dever da assistência internacional contra o crime, inerente a todo Estado culto, independente e soberano" (51).

CLÓVIS BEVILAQUA, por sua vez, após judiciosa explanação a respeito do assunto, assim conclui:

"Estas considerações, ao passo que mostram a verdadeira função internacional da extradição, indicam bem claramente que o seu pôsto é no direito internacional público, e não no privado, como entendem alguns juriconsultos dos mais egrégios"... Afigura-se-me um êrro de classificação colocar a extradição, como, em geral, o chamado direito penal internacional, entre as matérias constitutivas do direito internacional privado" (52).

No mesmo rumo se encarreira HILDEBRANDÓ ACCIOLY, ao observar que, se, sob certos aspectos, pode a matéria da extradição ser considerada como pertencente ao direito internacional privado, "é incontestável que abrange relações de ordem pública, de Estado a Estado, pelo que deve figurar no direito internacional público, tanto mais quanto o homem, tomado individualmente, segundo modernas concepções jurídicas, goza de personalidade internacional" (53). Esta nos parece a melhor, a mais correta doutrina.

9 — Sem embargo das analogias ou pontos de contato que, entre si, apresentam, a *extradição* e a *expulsão* configuram institutos completamente distintos e inconfundíveis. Acentuando essa distinção, observa BUTLER MACIEL que na expulsão o Estado age no seu exclusivo interêsse, desembaraçando-se do estrangeiro nocivo à ordem pública, por ato espontâneo; ao

(51) COELHO RODRIGUES, *op. cit.*, vol. 1.º, págs. 208-209.

(52) BEVILAQUA, *op. cit.*, vol. 2.º, págs. 128 e 129.

(53) ACCIOLY, *Revista de Crítica Judiciária*, vol. 9.º, Rio de Janeiro, 1929, pág. 115.

passo que na extradição o Estado se move em razão do pedido de outra potência; além do que, enquanto o expulso readquire a liberdade ao transpor as fronteiras do país que o repele, o extraditado é entregue, prêso, às autoridades estrangeiras, que o mantêm sob custódia para os fins ulteriores de processamento, julgamento e cumprimento de pena, em caso de condenação. Regista, ainda, o citado autor: "A expulsão se dá em virtude da nocividade do alienígena, tenha ou não infringido a lei penal, e o arbítrio de sua conveniência pertence ao Poder Executivo. A extradição tem lugar em virtude da imputação de um certo fato delituoso, e mediante pronunciamento do Poder Judiciário. A expulsão é ato de pura administração; a extradição é ato *misto*: administrativo e judiciário" (54).

10 — A par de diversas questões outras, de maior ou menor importância prática, agitadas no campo do chamado *direito extradicional*, assim, por exemplo, as de saber se a extradição é um *ato* ou um *contrato*, se é legítima apenas sob condição de reciprocidade etc., outras se têm debatido, de maior interesse, merecedoras de destaque e exame.

Certos publicistas julgam que a extradição não constitui senão um *ato de assistência judiciária internacional*, ou seja o *ato de soberania* pelo qual um Estado presta a outro assistência para lhe permitir exercer sua jurisdição. Assim opinam, por exemplo, F. DE MARTENS, RIVIER, ALBÉRIC ROLIN etc..

De outro lado, há os que a reputam verdadeiro *ato de jurisdição* da parte do próprio Estado requerido, implicando, pois, a concorrência dos direitos de jurisdição penal de dois Estados em relação a um indivíduo, em razão do mesmo fato, tal como pensam LAMMASCH e SAINT-AUBIN, citados por FAUCHILLE (55).

Muito se tem discutido, outrossim, a questão de saber se, no plano do direito internacional público, a extradição representa a execução de uma *obrigação* propriamente dita, ou o exercício de mera *faculdade*. Na concepção de vários estudiosos, antigos e modernos, como GROTIUS, VATTEL, FIORE, FAUSTIN-HÉLIE, RIVIER, LEWIS etc., ocorreria ao Estado requerido uma *obrigação* alternativa: entregar o culpado, ou puni-lo. Outros, no entanto, firmados no princípio da *soberania* dos Estados, afirmam que na extradição há apenas para o Estado requerido um dever puramente *moral*, e, assim, o atendimento ou recusa da extradição depende, tão só, de considerações de conveniência e de interesse recíproco. A esta corrente se filiaram, *exempli gratia*, BLUNTSCHLI, HEFFTER, KLÜBER, MITTERMAYER, ORTOLAN, WHEATON, PHILLIMORE etc..

PAUL FAUCHILLE é de parecer que as duas idéias se devem combinar e completar. O Estado — diz êle — não pode arbitrariamente aceitar ou recusar a entrega do acusado, pois, se é *soberano*, essa *soberania*, entretanto, já não se pode considerar *absoluta* segundo a concepção do moderno direito das gentes, mas, ao revés disso, no exercício dos atos de sua soberania, cada Estado deve levar em conta os direitos dos outros Estados. Todavia,

(54) BUTLER MACIEL, *op. cit.*, págs. 7 e 8.

(55) FAUCHILLE, *op. cit.*, vol. 1.º, 1.ª parte, págs. 991-992.

inversamente, seria excessivo dizer-se que, em razão da *solidariedade social*, o Estado esteja sempre *obrigado* a atender ao pedido de extradição. Sua *soberania*, conquanto *relativa*, tem aí o seu lugar, a sua afirmação: poderá o Estado requerido opor, legitimamente, uma recusa (naturalmente fundamentada) ao pedido de extradição, se, ao exame do mesmo, verifica ser ele injusto ou irregular. Em outros termos — remata FAUCHILLE, — “a extradição é bem uma *obrigação* cuja inobservância constitui uma violação do direito internacional; só não o será, verdadeiramente, se não fôr justa e regular, cabendo a cada país, em virtude de sua soberania, apreciar, sob êsse aspecto, e de modo independente, todo pedido que lhe seja enviado”.

Firmada essa tese, argumenta o notável tratadista que, se se baseia num *dever de direito internacional*, o direito de extradição existe ainda na ausência de qualquer tratado. E aduz:

“É a opinião geralmente admitida em doutrina. Raros são os juriscônultos que, como PRINS e OLIVECRONA, subordinam a extradição à existência de uma convenção. Tal é a regra que se acha formulada na III.^a Resolução de Oxford, votada em 1880 pelo Instituto de Direito Internacional: — “*Não são apenas os tratados que fazem da extradição um ato conforme ao direito: ela pode operar-se ainda na ausência de qualquer liame contretual*”.

A prática é igualmente neste sentido, tanto na América como na Europa: a França, a República Argentina, o Brasil, nomeadamente, admitem que a extradição pode praticar-se na ausência de qualquer tratado” (56).

A propósito, recorda HILDEBRANDO ACCIOLY que uma Circular brasileira, datada de 4 de fevereiro de 1847 e assinada pelo Barão de CAYRÚ, então Ministro dos Negócios Estrangeiros, admitiu o princípio da concessão sem tratado, subordinando-o, porém, a certas condições, entre as quais a da *reciprocidade*, e excluindo, outrossim, da extradição os cidadãos brasileiros; ao passo que a Lei brasileira n.º 2.416, de 28 de junho de 1911, foi mais longe, admitindo até a extradição de nacionais, contanto, nesse caso, que houvesse também *reciprocidade* de tratamento por parte do país requerente (57).

SALVATORE ADINOLFI, ao definir o caráter da extradição, assim explana doutrinariamente o seu pensamento, vale dizer, a sua tese a respeito:

Os Estados *devem* não somente respeitar as suas respectivas jurisdições, mas, ainda, garantir, entre si, o exercício das mesmas. Destarte, o Estado a que cabe exercitar a função punitiva, se, por um lado, cumpre um dever internacional perante a coletividade humana, tem, por outro lado, o direito de exigir o concurso das outras comunidades para que essa função se possa livremente desenvolver. Como o respeito ao direito de autonomia e independência das nações impede que, com atos de império, se possa perseguir o réu no território do Estado estrangeiro de refúgio; como êste, por sua vez, não pode julgá-lo sem violar o direito internacional atinente à ordem da jurisdição; e como, finalmente, não se pode deixar impune o delinqüente fugitivo

(56) FAUCHILLE, *op. cit.*, vol. 1.º, 1.^a parte, págs. 993-994.

(57) ACCIOLY, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 518.

sem irrogar ofensa à comunhão humana, *deve*, pois, o Estado requerido, por imperiosa necessidade jurídica, entregá-lo ao juiz a que cabe conhecer do delito cometido. É aí que a extradição se impõe como *garantia jurídica internacional da jurisdição*.

O Estado requerente cumpre um ato de *dever interno* imposto pela necessidade jurídica de perseguir e punir efetivamente o réu. O Estado requerido se acha em face de um pedido tendente a alcançar um fim jurídico fundado não só em motivos particulares do postulante, mas também em motivo do interesse comum de toda a humanidade. A impunidade ofende a comunhão universal e é, por isso, necessário que a lei violada readquirira o seu império, com a observância do princípio jurídico que vincula harmônicamente todas as nações.

É em obséquio a este princípio que o Estado ordena a entrega do réu. O acolhimento da instância não significa obediência a outra soberania, mas significa satisfação a um *dever jurídico internacional* (58).

Ao insigne GARRAUD parece, entretanto, mais prudente ficar ao lado dos que vêm na extradição um ato *facultativo*, do que ao lado daqueles que a reputam um *dever internacional* imposto (*utilitas causa*) ao país de refúgio. A extradição — diz ele — não é obrigatória, senão quando o governo do país de refúgio se acha comprometido pela assinatura de um ato (59).

No mesmo sentido se externa JEAN SPIROPOULOS, ao sustentar que um Estado não tem a *obrigação* de conceder a extradição de estrangeiros refugiados em seu território e procurados pela justiça de outro Estado, conquanto em teoria, do ponto de vista do direito internacional, nada se oponha a que um Estado proceda à extradição de estrangeiros mesmo em caso de não existência de um tratado que a estipule (60).

E ainda no testemunho de outro dos mais autorizados internacionalistas modernos — LOUIS CAVARÉ, — o direito positivo tende a considerar que não há uma *obrigação* de extradição para um Estado sem a existência de um tratado internacional que o vincule: tratado de extradição ou outra espécie de acôrdo (61).

11 — No que tange à *competência*, é hoje cânone jurídico universal o de que a extradição só pode ser legitimamente pedida com fim repressivo e por parte do Estado que seja o *competente* para processar e julgar o extraditando, ou para executar contra o mesmo a sentença condenatória. Assim, pois, o direito de extraditar pressupõe necessariamente o direito de punir, consoante uma regra de direito e de bom senso, preconizada com estas expressões por TRAVERS:

“Le principe que l'État requérent doit être compétent pour juger les faits servant de base à la requête d'extradition constitue une règle de bon sens.

(58) SALVATORE ADINOLFI, *Diritto Internazionale Penale*, Milão, 1913, páginas 144, 145 e 146.

(59) GARRAUD, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 156.

(60) JEAN SPIROPOULOS, *Traité Théorique et Pratique du Droit International Public*, Paris, 1933, pág. 194.

(61) CAVARÉ, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 246.

L'extradition a pour but et pour raison d'être la répression des actes relevés dans la demande. On ne comprendrait pas qu'un individu fût, en raison d'une inculpation déterminée, livré à un État sans droit pour agir" (62).

BENTO DE FARIA, em apoio à aludida regra, entre argumentos vários, acentua: a) que a jurisdição repressiva dos crimes praticados dentro das fronteiras de um Estado é decorrente da sua própria soberania, cujo reconhecimento e respeito se impõe a todos os outros; b) que no local do delito é que, em razão do exemplo, se há de manifestar mais eficientemente o castigo, com maiores garantias, quer para a acusação, quer para a defesa; c) que a lei ofendida é a do Estado onde o delito foi praticado (63).

Observa, ademais, que a competência do Estado requerente não se limita, entretanto, às infrações ocorridas em seu território, dês que, consoante às suas leis, possa ser extensiva a certos crimes praticados fora d'êle, tal como preceitua o Código de Direito Internacional Privado, no art. 351:

"Para conceder a extradição é necessário que o delito tenha sido cometido no território do Estado que a peça, ou que lhe sejam aplicáveis suas leis penais".

Dispõe, aliás, o mesmo Código, em seu art. 305, que estão sujeitos *no estrangeiro* às leis penais de cada Estado contratante os que cometerem um delito contra a segurança interna ou externa do mesmo Estado ou contra o seu crédito público, seja qual fôr a nacionalidade ou o domicílio do delinqüente; e, no seu art. 306, que todo nacional de um Estado contratante ou todo estrangeiro nêle domiciliado, que cometa *em país estrangeiro* um delito contra a independência dêsse Estado, fica sujeito às suas leis penais.

A legislação penal brasileira, por sua vez, prevê hipóteses especiais de sua aplicação a delitos praticados fora do território nacional, combinando, assim, o principio da *territorialidade da lei penal* com o da *proteção dos interesses nacionais* e com o da *personalidade, quer a ativa, quer a passiva*.

Assim é que o nosso Código Penal (Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940), em seu art. 4.º, prescreve: "Aplica-se a lei brasileira, sem prejuizo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte, no território nacional, ou que nêle, embora parcialmente, produziu ou devia produzir seu resultado". Logo a seguir, em seu art. 5.º, dispõe: — "Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: I — os crimes: a) contra a vida ou a liberdade do Presidente da República; b) contra o crédito ou a fé pública da União, de Estado ou de Município; c) contra o patrimônio federal, estadual ou municipal; d) contra a administração pública, por quem está a seu serviço; II — os crimes: a) que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir; b) praticados por brasileiro. — § 1.º. Nos casos no n.º I, o agente é punido segundo a lei brasileira, ainda que absolvido ou condenado no estrangeiro. — § 2.º. Nos casos do n.º II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições: a) entrar o agente no território na-

(62) MAURICE TRAVERS, *Droit Pénal International*, vol. 4.º, n.º 2.164, apud BENTO DE FARIA, *op. cit.*, pág. 75.

(63) BENTO DE FARIA, *op. cit.*, pág. 76.

cional; b) ser o fato punível também no país em que foi praticado; c) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição; d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido a pena; e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável. — § 3.º. A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições previstas no parágrafo anterior: a) não foi pedida ou foi negada a extradição; b) houve requisição do Ministro da Justiça”.

12 — Ao Estado requerido cabe a competência para examinar e verificar se o pedido de extradição foi feito em forma regular, se é competente o Estado requerente, se é justa ou injusta, em tese, a motivação em que se funda, bem assim para determinar o caráter da infração imputada ao extraditado (64).

Adverte, no particular, BENTO DE FARIA que a competência única a apreciar é a respeitante à soberania do país solicitante, como unidade governamental, mas não a das jurisdições exercidas sobre o seu território; vale dizer, segundo o ensino de BEAUCHET, citado pelo douto penalista conterrâneo, que “o Estado requerido não poderia, de fato, sem se imiscuir na organização interna do país requerente, indagar se as regras de competência estabelecidas pela legislação desse país foram fielmente observadas, por exemplo, se o mandado de prisão deveria ter sido expedido por certo juiz de instrução e não por outro; ou se o decreto condenatório competia a esta e não àquela Câmara Criminal”; e, “se tais irregularidades forem praticadas, o extraditado poderá se prevalecer delas, oportunamente, para arguir a incompetência da jurisdição que o processa, ou promover a nulidade do seu julgamento” (65). Trata-se de matéria de legislação interna, que, embora útil à defesa do acusado, escapa, todavia, à faculdade de apreciação do Estado requerido.

13 — De referência às *pessoas* que podem ser extraditadas, variam as legislações dos Estados e, doutrinariamente, as tendências e opiniões dos autores, em geral; e essas divergências, como diz ACCIOLY, derivam da diferença de costumes, de civilizações ou de sistemas jurídicos, existentes entre diversos povos, e dizem respeito quer à nacionalidade do refugiado, quer à sua condição particular.

No que tange à *condição particular* do refugiado, há situações e casos especialíssimos que, sob o ângulo do direito extradicional, ensejam soluções e interpretações que refogem aos critérios comuns.

ACCIOLY arrola os seguintes casos:

1.º) o refugiado foi *condenado à pena de morte* no país onde cometeu o delito. Natural é, pois, que os países cujas legislações não admitem a pena capital não consentam também na extradição em tal hipótese, ou a ela apenas aquiesçam sob a condição de ser a pena de morte comutada ou substituída por outra. A lei de extradição até há pouco em vigor no Brasil (Decreto-lei

(64) ACCIOLY, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 533.

(65) BENTO DE FARIA, *op. cit.*, págs. 78-79

n.º 394, de 28-4-938) estabelecia em seu art. 12, alínea "d", que a extradição não seria efetuada sem que o Estado requerente assumisse o compromisso de "*comutar-se na de prisão a pena de morte ou corporal, com que seja punida a infração*".

O vigente Decreto-lei n.º 941, de 13-10-1969, que "define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil", regulando a *extradição*, no seu Título VI, dispôs semelhantemente, ao preceituar, no art. 98, inciso III, que "não será efetuada a entrega do extraditando sem que o Estado requerente assumo o compromisso" "de comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, os casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação".

2.º) o refugiado é *escravo* no país que solicita a sua extradição (hipótese hoje rara e dificilmente verificável). Sob a égide das idéias e regimes liberais e abolicionistas, a extradição não seria concedida, ou, se o fôsse, sê-lo-ia sob a condição de assumir o Estado requerente o compromisso de tratar o extraditando como homem livre e de libertá-lo, se absolvido, ou após o cumprimento da pena imposta.

3.º) O refugiado é ou, antes, *era Chefe de Estado*. "Dificilmente" — comenta ACCIOLY — "se poderá conceber possa ser solicitada a extradição de um Chefe de Estado em funções. Nem seria ela, em tal caso, concedida. Mas, se se trata de um Chefe de Estado que haja abdicado ou tenha sido deposto, a sua função anterior não impede que êle seja extraditado. Quando, entretanto, o pedido de extradição se refere a falta anterior à abdição ou deposição, a solução pode ser outra".

4.º) O refugiado *se acha contra a sua vontade no Estado requerido*, ou de refúgio, vale dizer, ali está em virtude de um fato imprevisto ou de força maior, como nas hipóteses de naufrágio, expulsão etc.. Explica ainda o ilustre internacionalista conterrâneo que, em semelhantes casos, alguns autores, por motivos de humanidade, se opõem ao atendimento da extradição, mas a maioria opina em sentido favorável a esta (66).

De modo geral, nenhuma objeção se tem oferecido, na prática internacional, à concessibilidade da extradição de súditos do próprio Estado requerente ou de pessoas naturais de um terceiro Estado. A maioria dos países, porém, não admite a extradição de *seus próprios nacionais* acusados pelo cometimento de crimes em território estrangeiro.

Pôsto que a *regra*, unanimemente aceita, é a de que todo indivíduo é passível de extradição, concordam os autores em que as *exceções* à mesma serão apenas aquelas que estiverem expressamente consignadas na lei interna de cada país, ou nos tratados e convenções internacionais.

Opina MANUEL SIERRA que, em se tratando de nacional do país requerido, a regra geral é que nenhum Estado se acha obrigado a entregar seus próprios nacionais.

Parece-lhe, segundo informa, ter sido a França a iniciadora dêsse costume, em um tratado firmado com a Espanha, em 1765, proibindo a entrega de nacionais "para evitar muitos perigos que encerra o desconhecimento do

(66) ACCIOLY, *op. cit.*, vol. 1.º, págs. 255-256.

idioma e os preconceitos raciais e religiosos" (67). Assim também FAUCHILLE qualifica essa prática como "uma regra geralmente adotada" (68). Ela se encontra, efetivamente, consignada na grande maioria das legislações e dos tratados concluídos pelos Estados europeus, nomeadamente, entre outros muitos, a França, a Alemanha, a Grécia a Suíça a Áustria, a Bulgária, a Itália, a Holanda, a Rússia e a Bélgica, o mesmo ocorrendo em relação a muitos países sul-americanos.

Nos países escandinavos, por igual, prevalece a regra tradicional européia da não-extradição dos próprios nacionais, e disso é exemplo o § 20 da Lei de 13 de junho de 1908, da Noruega, onde apenas se prevê a extradição para criminosos estrangeiros.

Ao revés disso, a Inglaterra e os Estados Unidos adotam o princípio da extradição dos seus nacionais, inspirados, como diz SPIROPOULOS, pela idéia de que todo Estado deve ser competente para punir os crimes cometidos em seu território, e em conformidade à rigorosa e tradicional jurisprudência dos seus tribunais, que considera a lei penal como essencialmente territorial.

O Instituto de Direito Internacional, em 1880, na 6.^a Resolução de Oxford, relatada por LOUIS RENAULT, esposou doutrina francamente favorável à extradição dos nacionais, nestes termos: — "Entre países cujas instituições repousam sobre bases análogas e que têm mútua confiança nas suas instituições judiciárias, a extradição dos nacionais seria um meio de assegurar a boa administração da justiça penal, porque se deve considerar como desejável que a jurisdição do *forum delicti commissi* seja o mais possível chamada a julgar".

Alguns anos mais tarde, o Congresso de Montevidéu, de 1889, não menos expressivamente, aprovou e inseriu no tratado de direito penal internacional o seguinte princípio: — "La extradición ejerce todos sus efectos sin que en ningún caso pueda impedir la nacionalidad del reo".

Já o Código de Direito Internacional Privado (*Código Bustamante*), pactuado e aprovado na Convenção de Havana, de 1928, dispôs, de referência à extradição, em seu art. 345: — "Os Estados contratantes não são obrigados a entregar seus nacionais".

No Uruguai a Constituição e as leis não vedam a extradição dos seus nacionais.

Na República Argentina, os critérios, a tal respeito, não têm sido uniformes. Assim é que, em seus tratados concluídos com a Espanha (1881), com a Itália (1886), com a Bélgica (1886), com os Países-Baixos (1893) e com a Suíça (1906), nega a extradição dos seus nacionais. Concede-a, entretanto, em tratados com a Inglaterra (1889) e com os Estados Unidos (1896) e, ainda, nos tratados de direito penal internacional de Montevidéu (1889 e 1940).

No tratado chileno-argentino de 12 de setembro de 1910 prevaleceu o princípio expressado na seguinte cláusula: — "En ningún caso, la nacionalidad de la persona podrá impedir su entrega en las condiciones estipuladas por este tratado; pero los gobiernos no estarán obligados a conceder la extra-

(67) SIERRA, *op. cit.*, pág. 195.

(68) FAUCHILLE, *op. cit.*, vol. 1.^o, 1.^a parte, pág. 999.

dición de sus propios ciudadanos sino que podrán entregarlos cuando, a su juicio, sea conveniente hacerlo”.

No Brasil, sob a vigência da Constituição Federal de 1891, que, não vedando a extradição de nacionais, deixava à competência do Congresso Nacional legislar sobre a matéria, a Lei federal n.º 2.416, de 28 de junho de 1911, em seu art. 1.º, § 1.º, expressamente permitia a extradição de cidadãos brasileiros, condicionando-a, entretanto, ao regime de *reciprocidade*, desde que assegurado em lei ou por tratado; e essa foi a orientação que se afirmou nos tratados concluídos pelo Governo brasileiro com a Bolívia, em 3 de junho de 1918, com o Paraguai, em 24 de fevereiro de 1922, e com a Itália, em 28 de novembro de 1931.

A Constituição de julho de 1934, porém, em seu art. 113, n.º 31, assim dispôs:

“Não será concedida a Estado estrangeiro extradição por crime político ou de opinião, *nem, em caso algum, de brasileiro*”.

A Carta política de 10 de novembro de 1937, por sua vez, no art. 122, n.º 12, estabeleceu:

“Nenhum brasileiro poderá ser extraditado por governo estrangeiro”.

Obediente a esse ditame constitucional, a anterior lei brasileira sobre extradição, ou seja o Decreto-lei n.º 394, de 28 de abril de 1938, adotou critério oposto ao da lei precedente, de 1911, com o preceituar que em nenhum caso seria concedida a extradição de brasileiros requisitados por Estado estrangeiro nem a de brasileiros naturalizados antes da perpetração do crime.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, consagrou o mesmo princípio restritivo, ao estabelecer, no § 33 ao art. 141:

“Não será concedida a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião e, *em caso nenhum, a de brasileiro*”.

Idêntica orientação manteve a Carta de 1967, ao dispor, no § 19 do art. 150: “Não será concedida a extradição do estrangeiro por crime político ou de opinião, *nem, em caso algum, a de brasileiro*”.

A Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, reproduziu literalmente esse dispositivo, no § 19 do seu art. 153.

O novo Decreto-lei n.º 941, de 13 de outubro de 1969 — geralmente denominado “*Estatuto do Estrangeiro*” —, estabeleceu, no particular, a regra seguinte:

“Art. 88. Não se concederá a extradição:

I — De brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato determinante do pedido”.

FARO JUNIOR observa ser princípio geralmente admitido o de que a naturalização do acusado *posterior* ao crime não pode constituir obstáculo à extradição e com ele se conforma a lei brasileira, pois tal naturalização posterior seria fraudulenta, e o que se deve ter em vista, unicamente, é a nacionalidade do culpado *na ocasião* da prática da infração a lei penal (69).

(69) FARO JUNIOR, *op. cit.*, págs. 229-230.

No plano doutrinário, há, entre os juristas e tratadistas, os que defendem e os que condenam o princípio da não-extradição dos nacionais. No entender de GIULIO DIENA, essa norma não é racional nem juridicamente justificável. Há que pensar — escreve o preclaro professor da Universidade de Pavia — que, pela regra geral, o magistrado mais competente para julgar o autor ou presumido autor de um fato delituoso e para impor-lhe, em seu caso, uma pena, é o do lugar da prática do delito, porque aí é que este alterou de maneira especial a ordem pública e é o lugar onde se podem mais facilmente colher as provas do mesmo fato; e, pois, recusar a extradição de um cidadão que haja cometido um delito no estrangeiro equivale a subtrai-lo a seus juizes naturais, quando os Estados, ao invés de dificultar a administração da justiça nos países estrangeiros, devem com ela cooperar na medida do possível (70). Análogo é o pensamento de MIGUEL CRUCHAGA TOCORNAL: — “Não nos parece que o dever de proteção que um Estado tem para com seus nacionais possa chegar até o ponto de subtrai-los da sanção que mereçam os delitos por eles cometidos no estrangeiro, a juízo da judicatura competente segundo a legislação ofendida. Assim como os países têm reconhecido o princípio de dar valor aos julgados estrangeiros em matéria civil, deve-se reconhecer a competência criminal estrangeira para julgar os delitos cometidos pelo nacional, reservando-se o Estado o direito de amparar seus nacionais apenas em casos qualificados, ou nos duvidosos” (71).

Contrariamente à regra da não-extradição dos nacionais se tem manifestado, em várias épocas, a maioria dos autores, internacionalistas e criminalistas, dentre eles, BLUNTSCHLI, FIORE, CALVO, HOLTZENDORFF, F. DE MARTENS, BERNARD, WESLAKE, BILLOT, BONFILS, GARRAUD, SAINT-AUBIN, RENAULT, OLIVART, CLÓVIS BEVILAQUA, JOSÉ MENDES, GALDINO SIQUEIRA, RODRIGO OTÁVIO, MENDES PIMENTEL, JOÃO VIEIRA etc.

Já MANUEL SIERRA julga que, conquanto não seja defensável, do ponto de vista puramente jurídico, a recusa à extradição dos próprios súditos ou nacionais, é ela, no entanto, completamente justificável do ponto de vista social e humanitário (72).

Por sua vez, RIVIER, em exposição relativa ao projeto da lei suíça de 22 de janeiro de 1892, embora reconhecendo que, sob o ponto de vista do direito penal e, mesmo, sob o do direito das gentes ideal, é incontestável que a extradição dos nacionais seria “justa e lógica” e, ainda, que os mais respeitáveis autores se pronunciam neste sentido, definiu-se, sem embargo disso, em favor da tese oposta. “Nos países que nos são limitrofes” — dizia ele — “e com os quais praticamos a extradição quase cotidianamente, o princípio da não-extradição dos nacionais é absolutamente recebido. Demais, o sentimento público, o instinto popular tomada esta expressão no seu sentido mais elevado, não compreende — ainda não — a extradição dos nacionais. Nela se enxerga, sem razão as mais das vezes, uma dureza, quase uma co-

(70) GIULIO DIENA, *op. cit.*, págs. 344-345.

(71) CRUCHAGA TOCORNAL, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 307.

(72) SIERRA, *op. cit.*, pág. 195

vardia. E o direito das gentes atual, real, está conforme com este sentimento. O Estado, em virtude do seu direito de conservação, tem o direito de conservar os seus nacionais e o dever de protegê-los (73).

ACCIOLY resume nas seguintes as razões em que se baseiam os autores contrários ao princípio da extradição dos nacionais: "1.^a) os Estados devem proteção aos seus nacionais, e, por conseguinte, têm necessidade de lhes garantir uma justiça imparcial; ora, essa imparcialidade pode faltar entre juizes estrangeiros; 2.^a) os Estados não devem abdicar nenhuma parcela da sua soberania, e a entrega de um nacional a uma justiça estrangeira constitui uma espécie de renúncia a direitos inerentes à soberania; 3.^a) todo indivíduo tem o direito de viver no território e sob a proteção do Estado de: que é nacional, e, portanto, seria injusto afastá-lo da pátria, contra a vontade" (74).

Todos esses argumentos são vantajosamente refutados pelo eminente tratadista conterrâneo.

CLÓVIS BEVILAQUA, em contestação aos argumentos dos partidários da não-extradição dos nacionais, sustentou as seguintes razões:

"1.^a — O juiz natural do delinqüente é o do lugar onde a lei foi infringida, porque no teatro do crime é que se podem colher as provas d'ele e aí é que a repressão se deve fazer sentir, como a natural reação do organismo social que, atacado, se defende; 2.^a — É direito do Estado punir os individuos que dentro de seu território atentam contra a ordem juridica. Se outro Estado concede asilo aos criminosos que a justiça do primeiro persegue, cerceia-lhe esse direito, impede-o de desenvolver a defesa de sua organização social; 3.^a — Supõe-se que a dignidade nacional seria ofendida se fôsse entregue à justiça estrangeira um individuo que se veio abrigar no regaço da pátria. Este argumento procede de um equivoco. A dignidade nacional não está em jôgo, neste caso. Não se compreende que ela se ofenda porque o criminoso conseguiu fugir à justiça do Estado que o reclama, e se não ofenda quando esse mesmo criminoso sofre a punição porque não tentou ou não pôde escapar." "A extradição não é imposta ao Estado. Solicitam-lhe a entrega do delinqüente, e é de acôrdo com as suas leis, respeitada a sua soberania, que êle atenderá ao pedido..." "Onde o melindre nacional ofendido?"; 4.^a — O asilo, insistem, não será a impunidade, porque o delinqüente poderá ser punido na sua pátria. Mas de acôrdo com que lei? De acôrdo com a lei da pátria do delinqüente, como se a lei penal pudesse ser pessoal? Um tal processo nem oferece garantias à justiça ofendida, nem ao próprio delinqüente. A lei penal violada é que deve reagir contra o criminoso; os elementos de convicção é no lugar do delito que se devem colher. Mas aí mesmo é que o acusado poderá encontrar

(73) RIVIER, *apud* COELHO RODRIGUES, *op. cit.*, vol. 1.^o, págs. 235-236.

(74) ACCIOLY, *op. cit.*, vol. 1.^o, págs 523-524.

a sua melhor defesa, em testemunhas, em fatos e em circunstâncias que, à distância, poderão perder o seu valor (75)."

OSCAR TENÓRIO, depois de referir que o princípio da *não-extradição do nacional*, fixado de maneira peremptória e sem possibilidade de qualquer transigência, emanou, na Constituinte de 1933-1934, de emenda apoiada pela bancada baiana (e que sobrelevou os argumentos, em contrário, dos deputados LEVI CARNEIRO e FERREIRA DE SOUSA), com fulcro na alegação de que "não devemos desamparar o nacional, entregando-o à justiça estrangeira, quase sempre hostil ao alienígena", opina que "realmente, não há razão ponderada que justifique a extradição apenas de estrangeiros", pois "o crime é, em princípio, violação de preceitos territoriais"; e "no lugar onde foi praticado o delito se encontram as testemunhas e os elementos necessários à segura apreciação das provas" (76). Esse é, por igual, o nosso entendimento.

GILDA RUSSOMANO, embora reconheça ser o princípio da não-extradição dos próprios nacionais o princípio dominante, um "preceito quase universal", constituindo regra consagrada desde o século XIII, de modo quase unânime, nas leis e nos tratados extradicionais, entende, porém, ter havido um sensível retrocesso por parte dos nossos legisladores ao estabelecerem, na Constituição de 1934, a proibição da extradição dos brasileiros, revogando, assim, o princípio oposto, adotado pela lei de 1911, sob cuja vigência a extradição de nacionais era expressamente admitida mediante reciprocidade garantida em lei ou tratado. E, após assinalar que há, na prática internacional, uma crescente reação contra o princípio da não-extradição dos nacionais, reforçada pelo apoio, cada vez mais amplo, dos internacionalistas, manifesta o entendimento de que o sentimento de dignidade nacional não deveria impedir a obra da justiça, tanto mais quanto a entrega do acusado só se efetiva após haverem as autoridades locais examinado devidamente a solicitação e a ela acedido (77).

FARO JUNIOR, diversamente, porém, registra que "na prática internacional a extradição do nacional vem perdendo terreno nos últimos tempos, devido, talvez, à existência de ideologias diferentes e de nacionalismos exacerbados pelos recentes conflitos internacionais" (78).

No direito positivo brasileiro, de tal modo se cristalizou o princípio da não-extradição dos nacionais, que o próprio tema da *extradição* passou a ser tratado como objeto de um título (o título VI) do chamado *Estatuto do Estrangeiro*, ou seja o Decreto-lei n.º 941, de 13 de outubro de 1969, que "*define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil e dá outras providências*" (Vêde texto no final dêste trabalho).

(75) BEVILAQUA, *op. cit.*, vol. 2.º, § 222, págs. 137 a 139.

(76) OSCAR TENÓRIO, *Direito Internacional Privado*, 8.ª ed., Rio de Janeiro, 1966, vol. 2.º, pág. 395; *idem*, com doutrinação no mesmo sentido, em seu *Tratado de Direito Penal*, vol. 1.º — *Da Aplicação da Lei Penal* —, Rio de Janeiro, 1942, págs. 298-299.

(77) GILDA MACIEL CORRÊA MEYER RUSSOMANO, *Aspectos da Extradição no Direito Internacional Público*, Rio de Janeiro, 1960, págs. 116 e 117.

(78) FARO JUNIOR, *op. cit.*, pág. 229.

Na hipótese de tratar-se de indivíduo que não seja nacional quer do Estado requerente, quer do requerido, mas de um terceiro Estado, nada obsta, segundo a prática internacional e o consenso unânime dos doutos, à concessão do pedido de extradição. Apenas, recomendam alguns estudiosos, *ex. gr.*, OLIVI, CRAEMER etc., que se dê ciência do recebimento do pedido de entrega do acusado ao governo do seu país de origem, para as providências que entender cabíveis, sem, no entanto, fazer depender a extradição do consentimento deste último.

14 — Dentre os vários problemas jurídicos a que tem dado causa o instituto da extradição, avulta e sobreleva, por sua importância prática e pelas muitas controvérsias que há suscitado, a questão concernente à *natureza* dos crimes que podem ou devem constituir justo motivo para a entrega do extraditando.

Por via de regra, só é exercitada a medida quando se trata de crimes de certa importância; e a especificação de tais delitos é, geralmente, feita e incluída nos próprios tratados ou convenções internacionais sobre extradição, por mútuo consenso dos Estados pactuantes, em conformidade, aliás, à recomendação que, em tal sentido, já fizera o Instituto de Direito Internacional, em Resolução de Oxford, de 1880, *in verbis*:

"A extradição, sendo sempre uma medida grave, não se deve aplicar senão às infrações de alguma importância. Os tratados devem enumerá-las com precisão; suas disposições a este respeito variam, naturalmente, conforme a situação respectiva dos países contratantes."

Há, porém, no particular, certos princípios e regras, a bem dizer, já hoje universalmente aceitos e consagrados pela prática internacional, avultando, entre eles, o da não-extradição dos acusados por *crimes políticos*.

Dá-se, aí, exatamente, o oposto do que sucedia outrora, nos primórdios da prática extraditacional, como acentuam vários tratadistas. Refere SPIROPOULOS que os primeiros tratados de extradição existentes não têm outro fim senão o da extradição de delinquentes políticos (79). Por seu turno, relembram MORENO QUINTANA e BOLLINI SHAW que, na Antiguidade, e ainda na Idade Média, eram motivos religiosos, delitos de lesa-majestade e a emigração, que justificavam a extradição dos indivíduos; e que tratados específicos generalizaram, desde o século XVIII, a extradição de delinquentes políticos e desertores, vindo a imperar em meados do século seguinte a regra inversa, desde então consagrada, da não-extradição por delitos políticos, toda vez que estes não perturbem a ordem jurídica internacional; — regra essa estabelecida no tratado sobre direito penal internacional de Montevideo, firmado a 23 de janeiro de 1889 e pelo qual se obrigaram a Argentina, a Bolívia, o Paraguai, o Peru e o Uruguai, bem assim o tratado, também de Montevideo, de 19 de março de 1940 (80).

A regra da não-extradição dos acusados por crimes políticos se acha também expressamente declarada no Código de Direito Internacional Privado (*Convenção de Havana*), no seguinte dispositivo:

(79) SPIROPOULOS, *op. cit.*, pág. 196.

(80) MORENO QUINTANA e BOLLINI SHAW, *op. cit.*, pág. 158.

"Art. 355 — Estão excluídos da extradição os delitos políticos e os com êle relacionados, segundo a definição do Estado requerido."

No Brasil, constitui ela um princípio de direito constitucional, na conformidade do disposto no § 19 do art. 153 da Emenda Constitucional n.º 1, de 1969:

"Não será concedida a extradição do estrangeiro por crime político ou de opinião, nem, em caso algum, a de brasileiro."

O princípio se acha, por igual, reafirmado na vigente legislação ordinária sobre extradição. Na conformidade do disposto no art. 88, inciso VII, do Decreto-lei n.º 941, de 13 de outubro de 1969, *não se concederá a extradição... "quando se tratar de crime político"*.

Semelhantemente dispunham a Constituição de 1934, no n.º 31 do seu art. 113 (*"Não será concedida a Estado estrangeiro extradição por crime político ou de opinião, nem, em caso algum, de brasileiro"*) e a Carta de 1967, no § 19 do art. 150 (*"Não será concedida a extradição do estrangeiro por crime político ou de opinião, nem, em caso algum, a de brasileiro"*).

Informa FRANZ VON LISZT que a exclusão dos delitos políticos data de uma lei belga de 1833, em a qual se estabeleceu como norma para os tratados de extradição o seguinte princípio: — "Estipular-se-á expressamente que o estrangeiro não pode ser perseguido por nenhum delito político anterior à extradição, nem por nenhum fato conexo com um delito desta natureza" (81).

15 — O conceito de "*crime político*" tem dado causa, porém, a muitas dúvidas e controvérsias entre os autores.

Segundo SPIROPOULOS, entende-se, geralmente, por *infração política* todo ato lesivo "à segurança interior ou exterior de um Estado" (82). Na concepção de GARRAUD, citado por TOCORNAL, "a infração puramente política é a que tem não só por caráter predominante, senão por objeto exclusivo e único, destruir, modificar ou turbar a ordem política em um ou vários de seus elementos" (83), entendida essa ordem política como relativa à segurança, quer interna, quer externa, do Estado.

PODESTÁ COSTA, observando que não é fácil determinar com precisão o que se entende por delito político, explica-nos que, a princípio, se levou em conta, para a sua definição, o motivo do fato, pois se considerava revestir êsse caráter o crime executado como um passo necessário para alcançar um propósito político; mas, posteriormente, considerando-se demasiadamente ampla essa norma subjetiva, entendeu-se que um delito era de caráter político quando o fato tinha por mira ulterior as instituições do Estado; daí resultando que não constituíam delito político a traição nem a espionagem a serviço de outro Estado, a inteligência com o inimigo etc. (84).

Segundo a concepção jurídica belga, que se generalizou, — escreve LISZT — não é, como freqüentemente se afirmou na literatura antiga, o *motivo po-*

(81) LISZT, *op. cit.*, pág. 320.

(82) SPIROPOULOS, *op. cit.*, pág. 196-197.

(83) CRUCHAGA TOCORNAL, *op. cit.*, vol. 1.º pág. 304.

(84) L. A. PODESTÁ COSTA, *Manual de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, 1947, pág. 138.

litico do fato o que decide, mas a *finalidade* do delito: delitos políticos são, pois, os delitos premeditados e dirigidos contra a existência e segurança do Estado (próprio ou estrangeiro), ou contra o Chefe do Estado, ou contra os direitos políticos dos cidadãos. Mas, acrescenta, precisamente esta ampliação aos delitos *relativamente* políticos provocou, nos últimos decênios, uma reação e, especialmente, no sentido de excluir o regicídio do direito de asilo concedido aos acusados de crimes políticos (85).

Da própria Bélgica partiu um dos primeiros e mais expressivos atos caracterizadores dessa reação, pois, como consequência do atentado contra a vida de Napoleão III, da França, levado a efeito, embora sem êxito, por Celestin Jacquin, — cuja extradição, pedida pelo governo francês, dividiu as opiniões dos tribunais belgas e ensejou apaixonadas controvérsias jurídico-doutrinárias, — houve por bem o legislativo local, através de uma lei de 22 de março de 1856, acrescentar ao art. 6.º da lei de extradição, de 1.º de outubro de 1833, um parágrafo nos termos seguintes: — “Ne sera pas réputé politique ni fait connexe à un semblable délit l’attentat contre la personne du chef d’un gouvernement étranger ou contre celle des membres de sa famille, lorsque cet attentat constitue le fait de meurtre, soit d’assassinat, soit d’empoisonnement” (86).

Desde então, a chamada “*cláusula de atentado*” belga passou a ser adotada na maioria dos tratados de extradição, *verbi gratia*, os tratados alemães, desde 1874, os tratados concluídos pela França com Parma (1856), com os Estados Pontifícios (1859), com o Chile (1860), com os Países Baixos (1860), com a Bélgica (1869 e 1874), com a Suécia-Noruega (1869), com a Baviera (1869), com o Luxemburgo (1875), com o Mônaco (1876), com a Dinamarca (1877) etc.; os tratados concluídos pela Espanha com o México (1881), com Salvador (1884), com a Alemanha, a Argentina e a Colômbia (1892), com a Venezuela (1894), com o Uruguai (1896), com o Peru (1898 e 1901), com os Estados Unidos (1904) e com a Guatemala (1905), e inúmeros outros atos internacionais do mesmo gênero entre Estados diversos, europeus e americanos (87).

Entende ORTOLAN que, para se saber se um crime é, ou não, político, ter-se-á de examinar: 1.º se ofende a justiça quanto aos deveres de ação ou inação que ao agente impõe a organização social; e, 2.º se o interesse da sociedade na repressão desse ato é um interesse atinente a essa mesma organização social e política (88).

No conceito de FAUCHILLE, a expressão *infrações políticas* não compreende somente, como pretendem certos autores (LAPRADELLE, LARNAUDE), aquelas infrações atentatórias à segurança *interior* do Estado, isto é, tendo

(85) LISZT, *op. cit.*, pág. 320.

(86) FAUCHILLE, *op. cit.*, vol. 1.º, 1.ª parte, pág. 1.021; DIENA, *op. cit.*, pág. 348; LISZT, *op. cit.*, pág. 321.

(87) FAUCHILLE, *op. cit.*, vol. 1.º, 1.ª parte, pág. 1.022; DIENA, *op. cit.*, pág. 348, nota 362.

(88) ORTOLAN, *Éléments de Droit Pénal*, 1875, vol. 1.º, págs. 298 e segs., *apud* A. BUTLER MACIEL, *op. cit.*, pág. 89.

por fim destruir ou modificar a forma de governo ou a organização e o funcionamento dos poderes políticos, e lesar os direitos, consoante opina a maioria dos juristas (BEAUCHET, GARRAUD, GRIVAZ, HAUS, TRAVERS, VIDAL etc.), os atos que põem em perigo a segurança exterior do Estado, por exemplo, a independência da nação, a integridade do território, as relações com outros Estados. Mas, — esclarece — para que haja aí crime ou delito político, é preciso que o Estado seja visado na qualidade de pessoa pública, atingido em seus interesses políticos, e não em sua fortuna, em seu patrimônio, como o seria um simples particular; não poderia, pois, haver crime político quando, no domínio interno, como no externo, o direito lesado fôsse um direito que, embora exercido pelo Estado, não lhe é especial, não depende de seu caráter próprio: assim, não se poderá ver infração desse gênero em uma fraude às leis aduaneiras ou às leis de tributos, constitutiva apenas de lesão à propriedade do Estado, da mesma natureza que a lesão à propriedade privada (89).

Na opinião de CÂNDIDO MOTTA, os crimes políticos “são aqueles que ofendem somente a ordem política do Estado, quer seja esta externa, como a independência da nação, a integridade territorial, as relações entre duas ou mais nações; quer seja interna, como a forma de governo, a organização e o funcionamento dos poderes políticos dos cidadãos” (90).

A propósito do assunto, assim se manifesta NÉLSON HUNGRIA:

“Os crimes políticos, que, por injunção mesma de nossa lei constitucional (art. 141, § 33), importam a inextraditabilidade de seus autores, são os dirigidos, subjetiva e objetivamente, de modo imediato, contra o Estado como unidade orgânica das instituições políticas e sociais. Não há distinguir entre *crime político* e *crime social*, pois sua objetividade jurídica vem a ser a mesma, ou seja, a ordem política, que compreende, incontestavelmente, não só a específica organização do Estado, como a estrutural organização social, de que o Estado é fiador e sustentáculo. Costuma-se dizer que *crime político* é o que atenta diretamente contra a personalidade do Estado (lesando ou ameaçando de lesão a independência nacional, a integridade do território, as relações dos Estados com os demais Estados, o regime político ou forma de governo, a formação e atividade dos poderes públicos), enquanto *crime social* é o que visa a atacar, desde suas bases, a hodierna organização social (que se convencionou chamar de *burguesa*). Nenhum alcance, porém, apresenta semelhante distinção para o efeito de diverso tratamento dos crimes em questão, pois que entre as finalidades específicas do Estado se compreende a segurança da organização social, que diz, evidentemente, com a sua própria segurança. A organização política e a organização social interpenetram-se, formando uma unidade incidível. Notadamente na época atual, seria abstrair a palpante realidade o desconhecer que o problema político se dilatou, para abranger ou assimilar, sinteticamente, o problema social. As questões estri-

(89) FAUCHILLE, *op. cit.*, vol. 1.º, 1.ª parte, págs. 1.011-1.012.

(90) *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, vol. 26, pág. 20; BUTLER MACIEL, *op. cit.*, pág. 89.

tamente políticas perderam o seu antigo relêvo e evoluíram para as questões mais propriamente chamadas "político-sociais" (91).

Os crimes políticos, conforme observa COELHO RODRIGUES, são de duas categorias: ou põem em perigo a segurança do Estado no exterior, e só podem ser perpetrados por indivíduos em relações diretas com uma potência estrangeira, como a espionagem, a traição, a inteligência com o inimigo: ou são de ordem puramente interna, em que os seus autores agem por motivos independentes de qualquer inspiração estrangeira, somente nacionais ou regionais, contra as instituições constitucionais do Estado ou a sua segurança interior (92).

Mister se faz, porém, tal como adverte LUIGI OLIVI, não confundir os delitos políticos com os delitos anárquicos, pois estes são delitos comuns que tendem a subverter os elementos vitais das associações humanas em si mesmas consideradas, — tanto mais quando há acordos internacionais destinados a reprimir a anarquia (93).

16 — Em justificativa à não-extradição dos criminosos políticos, muitos motivos têm sido apresentados na doutrina.

Assim, por exemplo, expunha BEVILAQUA:

"Os crimes políticos são, pela quase unanimidade dos internacionalistas, afastados da extradição, porque as paixões partidárias, muitas vezes, obscurecem a apreciação, dando como crimes odiosos fatos de somenos importância, e, outras tantas, impelem à prática de atos reprováveis pessoas não propensas ao crime, mas grandemente suggestionáveis. No primeiro caso, o suposto delinqüente é, antes, uma vítima do ódio partidário; no segundo, será um criminoso de responsabilidade atenuada. Além disso, o crime político é de caráter restrito, refere-se à organização política de um Estado, e o crime comum tem um caráter geral, como ofensa aos sentimentos de piedade e justiça da humanidade culta, em determinada época; ferindo a ordem jurídica de um Estado, pelo sentimento de solidariedade e pela similitude social determinada pelos elementos gerais da civilização, que são comuns a grande número de nações, repercutem na consciência comum dos indivíduos honestos de qualquer desses países, e, aí, provocam movimentos de repulsão" (94).

A consideração dominante para que os delitos de caráter político não sejam suscetíveis de extradição — diz PODESTÁ COSTA — é a de que esses delitos obedecem a móveis que não são imorais nem puníveis senão de modo relativo, vale dizer, por um Estado determinado e, às vezes, em certa época, não constituindo os seus autores um perigo em outro meio social (95). Análoga é a opinião de GIULIO DIENA (96).

Referindo-se aos delitos políticos e de lesa-majestade, anota BELLO que eles, muitas vezes, não são delitos senão aos olhos dos usurpadores e tiranos:

(91) NÉLSON HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, 1949, vol. 1.º, pág. 167.

(92) COELHO RODRIGUES, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 465.

(93) OLIVI, *op. cit.*, pág. 90.

(94) BEVILAQUA, *op. cit.* vol. 2.º, págs. 142-143.

(95) PODESTÁ COSTA, *op. cit.*, pág. 138.

(96) DIENA, *op. cit.*, pág. 347.

outras vèzes, nascem de sentimentos puros e nobres em si mesmos, porém mal dirigidos; de noções exageradas ou errôneas ou das circunstâncias perigosas de um tempo de revolução e transtórno, em que o difficil não é cumprir nossas obrigações, mas conhecê-las (97).

Através de tais considerações e justificativas, no plano doutrinário predomina, hoje, a corrente dos juristas favoráveis à não-extradição dos culpados por crimes exclusivamente políticos, contando-se, entre elles, outros nomes de larga projecção, como os de BEAUCHET, RENAULT, OPPENHEIM, DESPAGNET-DE BOECK, SAINT-AUBIN, WEISS, GRIVAZ etc..

17 — Conquanto em minoria, vários eminentes tratadistas se manifestam contrários a essa tese.

Reputa-a, por exemplo, OLIVART uma "absurda distincção", pela qual "se desautoriza o sagrado princípio da lei" assegurando a impunidade aos que violam e ofendem à lei que é a base e fundamento de tôdas as demais leis". FREDERICO DE MARTENS, FRANZ VON LISZT, BERNARD, HEFFTER, MAILFER e outros vários publicistas condenam, por igual, a aludida exceção. Ponderam e argumentam, como resume FAUCHILLE, que as infrações políticas não são, em si mesmas, menos graves do que os crimes ordinários. Dirigidas não contra um simples particular, mas contra o Estado, podem elas, por suas próprias consequências, produzir malefícios maiores, acarretando a subversão e a ruína de um país, desencadeando uma insurreição que será a causa da morte de milhares de pessoas, etc.. Por outro lado, põem em perigo o direito de conservação do Estado de refúgio, em grau muito maior do que as infrações de direito comum, pois a presença de um malfeitor político no território desse Estado pode servir de centro de reunião de todos os descontentes contra esse próprio Estado (98).

18 — Ocorre, porém, não raro, a hipótese de não se tratar de crime puramente político, porque a ação do inculpado, embora ditada por motivo político ou inspirado em fim político, envolva a prática de outros atentados ou delitos de direito comum, ou atos de crueldade e desnecessária violência, etc. São os casos geralmente chamados de *crimes conexos* e de *crimes complexos*. Tais casos ou situações são considerados de modo especial pelo direito extradicional contemporâneo, não havendo, no entanto, ainda aí, uniformidade de entendimentos entre os autores e nas legislações dos diversos países.

Publicistas há, como LAMMASCH, BEAUCHET e outros, que não acham nenhuma razão para distinguir entre *delitos conexos* e *delitos complexos* e, pois, designam ambas as espécies sob a denominação comum de *delitos políticos relativos*. Já ALBÉRIC ROLIN julga perfeitamente racional e necessária essa distincção, em harmonia com a maior parte dos doutrinadores francezes (99). Certos autores empregam preferencialmente a expressão *infrações*

(97) CRUCHAGA TOCORNAL, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 300, nota 1.

(98) OLIVART, *op. cit.*, pág. 106; FAUCHILLE, *op. cit.*, vol. 1.º, 1.ª parte, págs. 1.015-1.016, nota 1.

(99) FAUCHILLE, *op. cit.*, vol. 1.º, 1.ª parte, págs. 1.012-1.013, nota I.

mistas para exprimir, de modo amplo, genérico e indiscriminado, aquelas que revestem, ao mesmo tempo, caráter político e de direito comum. É que, como observa COELHO RODRIGUES, os próprios autores que distinguem entre *crimes políticos complexos* e *crimes conexos* (crimes de direito comum conexos a fatos políticos), divergem no modo de interpretar suas definições. A seu ver, tem razão BEAUCHET no criticar tal distinção, pois, é, segundo diz, "impossível e mesmo inútil na prática" (100).

Ensina FAUCHILLE que os delitos *conexos* são aquêles que envolvem a existência de duas infrações distintas, uma política e outra de direito comum, reunidas por um laço de conexidade (101). De igual modo, SPIROPOULOS como tais conceitua as infrações de caráter político que apresentam, ao mesmo tempo, o caráter de crimes de direito comum, assim, por exemplo, o assassinato de um soberano e de outras pessoas, com um fim político, qual o de derribar o sistema governamental existente, atos de banditismo como, por exemplo, a pillagem de casas durante uma rebelião etc. (102). Dessa concepção não destoá PODESTÁ COSTA, ao definir "los llamados *delitos conexos*" como sendo "aquellos en que el delito político envuelve a la vez un delito común: por ejemplo, el asesinato o las lesiones producidos como medio para lograr un propósito político" (103).

De referência aos chamados delitos *complexos*, explica FAUCHILLE que, diferentemente dos delitos *conexos*, têm êles como caráter não constituírem senão um ato único, inseparável em seus diversos elementos (104). Configuram-se, na expressão de SAINT-AUBIN, "quando o fato criminoso, único do ponto de vista material, fere, a um só tempo, a ordem política e um interesse privado" (105). É *complexa* a infração — diz MAURICE TRAVERS — "quando punível ao mesmo tempo como crime ou delito político e como fato de direito comum" (106).

COELHO RODRIGUES observa que nenhuma lei ou tratado extradicional se embrenha na distinção entre delitos políticos complexos e crimes de direito comum conexos a fatos políticos, e insiste na desnecessidade de tal discriminação, argumentando que, sem dúvida, essa *conexão* é uma *complexidade* de delitos (107). Na doutrina, porém, prevalece tal distinção.

Em que pese ao parecer de muitos tratadistas, no sentido de que, para os efeitos da extradição, não devem as chamadas *infrações mistas*, isto é, os *delitos relativamente políticos* (*crimes complexos* e *crimes conexos*) ser equiparados aos *crimes puramente políticos* (BLUNTSCHLI, CHAUVEAU e HÉLIE, LOUIS RENAULT, ANDRÉ WEISS etc.), mas, ao revés disso, devem ser tratados sempre como infrações de direito comum e, pois, submetidos à extra-

(100) COELHO RODRIGUES, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 487.

(101) FAUCHILLE, *op. cit.*, vol. 1.º, 1.ª parte, pág. 1.016.

(102) SPIROPOULOS, *op. cit.*, pág. 197.

(103) PODESTÁ COSTA, *op. cit.*, pág. 138.

(104) FAUCHILLE, *op. cit.*, vol. 1.º, 1.ª parte, págs. 1.019-1.020.

(105) SAINT-AUBIN, *L'Extradiction et le Droit Extradictionnel*, Paris, 1914, vol. 1.º, pág. 411.

(106) TRAVERS, *op. cit.*, vol. 4.º, n.º 2.047, pág. 535.

(107) COELHO RODRIGUES, *op. cit.*, vol. 1.º, págs. 487, 488 e 489.

dição, — sem o que se asseguraria aos seus autores uma impunidade incompatível com a justiça, acarretando conseqüências escandalosas, — o que se verifica, entretanto, na prática internacional, ou, melhor, no direito convencional, é uma acentuada predominância da tese oposta, fato que GIULIO DIENA explica pela dificuldade de distinguir de um modo preciso os delitos que têm, de maneira exclusiva, o caráter de *delito político*, daqueles que são simplesmente *conexos* dos mesmos (108). O direito convencional dos Estados, no dizer de ACCIOLY, considera, em geral, que o delito comum fica revestido, por efeito da conexidade, do *caráter político* e, assim, também excluído da extradição (109). Escreve OSCAR TENÓRIO que a tendência é assimilar o *crime conexo* (e, do mesmo modo, o *complexo*) ao crime puramente *político*, e ela se funda no receio de que a apreciação do fato principal sacrifique o delinqüente ao ódio dos seus inimigos (110).

Entre as várias soluções e fórmulas de conciliação concebidas e esposadas pelos estudiosos, uma tem merecido especial relevo e aceitação, qual seja a do chamado *sistema da predominância, ou do fato principal*, e que consiste em admitir a extradição quando o delito de direito comum revestir um caráter de *maior importância e gravidade* do que o de natureza política, tal como a expõe FAUCHILLE: — “Deve-se examinar qual é das duas infrações — a política e a de direito comum — aquela que predomina, que constitui o fato principal: se a culpabilidade política é a mais grave, o delito deve ser considerado como político e a extradição é impossível; se é a culpabilidade de direito comum que sobreleva, não há mais do que uma infração de direito comum, passível de extradição” (111).

Neste sentido se pronunciou o Instituto de Direito Internacional, em sua reunião de 1898, ao elaborar as seguintes regras sobre a matéria da extradição.

“1.^a) A extradição não pode ser concedida por crimes ou delitos meramente políticos. 2.^a) Tampouco o será por infrações que participem das qualidades de crimes políticos e comuns, chamados *delitos políticos relativos*, a menos que se trate dos crimes mais graves sob o ponto de vista da moral e do direito comum, tais como o assassinato, o homicídio, o envenenamento, o roubo a mão armada. 3.^a) No que concerne aos atos cometidos no curso de uma insurreição ou de uma guerra civil, só poderão dar lugar a extradição os que constituam atos de barbárie odiosa ou de vandalismo inútil, segundo as leis da guerra, e somente quando a guerra civil haja terminado. 4.^a) Não se reputam delitos políticos os fatos dolosos dirigidos não somente contra um Estado determinado ou contra uma precisa forma de governo, mas contra as bases de toda organização social.”

No Brasil tem prevalecido o *sistema da predominância*. Já a antiga lei de extradição, ou seja a Lei federal n.º 2.416, de 28 de junho de 1911, assim dispunha na parte final de seu art. 2.º:

(108) DIENA, *op. cit.*, pág. 348.

(109) ACCIOLY, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 531.

(110) OSCAR TENÓRIO, *Direito Internacional Privado*, 8.ª ed., vol. 2.º, página 399.

(111) FAUCHILLE, *op. cit.*, vol. 1.º, 1.ª parte, págs. 1.017-1.018.

"A alegação de fim ou motivo político não impedirá a extradição quando o fato constituir *principalmente* uma infração da lei penal."

A anterior lei brasileira reguladora da extradição (Decreto-ei n.º 394, de 28 de abril de 1938), no § 1.º do art. 2.º, assim rezava:

"A alegação do fim ou motivo político não impedirá a extradição, quando o fato constituir, *principalmente*, uma infração comum da lei penal ou quando o crime comum, conexo dos referidos no inciso VII, constituir o *fato principal*."

A atual legislação reguladora da matéria (Decreto-lei n.º 941, de 13 de outubro de 1969) preceitua, no § 1.º do art. 58:

"A exceção do inciso VII não impedirá a extradição quando o fato constituir *principalmente* infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o *fato principal*."

Análoga orientação adotara a Suíça, em sua lei de extradição, de 22 de janeiro de 1892, admitindo, em seu art. 10, a entrega, a um governo estrangeiro, do autor de um fato delituoso que tivesse *principalmente* o caráter de delito comum, ainda que praticado com fim político. Dessa orientação se têm aproximado a Itália e outros países, em alguns dos seus tratados de extradição.

"O jurista" — escreve DIENA — "não pode deixar de aprovar essa tendência, cada vez mais expandida, que visa a impedir possam ficar impunes os autores de delitos que, sob a forma ou aparência de infrações políticas, têm de um modo essencial o caráter de crimes comuns" (112).

19 — Tem-se admitido, a bem dizer, pacificamente, que a competência para determinar o caráter da infração, apreciando a natureza, política, ou de direito comum, do ato delituoso motivador do pedido de extradição, pertence exclusivamente ao Estado requerido, ou de refúgio, em conformidade, aliás, com a regra estabelecida pelo Instituto de Direito Internacional, em sua reunião de Oxford, consoante a qual — "o Estado requerido aprecia soberanamente, segundo as circunstâncias, se o fato, em razão do qual a extradição é reclamada, tem, ou não, um caráter político". A mesma regra foi adotada no *Projeto de Código de Direito Internacional Público* apresentado por EPITÁCIO PESSOA, em 1912, à Comissão Internacional de Jurisconsultos do Rio de Janeiro, e que assim dispôs, no § 1.º ao seu art. 287: — "Compete ao Estado requerido decidir da natureza política da infração, tendo em vista a lei mais favorável ao refugiado".

A atual legislação brasileira sobre a extradição, ou seja o Decreto-lei n.º 941, de 13 de outubro de 1969, estabeleceu, no § 2.º ao art. 88:

"Caberá exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal a apreciação do caráter da infração."

20 — Princípio comumente aceito em doutrina e na prática internacional é, outrossim, o da *não-extradição* quando se trate de *infrações de natureza militar*, ou, melhor, de *delitos puramente militares*, bem assim de *infrações fiscais*, de *delitos de imprensa* ou de *opinião*, ou *contra a religião*. Al-

(112) DIENA, *op. cit.*, pág. 349.

gumas legislações consignam, a respeito, normas expressas, e vários tratados internacionais registam a exclusão mencionada.

A exceção feita para os *crimes militares* não abrange, obviamente, as infrações de direito comum praticadas por soldados, marinheiros etc.. No que concerne ao crime de *deserção*, é de assinalar-se uma curiosa duplicidade de critérios: a regra é a *não-extradição* nos casos de deserção de soldados dos exércitos de terra, ao passo que, ao revés, é ela admitida para os marinheiros e tripulantes desertores de navios de guerra e mercantes, o que decorre, como explica DIENA, da necessidade de suprimir obstáculos que tornariam talvez impossível ou muito difícil a navegação (113). Existe, aliás, em relação aos desertores da marinha mercante, uma prática internacional resultante de convenções entre muitos países, que autoriza a facilitar a sua extradição, mediante condições e formas especiais, e cujo fim é o de impedir que os mesmos tripulantes abandonem os navios em meio às viagens, quando escalam em portos estrangeiros (114).

A lição de BEVILAQUA é, no particular, muito elucidativa:

"Também é geralmente aceita a exclusão dos crimes puramente militares, porque a lei militar, sendo especial e nimamente rigorosa, erige em crimes, acarretando forte penalidade, atos que, do ponto de vista social comum, não são apreciados do mesmo modo. A impunidade, nesse caso, não parece temerosa aos interesses gerais da humanidade; a repercussão desses atos puníveis é circunscrita a um pequeno círculo de organização social, a uma classe. Por isso os tratados, ordinariamente, excluem a deserção de entre os crimes que autorizam a extradição. Se, porém, o crime militar constituir um crime comum, um assassinato, por exemplo, já não há iguais motivos para recusar-se a entrega do criminoso.

A deserção dos marinheiros é olhada por outro aspecto. O interesse geral da navegação leva o poder local a atender aos pedidos que lhe forem dirigidos para a captura dos marinheiros que desertarem nos portos de sua jurisdição" (115).

De referência aos *delitos de imprensa*, comenta e opina o mesmo insigne juriconsulto brasileiro:

"Não há razão suficiente para isentarem-se os crimes de imprensa da extradição. Se estiverem intimamente relacionados com delitos políticos, terão, naturalmente, pelo vínculo da *conexidade*, a mesma sorte destes; mas, se constituírem delitos comuns, não se vê porque motivo privilegiá-los" (116).

No que concerne aos chamados *delitos especiais* (de caça, de pesca, *contravenções fiscais* etc.), são, também eles, em geral, excluídos da extradição, como diz ACCIOLY, pela razão de que "apresentam um caráter de criminalidade relativo"; — o que, porém, não obsta a que certos Estados limítrofes se assegurem, reciprocamente, a repressão deles por meio de convenções particulares e locais.

A vigente lei brasileira, que nenhuma ressalva formulou relativamente a

(113) DIENA, *op. cit.*, pág. 347.

(114) *Petit Dictionnaire de Droit*, Dalloz, Paris, 1951, pág. 593.

(115) BEVILAQUA, *op. cit.*, vol. 2.º, pág. 143-144.

(116) BEVILAQUA, *op. cit.*, vol. 2.º, pág. 144.

tais infrações, nem quanto a crimes militares ou de imprensa, também não contemplou as *infrações fiscais* (v. g. o contrabando) como excluídas da extradição.

21 — Novas espécies ou categorias de infrações têm sido, nos últimos tempos, acrescentadas ao rol daquelas que se consideram passíveis de extradição, embora não revistam um caráter puramente de direito comum, como observam certos autores (PODESTÁ COSTA, JEAN SPIROPOULOS etc.). São as que se qualificam de *delitos "anti-sociais"* — configurados estes por atos de violência cometidos não contra determinadas pessoas, governos, regimes ou Estados, nem motivados por circunstâncias políticas locais, mas dirigidos contra toda organização social — atentados anarquistas, terroristas, nihilistas, comunistas etc., — e cujos autores se reputam igualmente perigosos em toda parte, onde quer que se encontrem (117).

Refere outrossim, LOUIS CAVARÉ que, após a segunda guerra mundial, o problema da extradição se suscitou em relação a várias categorias de pessoas: 1.º) para os criminosos de guerra, culpados por infrações ao direito da guerra; 2.º) para as pessoas acusadas de crimes contra a humanidade, cometidos, tanto no curso da guerra como fora do período das hostilidades propriamente ditas; 3.º) para as pessoas acusadas de crimes contra a paz, isto é, de haverem, por suas atitudes, desencadeado a agressão ou se tornado cúmplices dela, com as suas responsabilidades governamentais. Alude, finalmente, a uma quarta (4.ª) categoria de pessoas, em relação às quais o problema da extradição provocou questões delicadas: a dos *traidores e colaboradores* com o inimigo, os chamados "*Quistings*" (118).

Um dos mais discutidos desses crimes é o de *genocídio*.

Genocídio é um neologismo técnico que ainda não figura nos dicionários comuns da língua portuguesa, nem sequer na maioria dos repertórios e repositórios gerais do direito nacional. Há os que o dizem originário do vocábulo grego *genos* (raça, geração, nação, tribo) e do verbo latino *caedere* (matar); — etimologia que motivou a crítica de LEMKIN, de tratar-se de um vocábulo híbrido, pôsto que derivado de duas línguas (119). Outros autores, porém, como NÉLSON HUNGRIA, dão-no como etimologicamente oriundo do latim em ambos os seus componentes, a saber: *genus* (raça, povo, nação) e *excidium* (destruição, ruína) (120). JOSÉ AGUSTÍN MARTÍNEZ e M. A. BOISSARIE julgam preferível a expressão *genocídio* (121). FRANCISCO LA-

(117) PODESTÁ COSTA, *op. cit.*, pág. 138; DIENA, *op. cit.*, págs. 349-350; SPIROPOULOS, *op. cit.*, pág. 197.

(118) CAVARÉ, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 247.

(119) RAPHAEL LEMKIN, *Genocide as a crime under International Law*, em "*The American Journal of International Law*" n.º de janeiro de 1947, vol. 41, n.º 1, pág. 147.

(120) NÉLSON HUNGRIA, *O crime de genocídio*, na *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1950, vol. CXXXII, fasc. 569, pág. 5.

(121) JOSÉ AGUSTÍN MARTÍNEZ, *El nuevo delito de genocidio*, na *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1942, n.º 3, págs. 251-252; — M. A. BOISSARIE, *Rapport sur la définition du crime contre la humanité*, na *Revue Internationale du Droit Pénal*, Paris, números 3-4, pág. 203.

PLAZA, a par da palavra *genocídio*, adota e emprega, por igual, a palavra *genticídio*, considerando, até, esta última mais adequada, segundo a conclusão de MOLINARIO, pois deriva de *gens* (raça, estirpe, país, povo, família) e de seu genitivo plural *gentis*; e, assim, a seu ver, a formação do neologismo não suscitaria reparos sérios e ele expressaria cabalmente o sentido técnico atribuído à palavra (122). Exprime-se sob a denominação de *genocídio* um crime contra a espécie humana (contra a humanidade), consistente no emprêgo de práticas ou técnicas mortíferas, ou de crueldade ou perseguição, em tempo de guerra ou de paz, infligidas a populações, coletividades ou massas humanas de qualquer grau de civilização, raça, nacionalidade ou condição social. MORENO QUINTANA e BOLLINI SHAW o definem como sendo "o extermínio ou intento de exterminar em massa determinados grupos humanos, em tempo de paz ou de guerra" (123). A Primeira Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (O.N.U.), em 1946, declarou o *genocídio delicto internacional* e a Terceira Assembléia, em 1948, aprovou uma Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio, em cujo art. 2.º foi o mesmo definido como a prática de atos cometidos com a intenção de destruir, total ou parcialmente, grupos nacionais, étnicos, raciais ou religiosos, quais sejam: matar membros do grupo; causar-lhes graves danos à integridade física ou mental; submetê-los intencionalmente a tais condições de vida que possam causar sua destruição física total ou parcial; impor medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; transferir, pela força, crianças de um grupo para outro. Dêsse crime é exemplo marcante o massacre de comunidades judias praticado na Alemanha hitlerista antes e durante a segunda guerra mundial. JIMÉNEZ DE ASÚA, ao classificar em quatro grupos os chamados *delitos internacionais*, compôs um desses grupos com os "*delitos contra la humanidad*, entre los cuales el más característico sería el *genocidio*" (124); ao passo que VESPASIANO PELLA, ao apresentar à Secretaria das Nações Unidas o seu projeto de codificação dos delitos contra a paz e segurança da humanidade, sustentou, ao revés, não dever incluir-se entre eles o *genocídio* (125).

Tem-se discutido, outrossim, sobre o caráter de *delito político*, ou *não político*, ou *complexo*, do genocídio, — o que teria implicações em tema de *extradição*, consoante se debateu no ensejo dos famosos julgamentos de Nuremberg. Assinalando a gravidade do problema relacionado com a possibilidade de atribuir-se ao genocídio (ou genticídio) o caráter de *crime político*, escreve LAPLAZA:

(122) FRANCISCO P. LAPLAZA, *El delito de genocidio o genticidio*, Buenos Aires, 1953, pág. 65.

(123) MORENO QUINTANA e BOLLINI SHAW, *op. cit.*, pág. 416.

(124) L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Los delitos internacionales. Medidas para combatir-los* (proposição apresentada à Conferência Internacional de Justiça de Lima, em 1951), na *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1951, n.º 4, páginas 332 e seguintes; — *idem*, *Tratado de Derecho Penal*, 1950, tomo 2.º, páginas 97 e seguintes.

(125) O. N. N. (A/CN. 4/39, 24 novembro de 1950): — *Memorandum concerning a Draft Code of offences against the peace and security of mankind*, páginas 188 e seguintes.

"La naturaleza de los hechos que lo configuran acaso llevara a pensar que sería, sin más, un delito político o que estuviera estrechamente vinculado con él por razones de complejidad o de conexidad. Esto tiene una importancia práctica considerable, como se sabe, a los fines de la extradición, toda vez que no correspondería acordarla en el supuesto de que el genocidio fuera un delito político.

Sin embargo, los hechos constitutivos, por su misma atrocidad, precaven contra una conclusión apresurada. La llamada *cláusula belga* o *de atentado* contribuyó, hace ya tiempo, a que la negativa a conceder la extradición se limitara de modo razonable pese a tratarse de delitos políticos puros y simples o, cuando menos, complejos. La *Convención para la prevención y la represión del terrorismo*, del 16 de noviembre de 1937, despojó también a los atentados que dan en denominarse *terroristas*, de todo resabio romántico susceptible de confundirlos con la delincuencia política, e hizo expresamente lugar a la extradición (art. 8) para tales casos.

Aun prescindiendo de la magnitud del daño y del estrago, desde el punto de vista del criterio subjetivo de la distinción entre el delito común y el político, el móvil sería siempre abyecto, al par que, con criterio objetivo, mientras el delito político ataca la organización y funcionamiento de un Estado determinado, el genocidio lesiona los intereses de la comunidad de las naciones.

Compréndese, pues, que la convención sobre el genocidio no lo considere delito político a los efectos de la extradición" (126).

A nosso juízo, o caráter *político* ou *não político* do crime de *genocídio* não pode ser determinado por critérios apriorísticos ou de mero dogmatismo jurídico; antes, a sua apuração demanda o exame aprofundado de suas causas e objetivos determinantes, em cada caso. Ninguém contestaria, por exemplo, a tipicidade *política* da perseguição aos judeus na Alemanha nazista; mas dificilmente se poderia lobrigar caráter político no massacre de tribos indígenas da selva amazônica, para a conquista violenta de suas terras por parte de seringueiros e latifundiários ambiciosos. O fato de tratar-se de crime *contra a humanidade* ou *crime internacional* não implica, a nosso ver, necessariamente, a classificação de *delito político*. Aliás, a diferenciação já decorria claramente do art. 6.º, letra *c*, do estatuto do Tribunal Internacional de Nuremberg que, como "*crimes contra a humanidade*", enumerava: "assassinato, extermínio, redução à escravidão, deportação e todo ato desumano cometido contra as populações civis antes ou durante a guerra; bem assim as perseguições *por motivos políticos, raciais ou religiosos*, cometidas como consequência de todo crime incluído na competência do Tribunal, ou que essas perseguições hajam constituído uma violação do direito interno do país

(126) LAPLAZA, *op. cit.*, págs. 85-86.

onde tenham sido cometidas" (127). Como justamente observam MORENO QUINTANA e BOLLINI SHAW, "a apreciação do delito político depende, já de sua *causa*, que pode ter origens distintas..., já de seu *objeto*, geralmente dirigido contra as instituições públicas ou seus representantes" (128).

Seja como for, porém, o problema, sob o ângulo e para os fins específicos da *extradição*, parece superado ou, pelo menos, encontra razoável solução na regra adotada pela referida *Convenção para prevenir e reprimir o crime de genocídio*, aprovada na 3.^a Seção da Assembléia Geral da ONU, em 1948, e segundo a qual, "*para os efeitos da extradição o genocídio não é considerado delito político*". Muitos Estudos perfilharam o princípio, transformando-o em lei nacional, dentre eles, *v. g.*, neste continente, a Argentina e o Brasil. Entre nós essa adoção legislativa se operou através da Lei n.º 2.889, de 1.º de outubro de 1956, que "*define e pune o crime de genocídio*" (*sic*). Essa lei, além de, no art. 1.º, *definir* o genocídio, endossando e reproduzindo fielmente a conceituação elaborada pela sobredita *Convenção* da ONU, e estabelecer penas para as suas diferentes modalidades, preceituou, em seu art. 6.º: — "*Os crimes de que trata esta lei não serão considerados crimes políticos para efeito de extradição*".

Arguições de *inconstitucionalidade* foram levantadas contra a ressalva constante desse art. 6.º, desde sua tramitação legislativa através do Projeto n.º 249, de autoria do deputado ADROALDO COSTA, sob a invocação de colidência com disposição expressa da Lei Magna, proibitiva da extradição por crime político. Ainda hoje — encarada a hipótese de um crime de genocídio com caráter nitidamente *político*, — haverá, talvez, quem pretenda lobrigar antinomia irreduzível entre a regra aludida, do art. 6.º da Lei n.º 2.889, de 1953, e o mandamento do § 19 ao art. 153 da vigente Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, segundo a qual "*não será concedida a extradição do estrangeiro por crime político...*"

Essas arguições, porém, jamais lograram acolhida, nem poderiam prevalecer, pela óbvia razão de ter sido o Brasil um dos Estados partícipes e signatários da sobredita *Convenção* da ONU, em que fora tal norma consagrada como regra ou princípio de direito internacional. O caso era típico de aplicação da teoria dita "*da constitucionalidade intrínseca dos tratados*", corolário da doutrina da supremacia do direito público internacional sobre o direito interno (ainda que de natureza *constitucional*), e em cujos moldes "*pacta sunt servanda*" é o mandamento máximo, o comando supremo, a lei incontrastável, uma espécie de dogma jurídico-político transcendente da vontade isolada ou coletiva dos Estados. E, assim, como sustenta J. SETTE CÂMARA, "a ordem jurídica internacional *prima* sobre as ordens jurídicas nacionais", e nisso está "a razão da validade do tratado, ainda que contrarie a lei nacional" (129). Posta a norma internacional no mais alto plano na hie-

(127) MORENO QUINTANA e BOLLINI SHAW, *op. cit.*, pág. 417, nota 8.

(128) MORENO QUINTANA e BOLLINI SHAW, *op. cit.*, pág. 158.

(129) JOSÉ SETTE CÂMARA, *A importância da ratificação do processo de conclusão dos tratados internacionais*, no *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, números 15-16, pág. 99.

rarquia das leis, daí resulta assegurada a validade e prevalência dos tratados sôbre tôdas e quaisquer leis, sôbre as próprias Constituições dos Estados pactuantes, com força derogatória dos respectivos textos que lhes sejam contrários (130).

O assunto oferece outros aspectos dignos de consideração.

Assim, por exemplo, é de estranhar-se que o recente Decreto-lei n.º 941, de 13 de outubro de 1969, sendo o primeiro diploma legal regulador da extradição advindo posteriormente à Lei n.º 2.889, de 1.º de outubro de 1956, ao prescrever, em seu art. 88, inciso VII, que "não se concederá a extradição"... "quando se tratar de *crime político*", não houvesse incorporado e reproduzido — em complemento ao mesmo inciso, ou em subseqüente parágrafo — a ressalva (constante do art. 6.º daquela lei ainda em plena vigência) de que os atos configuradores do *genocídio* não são considerados *crimes políticos* para efeito de *extradição*.

Conquanto prevaleça, no caso, o princípio "*lex posterior generalis non derogat priori speciali*", seria de toda conveniência que se tivesse consignado a exceção atinente ao *genocídio*. Até mesmo para afastar qualquer possível suposição de uma hipótese especialíssima de *revogação tácita* fundada em certa doutrina segundo a qual — como escreve VICENTE RÁO — "quando a lei nova regular por inteiro a mesma matéria contemplada por lei ou leis anteriores, gerais ou particulares, visando substituir um sistema por outro, uma disciplina total por outra, então tôdas as leis anteriores sôbre a mesma matéria devem considerar-se revogadas" (131); ou como já sustentara PAULO DE LACERDA, *in verbis*: — "... em vez de se reputar revogada uma disposição antiga sômente quando a ela a nova se refere, ou ao seu assunto, para alterá-la explícita ou implicitamente, tem-se como revogadas tôdas aquelas disposições que não foram mantidas claramente pela lei nova" (132), sendo de notar-se que essa espécie de revogação tácita independe de qualquer antinomia ou incompatibilidade entre os textos legais em confronto, consoante se colhe em FERRARA, SCUTO, STOLFI etc. (133).

O certo, porém, é que, em última análise, nenhuma revogação, ainda que expressa, prevaleceria no caso especial em tela, ante a vigência e supremacia, sôbre a *lei local*, da *norma internacional* (esquecida ou desdenhada pelo legislador de 1969), a cuja observância se obrigou e continua obrigado o Brasil, por isso que não se desvinculou da citada *Convenção para a prevenção e repressão do crime de genocídio*, de 11 de dezembro de 1948, votada na 3.ª Assembléia Geral da ONU e transformada em *lei nacional* pelo referido diploma de 1956.

(130) LEOPOLDO BRAGA, *Das imunidades diplomáticas em matéria tributária*, Rio de Janeiro, 1960, pág. 32; — *idem* *Pareceres e Estudos Jurídicos*, tomo 2.º, Rio de Janeiro, 1967, pág. 70.

(131) VICENTE RÁO, *O Direito e a Vida dos Direitos*, vol. 1.º, pág. 392.

(132) PAULO DE LACERDA, *Manual do Código Civil Brasileiro — Introdução*, vol. 1.º pág. 321.

(133) F. FERRARA, *Trattato di Diritto Civile*, vol. 1.º, pág. 254; — SCUTO, *Istituzioni di Diritto Civile*, 1933, vol. 1.º pág. 153; — STOLFI, *Diritto Civile*, Turim, 1919, vol. 1.º pág. 163.

O chamado "*colaboracionismo*", não expressamente previsto em nosso Código Penal é figura surgida no curso da segunda Grande Guerra; e por ter caráter eminentemente *político*, refoge aos efeitos da extradição.

Outras espécies criminais modernamente conceituadas em doutrina e também, já hoje, previstas, definidas e punidas em lei como ilícitos penais contrários à paz social, à estabilidade das instituições e à própria segurança da Pátria, são a "*guerra psicológica*" e a "*guerra revolucionária*".

Entre nós, a Lei de Segurança Nacional, no § 2.º ao seu art. 3.º, definiu a "*guerra psicológica adversa*" como "o emprêgo da propaganda, da contra-propaganda e de ações nos campos político, econômico, psicossocial e militar, com a finalidade de influenciar ou provocar opiniões, emoções, atitudes e comportamentos de grupos estrangeiros, inimigos, neutros ou amigos, contra a consecução dos objetivos nacionais".

A mesma Lei, no § 3.º ao dito art. 3.º, definiu, outrossim, a "*guerra revolucionária*" como sendo "o conflito interno, geralmente inspirado em uma ideologia, ou auxiliado do exterior, que visa à conquista subversiva do poder pelo controle progressivo da Nação".

Como se vê pelo próprio enunciado dessas conceituações legais, trata-se de novos delitos de feição nitidamente *política*, como tais identificáveis à luz das próprias finalidades que se lhes assinalam, ou sejam, no primeiro, uma atividade "*contra a consecução dos objetivos nacionais*"; e, no segundo, uma atividade "*que visa à conquista subversiva do poder pelo controle progressivo da Nação*".

Nesses casos, em se tratando de *delitos políticos* não expressamente ressaltados em convenções internacionais a que esteja vinculado o Brasil, nem em textos de lei nacional, recaem também eles na área da imunidade extradicional.

22 — Assim em doutrina como na prática internacional, admite-se a extradição nos casos de mera *tentativa*, bem ainda nos de *co-autoria* e *cumplicidade*. A anterior lei brasileira sobre extradição (Decreto-lei n.º 394, de 28-4-1938) aludia às ditas hipóteses, tanto no n.º III ao art. 2.º, como no seu art. 4.º, *in verbis*:

"Art. 2.º — Não será, também, concedida a extradição nos seguintes casos:

.....
"III — quando a lei brasileira impuser, pela infração, pena de prisão inferior a um ano, *compreendida a tentativa, co-autoria e cumplicidade.*"

Art. 4.º — A extradição alcança os processados ou condenados *como autores, cúmplices ou encobridores da infração.*"

A atual lei sobre a extradição, isto é, o Decreto-lei n.º 941, de 13 de outubro de 1969, além de não haver reproduzido a norma desse citado art. 4.º da anterior — ao dispor, no inciso IV ao art. 88, que "não se concederá a extradição"...

"quando a lei brasileira impuser ao ilícito pena igual ou inferior a um ano",

omitiu, ou, melhor, suprimiu aquela parte final do correspondente dispositivo da lei anterior (inciso III ao art. 2.^o), onde se dizia: "*compreendida a tentativa, co-autoria e cumplicidade*".

A tentativa que ensejava a extradição — segundo o comentário de ANOR BUTLER MACIEL — era a punível pelo Código Penal, excluída, portanto, a hipótese constante de seu art. 14, segundo o qual — "*não se pune a tentativa, quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime*". Daí a justeza da advertência de ARTUR BRIGGS, pelo mesmo invocada, no sentido de que deve haver o maior cuidado no exame dos pedidos de extradição de indivíduos que apenas *tentaram* praticar um crime, principalmente quanto à gravidade deste e ao valor jurídico dos elementos da tentativa, e de que "melhor seria que a lei, para efeitos de extradição, só admitisse a tentativa de homicídio, compreendendo o assassinato, o parricídio, o envenenamento e o infanticídio" (134).

No que respeita aos *autores, cúmplices* ou *encobridores* da infração, vale registrar que o texto do citado art. 4.^o do anterior diploma legal brasileiro reproduzia quase textualmente a norma do art. 352 do Código de Direito Internacional Privado ou *Código Bustamante (Convenção de Havana)*, assim concebida: — "*A extradição alcança os processados ou condenados como autores, cúmplices ou encobridores do delito*".

Ora, como bem explica MACIEL, com o advento do Código Penal de 1940, a anterior lei de extradição brasileira, elaborada em 1938, quando se referia a *cúmplices*, ficou desatualizada, pois o dito Código aboliu a distinção entre autores e cúmplices, para considerar *autores* todos os que participam no crime. Outrossim, a *cumplicidade post factum*, segundo o mesmo Código Penal de 1940, constitui crime autônomo, sob os títulos de *receptação* e *favorecimento* (135).

23 — Um dos mais discutidos temas do direito extradicional é o que respeita à questão de saber se o Estado requerente da extradição de um indivíduo, na ausência de cláusula expressa, pode submetê-lo a julgamento ou impor-lhe pena por fato delituoso diverso daquele que houver motivado a entrega do inculpaado.

Informa FERNANDO RICCI que a questão não é uniformemente solucionada pela doutrina e que, no direito convencional, deu lugar a três sistemas, a saber: — *Primeiro sistema* — rigorosamente seguido na França e que tende a prevalecer igualmente nos outros países — é o da "*interpretação restritiva*", consoante a qual o extraditado não pode ser julgado senão em razão dos fatos que expressamente motivaram sua extradição; todos os outros fatos, praticados anteriormente ou posteriormente ao pedido, previstos, ou não, pelo tratado, devem ser excluídos de todo processo e julgamento. *Segundo sistema* — adotado, há muito, pela Bélgica (art. 6.^o de sua lei de 13 de novembro de 1833): o Estado requerente pode fazer julgar o extraditado por todos os fatos que tenham sido reconhecidos passíveis de extradição pela convenção geral, a menos que se trate de um fato expressamente reservado

(134) BUTLER MACIEL, *op. cit.*, pág. 78.

(135) BUTLER MACIEL, *op. cit.*, pág. 103.

pela convenção especial de extradição. *Terceiro sistema* — O país requerente pode fazer julgar o extraditado por todos os atos irrogados à sua culpa, sob a condição de processá-lo ou puni-lo pelo fato que motivou o pedido, contanto que não se trate nem de um delito político nem de um delito expressamente reservado. O Estado ao qual um delinqüente foi entregue não assume senão uma obrigação: a de julgá-lo pelo fato em virtude do qual a extradição se consumou. Desde que satisfizesse a tal designio e, assim, provou que seu pedido era procedente, adquire êle sua pena liberdade de ação e pode, pois, julgar o extraditado por todos e quaisquer fatos que lhe sejam imputados, sem distinguir se os mesmos se acham, ou não, compreendidos no tratado de extradição. Essa teoria, explica RICCI, foi sustentada pelos Estados Unidos num debate de grande repercussão, em 1875, com a Inglaterra, a propósito da extradição de Charles Lewis Lawrence (136).

O princípio hoje predominante em quase todo o mundo culto é o da *interpretação restritiva*, também chamado da *especialidade* ou do *efeito limitativo da extradição*. — a que se filiou o Brasil, — segundo o qual ao Estado requerente não é lícito fazer julgar o extraditado por fato diverso daquele constante do pedido e que determinou a extradição (137).

A lei de extradição de 1938, em seu art. 12, letra "a", estabelecia que a entrega do inculcado não seria efetuada sem que o Estado requerente assumisse o compromisso de... "não ser detido o extraditado em prisão, nem julgado, por infração diferente da que haja motivado a extradição e cometida antes desta, salvo se livre e expressamente consentir em ser julgado ou se permanecer em liberdade, no território desse Estado, um mês depois de julgado e absolvido por aquela infração, ou de cumprida a pena de privação de liberdade que lhe tenha sido imposta" (*sic*).

A nossa lei atual (Decreto-lei n.º 941, de 1969), em seu art. 98, inciso I, manteve o princípio, com o estabelecer, pura e simplesmente, que "não será efetuada a entrega do extraditando sem que o Estado requerente assumo o compromisso de não ser o extraditando preso, nem processado por outros fatos anteriores ao pedido de extradição".

24 — Sintetizando os diversos requisitos ou pressupostos geralmente estabelecidos para a admissibilidade da extradição, costumam alguns autores classificá-los e resumi-los num esquema de "*condições*" mais ou menos numerosas. Segundo JOSÉ MENDES, as *condições* se classificam em duas categorias, a saber: a) — condições *objetivas*, isto é, relativas aos fatos delituosos; e, b) condições *subjetivas*, isto é, relativas à pessoa dos delinqüentes (138).

De um modo geral, entre tais condições se incluem e enumeram as seguintes:

1.^a) *Que se trate de acusação relativa a delito de certa gravidade, e não de alguma infração de somenos importância.* Costuma-se aferir da gravidade do delito pela natureza e grau da pena cominada nas legislações penais.

(136) FERNAND RICCI, *Des Effets de l'Extradiction*, Paris, 1886, páginas 10 à 15.

(137) ACCIOLY, *op. cit.*, vol. 1.º, págs. 546-547.

(138) JOSÉ MENDES, *op. cit.*, pág. 418.

A lei brasileira estabeleceu, para a concessibilidade da extradição, que a pena prevista no Brasil para a infração argüida não seja inferior a um ano de prisão (Decreto-lei n.º 941, art. 88, n.º IV).

2.^a) *Que o fato motivador do pedido de extradição configure infração punível quer pela legislação do Estado requerente, quer pela do Estado requerido.* (A lei brasileira consagra o princípio no seu art. 88, n.º II).

Sobre este assunto não é pacífica a doutrina. Embora concordem todos ou quase todos os estudiosos quanto à necessidade de que o fato motivador do pedido de extradição seja punível, como delituoso, pela legislação do Estado requerente, a discordância opinativa se planta na questão de saber se o mesmo é de exigir-se em relação à lei penal do Estado requerido, ou de refúgio. Refere PAUL FAUCHILLE que a prática da extradição parece dominada pela necessidade de uma incriminação do fato, mesmo na legislação do Estado requerido, tanto assim que, na sua maior parte, os tratados internacionais sobre a matéria consignam expressa ou implicitamente que o fato fundamental do pedido de entrega deve constituir uma infração punível segundo a lei do Estado de refúgio e segundo a lei do Estado requerente. Entre os tratadistas, certos autores, tais como BERNARD, BONFILS, MERIGNHAC, TRAVERS, WEISS etc., não reputam necessária a criminalidade do fato relativamente ao Estado requerido. Ao contrário, BEAUCHET, BIRON e CHALMRES, DESPAGNET-DE BOECK, RENAULT, VIDAL e outros muitos, opinam que o fato deve ser considerado delituoso e punível pelas legislações de ambos os Estados — requerente e requerido. Esta, foi, aliás, a diretriz preferida pelo Instituto de Direito Internacional, em sua 11.^a Resolução de Oxford, nestes termos: — “*Em regra, deve-se exigir que os fatos aos quais se aplica a extradição sejam punidos pela legislação dos dois países, excetuado o caso em que, por virtude de instituições particulares ou da situação geográfica do país de refúgio, as circunstâncias de fato que constituem o delito não se possam produzir*” (139).

3.^a) *Que não se tenha operado prescrição do crime ou da pena respectiva.* Entendem certos autores que tal prescrição é a da lei do Estado requerente da extradição, porquanto é esta a lei que foi violada pelo ato do acusado (140). Outros, porém, vinculam os efeitos da condição às legislações de ambos ou qualquer dos Estados — requerente e requerido, — em consonância, aliás, com a fórmula adotada pelo Código de Direito Internacional Privado, de Havana (*Código Bustamante*), em seu art. 359, *in verbis*: — “*Tampouco debe accederse a ella si han prescrito el delito o la pena, conforme a las leyes del Estado requirente o del requerido*”. O mesmo princípio prevaleceu no *Projeto de Código de Direito Internacional Público*, de EPIFÁCIO PESSOA (art. 285, alínea d). A antiga lei brasileira de extradição (Lei n.º 2.416, de 28-6-911) estipulava que a extradição não seria concedida “*quando a infração ou a pena estiver prescrita segundo a lei do país requerente*”. A lei precedente à atual (Decreto-lei n.º 394 de 28-4-938) exigia que não se tivesse verificado a prescrição “*segundo a lei do Estado requerente*,

(139) FAUCHILLE, *op. cit.*, vol. 1.º, 1.^a parte, págs. 1.032-1.033.

(140) JOSÉ MENDES, *op. cit.*, pág. 418.

ou a brasileira" (art. 2.º, n.º V). A lei atual (Decreto-lei n.º 941, de 13-10-969) manteve a regra, nestes termos: — "quando se tiver verificado a prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente".

4.ª) Não ter sido ou não estar sendo o extraditando processado pelo mesmo crime no Estado requerido. É uma condição perfeitamente justificável, no dizer de J. MENDES (141), para que não haja duas punições pelo mesmo fato, e, pois, imposta pelo preceito do "non bis in idem". ACCIOLY, por seu turno, diz tratar-se de um princípio geralmente aceito e aduz que alguns países o levam ainda mais longe, pretendendo que um Estado não deva conceder a extradição por fatos sobre os quais se possa exercer a sua jurisdição criminal (142). A vigente lei brasileira, reproduzindo quase literalmente disposição da anterior, desautoriza a extradição "quando o extraditando estiver sendo processado ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido" (art. 88, n.º V).

Se, todavia, verificar-se a hipótese, mas com relação a crime diverso do que motivou o pedido de extradição, a solução mais consentânea com os princípios fundamentais do direito repressivo internacional é a que têm adotado as leis brasileiras.

O vigente Decreto-lei n.º 941, de 13-10-969, dispôs:

"Art. 96. Quando o extraditando estiver sendo processado ou tiver sido condenado no Brasil, por crime punível com pena privativa de liberdade, a extradição só se efetivará após a conclusão do processo ou o cumprimento da pena, ressalvado, entretanto, o disposto no art. 76".

O citado art. 76 prevê a hipótese de, por conveniência do interesse nacional, poder efetivar-se a expulsão do estrangeiro ainda que haja processo ou já se tenha efetivado sua condenação.

A lei anterior, de 28-4-938, estabelecia, no seu art. 11, *in verbis*: — "Quando o inculpado, contra o qual foi feito o pedido, estiver sendo processado ou estiver sujeito a cumprimento de pena de prisão ou de pena que nesta se resolva, por fato diverso, praticado no Brasil, a extradição será decidida, na forma desta lei, mas a entrega só se fará efetiva depois de findo o processo ou de extinta a pena". De igual modo dispunha a lei n.º 2.416, de 28 de agosto de 1911, em seu art. 3.º. A mesma regra se acha consignada no art. 346 do Código de Direito Internacional Privado, de Havana, (*Código Bustomante*), com a diferença de que aí só se admite o adiamento da entrega do inculpado extraditando quando se tratar de processo ou condenação anterior ao recebimento do pedido de extradição.

5.ª) Não ter o extraditando de responder, no Estado requerido, perante algum tribunal ou juízo de exceção. Trata-se de uma ressalva encontrada em várias legislações e em muitos tratados de extradição, aceita, igualmente, em doutrina, pela consideração de que, ordinariamente, os tribunais ou juízos de exceção não oferecem aos acusados as mesmas garantias que os tribunais e juízos comuns (143). "Em princípio", — explica ARTUR BRIGGS — "um

(141) JOSÉ MENDES, *op. cit.*, pág. 416.

(142) ACCIOLY, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 539.

(143) JOSÉ MENDES, *op. cit.*, pág. 418.

juízo ou tribunal de exceção tem origem revolucionária e se caracteriza mais pela excitação política ou militar, do que pela distribuição calma e reta da Justiça; basta esse fundamento para inferir-se que o indivíduo entregue correria todos os riscos dessa anormalidade" (144). Entre nós, a matéria se acha prevista e regulada no n.º VIII do art. 88 do Decreto-lei n.º 941, de 13-10-1969, segundo o qual não será também concedida a *extradição* "quando o extraditando tiver de responder, no país requerente, perante Tribunal ou juízo de exceção".

6.ª) *Não ter o fato motivador do pedido de extradição o caráter de crime político, de infração puramente militar, contra a religião, de imprensa (ou de opinião) ou de natureza fiscal.* A matéria já foi devidamente examinada no n.º 20 deste trabalho. O Decreto-lei n.º 394, de 1938, no n.º VII do art. 2.º, declarava não concessível também a extradição "quando a infração fôr: a) — puramente militar; b) — contra a religião; c) — crime político ou de opinião". Silenciava quanto às infrações fiscais. O vigente Decreto-lei n.º 941, de 13-10-1969 não reproduziu esse dispositivo.

7.ª) *Não prevalecer a competência do Estado requerido para o julgamento da infração.* Algumas legislações ressalvam essa condição. Assim, por exemplo, a brasileira, como expresso no art. 88, n.º III, do Decreto-lei n.º 941 de 13-10-1969, segundo o qual não se concederá a extradição "quando o Brasil fôr competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando".

8.ª) *Comutação da pena, se fôr de morte ou corporal.* É um princípio estabelecido, em muitas legislações, com base no sentimento de humanidade, e que predominou na *Convenção de Havana*, passando a constituir a norma do art. 378 do Código de Direito Internacional Privado (*Código Bustamante*), assim concebida: — "Em nenhum caso se imporá ou se executará a pena de morte por delito que tiver sido objeto da extradição". A lei brasileira preceitua que a entrega do extraditando não será efetuada sem que o Estado requerente assumo o compromisso de... "comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, os casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação". (art. 98, n.º III do Decreto-lei n.º 941, de 31-10-1969).

25 — O *processo da extradição* é matéria eminentemente de direito interno e se acha, via de regra, estabelecido nas legislações particulares dos diversos Estados da Magna Civitas.

Como justamente assinala HILDEBRANDO ACCIOLY, a autoridade competente para solicitar e conceder a extradição outra não pode ser senão o Poder Executivo, como órgão, que é, das relações entre os Estados; tanto mais quanto se trata de um verdadeiro ato de soberania e, "assim, só a pode solicitar ou conceder a autoridade que tem o exercício da soberania em face dos países estrangeiros" (145).

(144) ARTUR BRIGGS, *Extradição de Nacionais e Estrangeiros*, Rio de Janeiro, 1919, págs. 38-39.

(145) ACCIOLY, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 540.

Na expressão de JOSÉ MENDES, a extradição representa uma transação de duas soberanias: resolve um conflito de jurisdição entre duas nações soberanas — uma com direito à punição de quem delinqüiu no seu território e outra com direito a proteger quem está pacificamente em seu território — e, sendo, assim, uma relação entre dois Estados, é, evidentemente, *da alçada diplomática* e, pois, “o pedido de extradição deve ser feito *por via diplomática*” (146).

Não obstante a prevalência dessa regra, pode, entretanto, o pedido ser feito diretamente, de governo a governo; e, neste sentido, vale mencionar como exemplos típicos os dispositivos do art. 5.º do tratado entre o Brasil e a Bolívia e do art. 9.º do tratado entre o Brasil e o Peru.

A matéria está, aliás, prevista na legislação brasileira, tal qual se vê pelo que, inicialmente, reza o art. 91 do Decreto-lei n.º 941, de 13-10-969, *in verbis*:

“A extradição será solicitada por via diplomática ou, na falta de agente diplomático do Estado requerente, diretamente de governo a governo...” etc..

Admite-se, geralmente, em especiais circunstâncias de urgência ou necessidade de detenção preventiva do inculpaado, pelo perigo de fuga, que o pedido seja feito em forma direta pela autoridade judicial ou administrativa do Estado requerente, sem maiores formalidades, procedendo-se, posteriormente, às que forem de direito. A legislação brasileira prevê e regula a hipótese (art. 93 do citado Decreto-lei n.º 941). A lei anterior (Dec-lei n.º 394, de 28-4-938) dispunha semelhantemente, no seu art. 9.º, condicionando, porém, a hipótese, expressamente, à *“reciprocidade de tratamento.”*

O pedido de extradição deve, sempre, ser instruído e justificado com documentação autêntica e idônea a esclarecer e provar a identidade do extraditando; a natureza do fato que constitua objeto da acusação ou da sentença condenatória; qual a lei aplicável ao caso; a competência do Estado requerente para o exercício da medida; a existência de atos ou decisões judiciais relativos ao fato, etc..

O processo da extradição é variável, dependendo do sistema porventura adotado pela legislação interna de cada país. Os sistemas geralmente seguidos podem classificar-se em três categorias, a saber: — a) *sistema puramente administrativo*; b) *sistema exclusivamente judiciário*; c) *sistema misto*.

Consoante o primeiro — adotado ainda em alguns países, inclusive a Espanha, e que vigia, outrossim, na França antes da lei de 10 de março de 1927 e na Alemanha antes da lei de 23 de dezembro de 1929, — a extradição é concedida ou denegada por obra e deliberação exclusiva da autoridade governamental, sem interferência decisória do Poder Judiciário.

Pelo segundo sistema — adotado principalmente na Inglaterra, — a extradição é matéria de apreciação e deliberação exclusiva da autoridade judiciária, a qual examina até o *mérito* do caso, mediante um verdadeiro e próprio processo judicial, com tôdas as garantias, formalidades e recursos dos

(146) JOSÉ MENDES, *op. cit.*, pág. 423.

processos criminais comuns. O Executivo apenas *cumprê, executa*, o que decide o Judiciário.

Segundo a técnica do terceiro sistema, adotado, com sensíveis diferenças e variações, por vários Estados, entre os quais a Bélgica, a Holanda, a França, a Itália, — há uma divisão de competências entre o Poder Executivo e o Judiciário. Este último é chamado a se pronunciar sobre o pedido da extradição, ensejando ao inculpado extraditando formular defesa em que conteste a regularidade do mesmo pedido, mas o seu parecer não tem caráter de *obrigatoriedade* para o Executivo.

Vigora no Brasil, tradicionalmente, o sistema da *competência judiciária*, tal como decorre de imperativo constitucional e de disposições de lei ordinária. Com efeito, a Constituição de 1946, no seu art. 101, inciso I, alínea "g", estabelecia que ao *Supremo Tribunal Federal* competia... "*processar e julgar originariamente*"... "*a extradição dos criminosos, requisitada por Estados estrangeiros*..." O Decreto-lei n.º 394, de 1938, já prescrevera, em seu art. 10: — "*Nenhum pedido de extradição será atendido sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a legalidade e procedência do mesmo, bem como sobre o caráter da infração, na forma do art. 2.º, § 3.º*".

A antiga Lei n.º 2.416, de 1911, em seu art. 10, também consignava, embora em termos menos amplos, análogo mandamento: — "*Nenhum pedido de extradição será atendido sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a legalidade e procedência do mesmo*".

A Carta de 1967, em seu art. 114, alínea g, declarou *competir ao Supremo Tribunal Federal* "*processar e julgar originariamente*"... "*a extradição requisitada por Estado estrangeiro*..."

A Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, reproduziu fielmente o dispositivo na alínea g do inciso I ao art. 119.

O Decreto-lei n.º 941, de 13-10-969, por sua vez, determinou, no § 2.º ao art. 88, que "*caberá exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal a apreciação do caráter da infração*".

Aliás, logo a seguir, estabeleceu, no § 3.º ao mesmo artigo 88:

"*O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra chefes de Estado ou qualquer outra pessoa que exerça autoridade, assim como os atos de anarquismo, terrorismo ou sabotagem, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem pública e social*".

Assinale-se, porém, que, embora adotando o princípio da *competência judiciária*, o sistema brasileiro difere sensivelmente do sistema judiciário inglês, pois, ressalvados apenas os casos de exame e pronunciamento acerca do caráter da infração e de sua natureza *política* ou *não política*, nos termos dos § 2.º e 3.º do art. 88 supracitado, a autoridade judiciária brasileira não entra na apreciação do *mérito* do caso que constitua objeto do pedido de extradição, devendo limitar-se ao exame do mesmo pedido, dos pontos de vista de sua legalidade, procedência e regularidade.

Comenta, a propósito, HILDEBRANDO ACCIOLY:

"Os sistemas brasileiro e suíço, afastam-se francamente do sistema inglês, nesse ponto. Nos dois primeiros (e também no atual sistema francês), o tribunal não examina o pedido de extradição, não entra no mérito do caso: determina apenas a questão da competência ou, quando muito, examina se há *erro evidente, quanto à pessoa do extraditando*" (147).

Outro ponto delicado a considerar, no plano dos confrontos entre o nosso sistema e os demais já mencionados, é o que respeita à *obrigatoriedade*, para o Poder Executivo, da entrega do extraditando, quando o Supremo Tribunal Federal se haja pronunciado favoravelmente ao pedido de extradição. Muito expressivo acerca desse ponto é, também, o comentário de ACCIOLY, escrito embora ainda na vigência da lei 2.416, de 1938.

"Quanto ao Brasil, poderá dizer-se que o Poder Executivo tem igualmente a faculdade de não entregar o extraditando, se o Supremo Tribunal Federal se pronunciou em favor da extradição? A lei não é bastante clara a esse respeito. Por outro lado, a prática não consigna caso algum em que o dito Poder tenha usado de tal faculdade. E, de fato, em matéria de extradição, no Brasil, o Poder Executivo dá a impressão de só intervir como simples intermediário ou como executor das decisões do Poder Judiciário.

Poderá, entretanto, alegar-se, noutro sentido, que a concessão da extradição, embora o sistema processual adotado seja puramente judiciário, é ato de soberania, de governo a governo. E como o órgão que, no Brasil, exerce a soberania externa é o Poder Executivo, a entrega do extraditando, corridos os trâmites estatuidos pela legislação interna e preenchidas as condições legais, dependerá exclusivamente desse Poder. Isto é, uma vez que a extradição for julgada legal e procedente pelo Supremo Tribunal Federal, o Poder Executivo poderá fazer, ou não, a entrega do delinqüente, devendo, todavia, fazê-la, sempre que não tenha motivos ponderosos para recusá-la" (148).

Por sua vez, em tópico sob o título "*Natureza da Decisão Judiciária*", aduz BUTLER MACIEL, escrevendo ainda na vigência da lei anterior:

"Quem concede a extradição não é o Poder Judiciário, mas sim o Poder Executivo, nos termos do art. 7.º, uma vez que o termo *Governo* se refere, obviamente, ao Poder Executivo e é o Chefe desse Poder quem mantém relações com os Estados estrangeiros, nos termos da Constituição Federal, art. 81, n.º VI. Por isso, muito procedente é a crítica feita por ARTUR BRIGGS à técnica usada pelo Supremo Tribunal Federal, que, em seus acórdãos, nos pedidos de extradição, diz que "*concede*" a extradição. O Supremo Tribunal Federal apenas diz da legalidade do pedido (*A Extradição*, página 114, edição 1919)" (149).

* * *

26 — A extradição, como já foi dito, é hoje regulada, no Brasil, pelas disposições (arts. 87 a 103) que compõem o Título VI do Decreto-lei n.º 941, de 13-10-1969, adiante transcritas:

(147) ACCIOLY, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 542.

(148) ACCIOLY, *op. cit.*, vol. 1.º, pág. 543.

(149) A. BUTLER MACIEL, *op. cit.*, ed. de 1957, pág. 144.

TÍTULO VI

Da Extradicação

Art. 87. A extradicação de estrangeiro poderá ser concedida quando o governo de outro país a solicitar, invocando convenção ou tratado firmado com o Brasil e, em sua falta, a existência de reciprocidade de tratamento.

Art. 88. Não se concederá a extradicação:

I — De brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato determinante do pedido;

II — Quando o fato que a motivar não fôr considerado crime pela lei brasileira ou do Estado requerente;

III — Quando o Brasil fôr competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando;

IV — Quando a lei brasileira impuser ao ilícito pena de prisão igual ou inferior a um ano;

V — Quando o extraditando estiver sendo processado ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido;

VI — Quando se tiver verificado a prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente;

VII — Quando se tratar de crime político;

VIII — Quando o extraditando tiver de responder, no país requerente, perante Tribunal ou juízo de exceção.

§ 1.º A exceção do inciso VII não impedirá a extradicação, quando o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal.

§ 2.º Caberá exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal a apreciação do caráter da infração.

§ 3.º O Supremo-Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou qualquer outra pessoa que exerça autoridade, assim como os atos de anarquismo, terrorismo, ou sabotagem, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política e social.

Art. 89. São condições para concessão da extradicação:

I — Ter sido o crime cometido no território do Estado requerente, ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado;

II — Existir sentença final de privação de liberdade, ou estar a prisão do extraditando autorizada por juiz, tribunal ou autoridade competente do Estado requerente, ressalvado o disposto no art. 93.

Art. 90. Quando mais de um Estado requerer a extradicação da mesma pessoa pelo mesmo fato, terá preferência o pedido daquele em cujo território a infração foi cometida.

§ 1.º Tratando-se de atos diversos, terão preferência, sucessivamente:

I — O Estado requerente em cujo território haja sido cometido o crime mais grave, segundo a lei brasileira;

II — O que em primeiro lugar houver solicitado a entrega, sendo igual a gravidade do crime;

III — O Estado de origem, ou, na sua falta, o domiciliar do extraditando, se os pedidos forem simultâneos;

IV — Nos demais casos, a preferência fica à discrição do Governo brasileiro.

§ 2.º Havendo tratado ou convenção com algum dos Estados requerentes, prevalecerão suas estipulações, no que disserem respeito à preferência de que cuida este artigo.

Art. 91. A extradição será solicitada por via diplomática ou, na falta de agente diplomático do Estado requerente, diretamente de governo a governo, devendo o pedido ser acompanhado de cópia ou traslado, autêntico, da sentença condenatória, ou das decisões de pronúncia ou prisão preventiva, proferidas por juiz ou autoridade competente. Dêsse documento ou de outros que se juntarem deverão constar indicações precisas sobre o local, data, natureza e circunstâncias do fato criminoso, identidade do extraditando e ainda cópia dos textos legais sobre o crime e a pena e sua prescrição.

Parágrafo único. O encaminhamento do pedido por via diplomática confere autenticidade aos documentos apresentados.

Art. 92. O Ministério das Relações Exteriores remeterá o pedido ao Ministro da Justiça, que providenciará a prisão do extraditando e sua apresentação ao Supremo Tribunal Federal.

Art. 93. Em caso de urgência, poderá ser concedida a prisão preventiva do extraditando, mediante requisição hábil, feita por qualquer meio de comunicação, por autoridade competente, agente diplomático ou consular do Estado requerente.

§ 1.º A requisição a que se refere este artigo indicará qual o crime cometido e fundar-se-á em sentença condenatória, auto de prisão em flagrante, mandado de prisão, ou, ainda, fuga do indiciado.

§ 2.º Dentro de 90 (noventa) dias da data em que houver sido solicitada a prisão, o Estado requerente deverá apresentar o pedido formal de extradição, acompanhado dos documentos indicados no art. 91.

§ 3.º A prisão com base neste artigo, não será mantida além do prazo referido no parágrafo anterior, nem se admitirá novo pedido pelo mesmo fato, sem que a extradição haja sido formalmente apresentada.

Art. 94. Nenhum pedido de extradição será atendido sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão que fôr proferida.

Art. 95. Efetuada a prisão do extraditando (art. 92), o pedido de extradição será encaminhado ao Supremo Tribunal Federal.

§ 1.º A prisão perdurará até o julgamento final do Supremo Tribunal Federal, não sendo admitida a concessão de liberdade vigiada.

§ 2.º Ao despachar o pedido, o Ministro relator designará dia para o interrogatório do extraditando, nomeando-lhe curador, se fôr o caso, ou advogado se o não tiver, e conceder-lhe-á o prazo de 10 (dez) dias para a defesa.

§ 3.º A defesa do extraditando só poderá consistir em não ser ele a pessoa reclamada, defeito de forma dos documentos apresentados e ilegalidade da extradição.

§ 4.º Não estando o processo devidamente instruído, o Tribunal, a re-

querimento do Procurador Geral da República, poderá converter o julgamento em diligência, para o fim de ser o pedido corrigido ou completado no prazo improrrogável de 45 (quarenta e cinco) dias, decorridos os quais o processo será julgado definitivamente, esteja, ou não, realizada a diligência.

§ 5.º Negada a extradição, não poderá o pedido ser renovado com base no mesmo fato.

Art. 96. Quando o extraditando estiver sendo processado ou tiver sido condenado no Brasil, por crime punível com pena privativa de liberdade, a extradição só se efetivará após a conclusão do processo ou o cumprimento da pena, ressalvado, entretanto, o disposto no artigo 76.

Parágrafo único. A entrega ficará igualmente adiada, se a sua efetivação puser em risco a vida do extraditando, em virtude de enfermidade grave, comprovada por laudo médico oficial.

Art. 97. O Governo poderá fazer a entrega do extraditando, ainda que submetido a processo ou condenado por contravenção.

Art. 98. Não será efetuada a entrega do extraditando sem que o Estado requerente assuma o compromisso:

I — De não ser o extraditando prêso, nem processado, por outros fatos anteriores, ao pedido de extradição;

II — De computar o tempo de prisão no Brasil como de prisão preventiva, quando êste deva ser contado;

III — De comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, os casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação;

IV — De não ser o extraditando entregue a outro Estado, que o reclame, sem consentimento do Brasil;

V — De não considerar fim ou motivo político para agravar a pena.

Art. 99. A entrega do extraditando, de acôrdo com as leis brasileiras e respeitados os direitos de terceiros, será feita com todos os objetos encontrados em seu poder, quer sejam produto da infração quer se trate de peças que possam servir para prová-la.

Art. 100. A entrega dos objetos a que se refere o artigo anterior poderá fazer-se, se fôr pedida pelo Estado requerente, ainda que o extraditando venha a morrer ou desaparecer.

Art. 101. Comunicada a concessão da extradição ao agente diplomático do Estado requerente, deverá êste, no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias, retirar o extraditando do território brasileiro, e, não o fazendo, será êle pôsto em liberdade, sem prejuízo de responder a processo de expulsão, se o motivo da extradição a recomendar.

Art. 102. O estrangeiro que, depois de entregue ao Estado requerente e durante o processo e o julgamento, conseguir escapar à ação da Justiça e refugiar-se no Brasil, ou por êle transitar, será detido mediante requisição direta ou por via diplomática, e novamente entregue, sem outras formalidades.

Art. 103. Salvo motivo de ordem pública, poderá ser permitido o trânsito, pelo território brasileiro, de pessoas cuja extradição se processou entre Estados estrangeiros, bem como o da respectiva guarda, mediante a apresentação de documentos hábeis, comprobatórios da concessão da medida.