



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOSÉ EDMAR DA SILVA JÚNIOR

**PERSPECTIVAS DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NA TRANSFERÊNCIA DA
EXECUÇÃO DA PENA EM CASO DE CRIME PRATICADO POR BRASILEIRO
NATO NO EXTERIOR: UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA LEI DE MIGRAÇÃO
NO CASO ROBINHO**

FORTALEZA

2023

JOSÉ EDMAR DA SILVA JÚNIOR

PERSPECTIVAS DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NA TRANSFERÊNCIA DA
EXECUÇÃO DA PENA EM CASO DE CRIME PRATICADO POR BRASILEIRO NATO
NO EXTERIOR: UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA LEI DE MIGRAÇÃO NO CASO
ROBINHO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito da Universidade Federal
do Ceará, como requisito parcial para obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Profa. Dra. Theresa Rachel
Couto Correia.

FORTALEZA

2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Sistema de Bibliotecas
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

J1p Júnior, José Edmar da Silva.
PERSPECTIVAS DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NA TRANSFERÊNCIA DA EXECUÇÃO
DA PENA EM CASO DE CRIME PRATICADO POR BRASILEIRO NATO NO EXTERIOR: : UMA
ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA LEI DE MIGRAÇÃO NO CASO ROBINHO / José Edmar da Silva
Júnior. – 2023.
73 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,
Curso de Direito, Fortaleza, 2023.

Orientação: Profa. Dra. Theresa Rachel Couto Correia.

1. Cooperação Jurídica Internacional. 2. Transferência da Execução da Pena. 3. Caso Robinho. I. Título.
CDD 340

JOSÉ EDMAR DA SILVA JÚNIOR

PERSPECTIVAS DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NA TRANSFERÊNCIA DA
EXECUÇÃO DA PENA EM CASO DE CRIME PRATICADO POR BRASILEIRO NATO
NO EXTERIOR: UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA LEI DE MIGRAÇÃO NO CASO
ROBINHO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito da Universidade Federal
do Ceará, como requisito parcial para obtenção
do título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Profa. Dra. Theresa Rachel
Couto Correia.

Aprovada em: 07/12/2023.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Theresa Rachel Couto Correia
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Sidney Guerra Reginaldo
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Me. Carla Mariana Café Botelho
Doutoranda (PPG - UFC)

A Deus.

Aos meus pais, à minha irmã, à minha avó e ao
meu tio.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, à minha linda família, pelo apoio incondicional que me prestou durante os cinco anos de graduação, caminhando sempre ao meu lado, corrigindo meus caminhos e me indicando as melhores soluções.

Aos meus fiéis amigos de Baturité, extensão da minha família nuclear, que sempre acreditaram no meu potencial e me incentivaram a nunca desistir dos meus sonhos.

Aos meus amigos da primeira graduação, do curso de Engenharia de Energias, da Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-brasileira, que me acompanham ainda hoje nas batalhas diárias.

À ilustríssima Professora Dra. Theresa Rachel Couto Correia, por não ter desistido de mim nesses caminhos tão árduos da escrita acadêmica e por ter aceitado comprar comigo essa luta, me enriquecendo com sua impecável orientação.

Aos professores participantes da banca examinadora, Professor Dr. Sidney Guerra Reginaldo e Me. Carla Mariana Café Botelho pelo tempo que emprestaram a esse trabalho, e pelas valiosas colaborações e sugestões.

E a todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram no meu processo formativo e me permitiram chegar aqui hoje.

“O Direito só cumpre sua função emancipatória se for capaz de contribuir para o atendimento das necessidades humanas e para a valorização ética dos instrumentos de poder e de organização social..” (MAIA FILHO, 2011, p. 41).

RESUMO

Notadamente sob influência do cenário geral de intensificação e facilitação dos fluxos informacionais e migratórios, bem como pelos ideais estampados nos principais instrumentos internacionais em vigor e no próprio texto constitucional de 1988, manifestamente compromissado com a promoção dos direitos humanos e com o combate à impunidade internacional, inseriu-se no ordenamento jurídico pátrio disciplina específica à cooperação jurídica internacional em matéria penal, consubstanciada no texto da Lei de Migração de 2017. Malgrado não se ignore os avanços proporcionados pela introdução do referido diploma legal no ordenamento jurídico pátrio, não se pode negar que persiste no tratamento dispensado à matéria fundadas dúvidas acerca da natureza de suas normas e da extensão do alcance de suas previsões. Diante disso, a recente condenação do ex-jogador de futebol Robson de Sousa, popularmente conhecido como Robinho, acompanhada pelo respectivo pedido de homologação de sentença estrangeira para transferência da execução da pena imposta pela Justiça Italiana, trouxe à baila importantes discussões acerca da aplicabilidade das disposições da Lei de Migração aos crimes cometidos por brasileiro nato no exterior, e, mais especificamente à possibilidade de aplicação retroativa de suas previsões aos fatos ocorridos antes de sua promulgação em 2017. Dessa forma, o presente estudo, de natureza exploratória e qualitativa, se debruça sobre o tema da cooperação jurídica internacional em matéria de transferência da execução da pena para analisar a possibilidade de aplicação dos arts. 100 a 102 da Lei de Migração ao caso do jogador de futebol, pautando-se, para tanto, na identificação objetiva dos destinatários da Lei 13.445/2017, alcançada por meio da análise combinada de seus dispositivos com a integralidade da legislação vigente no ordenamento jurídico brasileiro; bem como na verificação da natureza jurídica de suas disposições e, por fim, na existência de tratado ou acordo em autorização à transferência de execução da pena entre Brasil e Itália, sem qualquer prejuízo à garantia constitucional de inextraditabilidade de brasileiro nato ou ainda ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica.

Palavras-chave: cooperação jurídica internacional; homologação de sentença penal estrangeira; transferência da execução da pena; lei de migração; caso Robinho;

ABSTRACT

Notably under the influence of the general scenario of intensification and facilitation of informational and migratory flows, as well as by the ideals expressed in the main international instruments in force and in the 1988 constitutional text itself, committed to the promotion of human rights and the fight against international impunity, a specific discipline for international legal cooperation in criminal matters was inserted into the national legal system, embodied in the text of the 2017 Migration Law. Although the advances provided by the introduction of the aforementioned legal diploma into the national legal system cannot be ignored, it cannot be denied that persists in the treatment given to the matter based on well-founded doubts about the nature of its norms and the extent of the scope of its predictions. Given this, the recent conviction of former football player Robson de Sousa, popularly known as Robinho, accompanied by the respective request for approval of a foreign sentence to transfer the execution of the sentence imposed by the Italian Court, brought to the fore important discussions about the applicability of provisions of the Migration Law to crimes committed by native Brazilians abroad, and, more specifically, the possibility of retroactive application of its provisions to facts that occurred before its promulgation in 2017. Thus, the present study focuses on the topic of legal cooperation in international law regarding the transfer of the execution of the sentence to verify the possibility of applying arts. 100 to 102 of the Migration Law in the case of the football player, without any prejudice to the constitutional guarantee of non-extractability of native Brazilians or even to the principle of retroactivity of the most beneficial criminal law.

Keywords: international legal cooperation; approval of a foreign criminal sentence; transfer of the execution of the sentence; migration law; Robinho case;

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CNIg	Conselho Nacional de Imigração
CPP	Código de Processo Civil
CPC	Código de Processo Penal
CP	Código Penal
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TEP	Transferência da Execução da Pena
TPP	Transferência de Processo Penal
TPI	Tribunal Penal Internacional

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL.....	15
2.1	Formas de cooperação internacional	17
2.1.1	<i>A cooperação internacional no ordenamento jurídico brasileiro.....</i>	22
2.2	A Lei de Migração (Lei 13.445/2017).....	24
2.2.1	<i>Comparação entre a Lei de Migração e o Estatuto do Estrangeiro.....</i>	26
2.2.2	<i>A possibilidade de Transferência da Execução da Pena e da Transferência do Condenado na Lei 13.445/2017.....</i>	30
3	A TRANSFERÊNCIA DA EXECUÇÃO DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	33
3.1	A aplicação da medida de Transferência da Execução da Pena nas previsões da Lei de Migração.....	36
3.1.1	<i>Destinatários da Lei de Migração.....</i>	36
3.1.1.1	<i>As Diferenças de Tratamento entre Brasileiros Natos e Naturalizados.....</i>	38
3.1.1.2	<i>A Transferência da Execução da Pena e o non bis in idem.....</i>	43
3.2	A natureza jurídica das normas sobre cooperação jurídica em matéria penal.....	45
3.2.1	<i>A possibilidade de aplicação retroativa da Lei de Migração aos fatos ocorridos antes de 2017.....</i>	49
4	O CASO ROBINHO E POSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA DE EXECUÇÃO DA PENA.....	53
4.1	O processo para a Transferência da Execução da Pena.....	55
4.1.1	<i>O tratado de cooperação entre Brasil e Itália.....</i>	56
4.1.2	<i>O devido processo legal e o juízo delibação.....</i>	59
4.2	Revitimização, perspectiva de gênero e interseccionalidade no caso Robinho.....	61
4.3	O Caso Robinho hoje.....	64
4	CONCLUSÃO	66
	REFERÊNCIAS	69

1 INTRODUÇÃO

De fato, desde o trânsito em julgado da sentença penal condenatória proferida pela Justiça Italiana em face do ex-jogador de futebol Robson de Sousa, popularmente conhecido como Robinho, o tema da possibilidade de Transferência da Execução da Pena em casos de crimes praticados por brasileiro nato no exterior passou a ocupar lugar de destaque nos espaços de discussão jurídica e acadêmica recentes.

Condenado a nove anos de prisão pelo crime de estupro coletivo (art. 616-octis do Código Penal Italiano), o jogador de futebol, residente no Brasil, viu frustradas as suas expectativas de recurso à proteção constitucional contra a extradição de brasileiro nato, na tentativa de fuga ao exercício do poder punitivo do Estado Italiano, diante da formalização do pleito de homologação da sentença estrangeira, apresentado pela República da Itália à Justiça Brasileira.

Não se discute, nesse sentido, que o texto constitucional assegura aos nacionais natos a garantia de inextraditabilidade, nos termos do art. 5º, inciso LI, da Carta Constitucional de 1988. No entanto, impõe-se questionar acerca da possibilidade de recurso à referida previsão como forma de garantia de impunidade aos brasileiros natos condenados por crimes no exterior.

Diante da dimensão e complexidade da presente discussão, grandes nomes da doutrina nacional têm mobilizado notáveis esforços intelectuais na tentativa de tradução da situação do ex-jogador em termos jurídicos, especialmente no que se refere à possibilidade de aplicação da Lei de Migração Brasileira ao caso em análise.

Recentemente introduzida ao ordenamento jurídico pátrio, a Lei 13.445/2017 representou um importante passo na superação da herança ditatorial, revelada em níveis e formas variados no texto do, já revogado, Estatuto do Estrangeiro de 1980.

Devidamente harmonizada com o sentimento constitucional de 1988 e com todo o espírito de proteção aos direitos humanos, revelado nos tratados e convenções internacionais que balizam a relação entre os Estados soberanos, a Lei de Migração inaugurou no ordenamento jurídico brasileiro uma nova forma de tratamento da questão migratória e de todos os institutos e medidas a ela referentes, conjugando em um mesmo texto a disciplina jurídica de questões atinentes à migração, à nacionalidade e, mais especialmente, à cooperação jurídica internacional.

Dessa forma, embora não concretize o interesse inafastável por uma norma geral aplicável à cooperação internacional no ordenamento jurídico brasileiro, capaz de traçar-lhe

as indispensáveis diretrizes e princípios básicos, a Lei Migratória de 2017 trouxe contribuição inegável ao Direito Internacional Privado (DIP) ao regular em texto legal a disciplina das medidas de cooperação jurídica internacional.

Como produto de importantes movimentos sinalizados pela doutrina de DIP e, paulatinamente, atestados pelos novos caminhos do sistema jurídico internacional, a promulgação da Lei 13.445/2017 materializou verdadeira mudança de paradigma, ao romper com o tratamento discriminatório anteriormente dispensado à pessoa em migração, sob as escusas de uma pretensa defesa da soberania e interesse nacionais, e reafirmou o compromisso geral do Estado Brasileiro com os direitos humanos, externalizado, nesse caso, no combate à impunidade internacional e na construção de ferramentas mais eficazes de administração da justiça.

Diante dos relevantes avanços da disciplina jurídica dispensada às medidas de cooperação judiciária no ordenamento jurídico brasileiro, emerge à centralidade do debate a necessidade de verificação da natureza e extensão das normas de cooperação penal internacional introduzidas pela promulgação da Lei Migratória brasileira de 2017, bem como, mais especificamente, a possibilidade de sua aplicação ao caso do ex-jogador de futebol Robinho.

Não obstante se reconheça a relevância e urgência da presente temática, não se pode ignorar que inexiste no âmbito dos Tribunais Superiores entendimento consolidado acerca da possibilidade de aplicação da TEP, como alternativa à extradição, nos casos que envolvem crimes praticados por brasileiro nato no exterior.

Isto posto, faz-se evidente a importância e indispensabilidade do presente estudo, orientado à análise da aplicabilidade das disposições dos arts. 100 a 102 da Lei de Migração aos casos de crimes praticados por brasileiro nato no exterior, especialmente consideradas as particularidades envolvidas no caso do ex-jogador, condenado a nove anos de prisão pela prática de crime sexual, datado do ano de 2013, em período ainda anterior à promulgação do diploma legal em referência.

Desse modo, inaugura-se o presente estudo com a apresentação das noções gerais aplicáveis ao tema da cooperação internacional e da disciplina a ela dispensada pelo ordenamento jurídico brasileiro, notadamente no que se refere à promulgação da lei de migração e as contribuições por ela legadas ao tratamento da matéria, mediante a introdução de importantes institutos, dentre os quais: a transferência de pessoas condenadas (TPC) e a transferência da execução da pena (TEP).

Em seguida, introduz-se análise mais acurada das normas que autorizam a transferência da execução da pena no ordenamento jurídico pátrio, especificamente no que se refere aos destinatários e a extensão da Lei Migratória brasileira, com vistas à verificação de sua plena aplicabilidade aos crimes praticados no exterior por brasileiros natos e naturalizados, indistintamente, bem como a possibilidade de sua aplicação retroativa aos fatos ocorridos antes de 2017.

Por fim, analisa-se mais detidamente as particularidades do pedido de homologação da sentença estrangeira proferida em face do brasileiro Robson de Sousa (Robinho), sobretudo no que toca aos supostos óbices, defendidos por nomes mais conservadores da doutrina brasileira, à aplicação da TEP ao caso, bem como a manifesta necessidade de uma leitura humanitária da situação, permeada pela perspectiva de gênero e interseccionalidade, e pautada notadamente pelo compromisso de proteção à revitimização da ofendida.

Nesse sentido, o presente trabalho, desenvolvido a partir de método indutivo, baseado em pesquisa documental e revisão bibliográfica, orienta-se à análise da cooperação internacional no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no que concerne à medida de transferência da execução da pena e sua aplicabilidade aos casos de crime cometido por brasileiro nato no exterior. Para tanto, utiliza-se como fonte imediata os acordos, tratados e convenções internacionais de que o Brasil faz parte, bem como o texto da Constituição Federal de 1988, do Código Penal de 1940, do Código Processual Penal de 1941, do Código Processual Civil de 2015, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, do Regimento Interno do STJ e da Lei nº 13.445/17, e como fonte mediata: dissertações de mestrado, teses de doutorado, artigos científicos e a doutrina pertinente à matéria.

2 A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

De fato, é inquestionável que, superados os entraves inerentes ao modelo westfaliano de sociedade internacional, marcado sobremaneira pela influência dos princípios da territorialidade e da não intervenção, é inaugurado um novo desafio ao sistema jurídico internacional, baseado na estruturação de mecanismos eficientes e responsivos às demandas complexas que decorrem das novas dinâmicas impostas pela intensificação dos relacionamentos entre os Estados e seus povos, e pelos demais desafios inerentes à globalização econômica, elemento marcante da sociedade pós-moderna.

Nesse cenário, a notável complexificação das relações privadas internacionais fez emergir um interesse social de alcance mundial pela proteção de determinados valores compartilhados pela sociedade global, a saber: os Direitos Humanos, que, nas lições do professor egípcio Cherif Bassiouni, conquistaram espaço permanente em alguns dos principais debates desenvolvidos a partir da segunda metade do século XX e evidenciaram a necessidade inafastável de um esforço coletivo de cooperação e coerção para sua proteção (BASSIOUNI, 1984, p, 49).

Dessa forma, a evidente internacionalização da vida privada, promovida a partir do exercício de determinadas atividades humanas que, em seu dinamismo e complexidade, envolvem elementos de mais de um ordenamento jurídico, trouxe à baila a necessidade de estruturação e fortalecimento dos mecanismos de cooperação entre o poder judiciário nacional e o estrangeiro. Destaque-se, nesse contexto, que referido empreendimento se posiciona, notadamente, com vistas à proteção dos valores considerados caros à sociedade mundial, evidenciados, nesse quadro, na garantia da estabilidade jurídica das relações entre diferentes países, como forma de garantia de direitos e efetivação da justiça, o que, para Khor, não poderia sucumbir sem esforços aos obstáculos tipicamente lançados pelas fronteiras nacionais (KHOR, 2001).

Nesse sentido, colhe-se notável contribuição do Direito Internacional Privado ao propor uma mudança de perspectiva sobre a soberania estatal, apresentada agora sob um viés auto-limitador, vocacionado à responsabilidade do Estado na proteção dos Direitos Humanos (CAMARGO, 2020), como forma de potencializar suas ações, reafirmando sua autonomia e legitimidade, e garantindo o desenvolvimento de mecanismos de cooperação igualmente complexos e eficazes para a satisfação das pretensões de justiça dos indivíduos e da própria sociedade (BRASIL, 2023).

A cooperação internacional, surge assim, como obrigação jurídica dos Estados soberanos na efetivação da justiça e na proteção dos direitos, representada como conjunto de medidas judiciais e administrativas relativas aos atos praticados no âmbito de processos com conexão internacional (DEL'OLMO e JAEGER JUNIOR, 2017, p. 75 e 81). O sistema de cooperação internacional se propõe a efetuar, nesse contexto, o cumprimento de diligências, a garantia da efetividade da persecução, e a aplicabilidade das disposições proferidas em sentença, por intermédio da colaboração mútua entre os Estados soberanos, sem qualquer prejuízo ao reconhecimento recíproco de suas soberanias e ao respeito do limite de seus próprios sistemas jurisdicionais.

Assim, consubstanciadas em uma multiplicidade de acordos e promessas de reciprocidade, muitos dos quais figura o Brasil como parte signatária, as medidas de cooperação internacional não se restringem a questões atinentes unicamente ao exercício do Poder Jurisdicional dos Estados, apresentando-se, assim, sob modalidades diversas, categorizadas doutrinariamente, de acordo com sua natureza, em: a) medidas de cooperação jurisdicional ou jurídica e b) medidas de cooperação administrativa (DEL'OLMO e JAEGER JUNIOR, 2017, p. 76 e 81).

Compreende-se, nesse sentido, como medidas de cooperação jurisdicional ou jurídica, aquelas em que o ato reclamado pelo Estado cooperante ostenta natureza jurisdicional, isto é, depende de manifestação do Poder Judiciário; e como medidas de cooperação administrativa, aquelas provenientes de autoridades administrativas, que não envolvem a atuação jurisdicional do Estado.

Classificam-se ainda, as medidas de cooperação internacional, em medidas de cooperação ativa e passiva, considerando-se, para isso, sua iniciativa. Nesse caso, denomina-se cooperação ativa aquela solicitada diretamente pelo Estado cooperante à autoridade estrangeira competente, e cooperação passiva aquela recepcionada pelas autoridades nacionais. Em outros termos, leva-se em consideração qual país solicita o cumprimento de determinada medida e a qual país referido cumprimento é solicitado (DEL'OLMO E JAEGER JUNIOR, 2017, p. 76).

Nesse sentido, assevera Haroldo Valladão:

A cooperação internacional, hoje mais do que nunca, é um imperativo da vida humana, e a cooperação interjudicial dos Estados é uma necessidade indeclinável. [...]

Tal cooperação abrange, basicamente, o auxílio para a instrução das causas, pelo meio clássico e ainda atual de cartas rogatórias ou outros meios de comunicação diretos, p. ex., simples ofícios adotados em Convenções para autoridades de

territórios fronteiriços e a ajuda para eficácia das decisões proferidas pelo respectivo reconhecimento e execução (VALLADÃO, 1978, p.172)

Conforme apontado, reconhece-se no sistema jurídico internacional a existência de uma multiplicidade de medidas de cooperação internacional, direta e indireta, de forma que, para efeitos do presente estudo, destacam-se quatro das principais medidas de cooperação jurídica internacional, a saber: a extradição, as cartas rogatórias, o auxílio direto e a homologação de sentença estrangeira.

2.1 Formas de Cooperação Jurídica Internacional

O ordenamento jurídico brasileiro, no Código de Processo Civil de 2015, dedicou a integralidade do seu Capítulo II para tratar da cooperação jurídica internacional e suas diversas modalidades, dispondo acerca do auxílio direto em seus artigos 28 a 31, das cartas rogatórias no seu art. 36, e da homologação de sentença estrangeira em seu art. 40. Previsão correlata àquela já ostentada no Texto Constitucional de 1988, que, ao prever os institutos de cooperação e delimitar as respectivas competências para sua viabilização, reconhece nos termos do art. 102, inciso I, alínea “g”, a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar, originariamente, a extradição solicitada por Estado estrangeiro¹.

De fato, dentre as medidas de cooperação elencadas pela doutrina, a extradição ocupa lugar de destaque, como uma das instituições mais antigas e tradicionais na cooperação entre os Estados. Nesse instituto, a solicitação efetuada pelo Estado interessado consiste, em suma, na efetiva entrega do indivíduo acusado ou já condenado em ação penal, processada e julgada pela autoridade jurisdicional competente para a apreciação da conduta delitiva praticada pelo agente no estrangeiro. O instituto em referência encontra, mesmo, fundamento no princípio geral de justiça segundo o qual não é lícito a ninguém subtrair-se às consequências das próprias ações delitivas, colocando-se como máxima manifestação do compromisso de cooperação internacional entre os países na repressão internacional de crimes, sem qualquer prejuízo ao indispensável respeito à soberania dos Estados e da garantia de observância internacional do princípio da territorialidade (MAZZUOLI, 2014, p. 788).

O notável destaque creditado ao instituto da extradição, enquanto medida de cooperação internacional, se deve, sobretudo, dentro do cenário corrente de intensificação das relações e dos fluxos, tanto no âmbito comercial, quanto no âmbito informacional e

¹BRASIL. [Constituição (1988)] Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso 04/11/2023.

migratório, à sua inegável eficácia como mecanismo de garantia da efetividade da prestação jurisdicional, em face da aplicação da lei interna dos Estados, subtraindo aos acusados ou condenados a possibilidade de recurso às fronteiras como artifício de evasão aos efeitos do *jus puniendi* estatal (STEFANOVSKA, 2016, p. 39-40 e p. 46).

Dessa forma, considerada a relevância do instituto para o sistema jurídico internacional, exige-se para sua concessão o efetivo atendimento de um núcleo complexo de requisitos inafastáveis, dentre os quais destacam-se: a necessidade de existência prévia de processo penal, em andamento ou já finalizado, perante a autoridade competente na respectiva estrutura de Justiça; a dupla incriminação da atividade delitiva, consistente, nas lições de Carmen Tiburcio e Luís Roberto Barroso (2001, p. 187)², na exigência de que os fatos imputados ao extraditando sejam tipificados como crime tanto no país requerente, quanto no país requerido, independentemente da designação formal do delito; e, por fim, a existência de tratado³, bilateral ou multilateral, ou na sua ausência, de uma promessa de reciprocidade entre os países em causa, meio pelo qual o Estado requerente se compromete a acolher, no futuro, pedidos de extradição enviados pelo Ente requerido.

Nessa conjuntura, a extradição se apresenta, assim, sob uma dupla configuração no sistema jurídico internacional, habilitando-se tanto à transferência do agente acusado ainda no curso do processo penal no país de origem, para fins de instrução e julgamento do processo incidente sobre o fugitivo, apresentando-se, nesse caso, sob sua vertente instrutória; quanto à efetiva transferência do condenado para o cumprimento de uma pena já imposta pelo Estado requerente em sentença irrecorrível, após esgotadas todas as instâncias recursais, nesse caso, apresentando-se sob sua vertente executória.

Em sua notoriedade e eficiência como mecanismo de cooperação, a extradição divide ainda espaço no sistema jurídico internacional com outros institutos, dentre os quais pode-se destacar as Cartas Rogatórias, definidas nas lições de Luiz Dilermando de Castello Cruz, como meio pelo qual a autoridade jurisdicional estrangeira, perante a qual tramita o processo em causa, roga às autoridades dos Estados, em cujos territórios determinados atos devem ser praticados com vistas à satisfatividade da prestação jurisdicional, a efetiva prática de tais atos (CRUZ, 1975).

A cooperação jurisdicional internacional se efetiva, nessa modalidade, pela solicitação de diligência formulada diretamente pela autoridade jurisdicional do Estado

² V. Tiburcio, Carmen et Barroso, Luís Roberto. *Algumas questões sobre a extradição no direito brasileiro*. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/688>>. Acessado 05/11/2023

³ Para Mazzuoli (2014, p. 789), “Os tratados de extradição celebrados entre os Estados interessados não criam direito, que preexiste à extradição, mas apenas estabelecem as condições para a sua efetivação”.

requerente à autoridade jurisdicional do Estado requerido, nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça, a quem compete, por força de disposição expressa do art. 105, inciso I, alínea “i” da Carta Constitucional de 1988, “processar e julgar, originariamente”, dentre outras questões, “a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias”.

Nesse sentido, exige-se para o atendimento das solicitações formuladas em Carta Rogatória, a análise prévia, em juízo de delibação a ser realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, que, uma vez verificado o atendimento dos requisitos formais e a não violação à ordem pública, como manifestação do respeito à soberania e aos bons costumes, concederá o *exequatur* da medida, e permitirá seu encaminhamento para execução pelo juízo federal, na forma do art. 109, X, da Constituição Federal⁴.

Ao lado dos institutos anteriormente citados, apresenta-se ainda o instituto do Auxílio Direto, que, nas lições do Professor Luís Roberto Barroso⁵, enquanto produto da evolução do tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico brasileiro à cooperação jurisdicional internacional, se propõe como mecanismo de obtenção de providências, a serem adotadas em jurisdição estrangeira, no entanto, como contraste ao instituto anteriormente referido, sem a exigência de juízo de delibação prévio a ser proferido pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nesse caso, a providência requerida ao Estado não emana necessariamente de autoridade judiciária estrangeira no curso de processo judicial, como ocorre no instituto da carta rogatória, aqui o órgão estrangeiro interessado encaminha sua solicitação diretamente à autoridade central, não demandando para isso, em regra, qualquer prestação jurisdicional do Estado requerido, isto é, prescinde-se aqui da concessão de *exequatur* pelo Superior Tribunal de Justiça, o que, por sua vez, garante, ao menos em tese, ao referido instituto a característica notável da celeridade e simplicidade de sua consecução.

Realidade diversa, por sua vez, daquela enfrentada no instituto da homologação de sentença estrangeira, que, ao ostentar, tímidas, mas inegáveis, semelhanças ao instituto das cartas rogatórias, pressupõe necessariamente o exercício de prestação jurisdicional do Estado requerido, orientado, nesse caso, à produção de efeitos, em solo nacional, de sentença, ou outro ato judicial a ela equiparado por lei, proferida no exterior, mediante procedimento específico, subtraindo-se, assim, aos benefícios inerentes à simplicidade das formas.

⁴Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: (...) X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o "exequatur", e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;"

⁵ STF. Pet 5946 / DF. Agravo Regimental em Face Decisão Monocrática.

A homologação de sentença estrangeira, como mecanismo de cooperação jurídica internacional, surge, assim, como necessidade inafastável dos Estados na comunidade internacional, voltada à consecução e garantia de uma convivência harmoniosa e mutuamente respeitosa entre os Entes soberanos, e, sobretudo, à proteção, em um cenário de dinâmica intensa e incessante de informações, produtos e pessoas, a nível global, do direito adquirido e dos valores compartilhados e considerados caros pela comunidade mundial.

Dessa forma, paralelamente aos demais institutos de cooperação internacional, a homologação de sentença estrangeira emerge no sistema jurídico internacional como resposta à indeclinável obrigação de garantir a eficácia das decisões proferidas no exterior, como produto do exercício do poder jurisdicional de um Estado soberano, no território nacional de outro Estado soberano, respeitadas mutuamente suas soberanias e jurisdições, como forma de construção de uma igualdade de tratamento entre os Estados, a partir do intercâmbio mútuo de contribuições entre as distintas jurisdições.

Nesse sentido, colhe-se o ilustre ensinamento de Marcela Hamuri Takahashi (2006, p. 229), que, ao dispor acerca da possibilidade de reconhecimento de sentença estrangeira no Brasil, acertadamente assevera:

No direito internacional privado, sentença estrangeira é toda decisão cuja validade deriva de uma soberania estrangeira e cujo conteúdo, no Brasil, seria próprio de uma decisão judicial. Como evidente na definição, o relevante é a substância do ato, qualificando-se como sentença estrangeira, *inter alia*, o divórcio decretado pelo rei da Dinamarca ou os alimentos fixados por uma autoridade administrativa alienígena. O reconhecimento é a permissão para que a sentença estrangeira produza seus efeitos típicos localmente, ou seja, para que transborde tais efeitos do foro de origem ao foro receptor. O reconhecimento não acresce efeito algum à sentença estrangeira; somente permite a extensão territorial dos efeitos originais.

Dessa forma, a homologação de sentença estrangeira, como ato judicial indispensável ao cumprimento, no país requerido, de decisão proferida no país requerente, não implica sob nenhuma hipótese a reabertura das fases processuais já encerradas no curso do processo de origem, ao final do qual foi proferida a sentença a que se busca cumprimento, prestando-se unicamente à verificação dos requisitos legais e formais do pedido de execução, segundo os trâmites devidamente encerrados em normas de direito internacional, concomitantemente consideradas junto aos tratados de que cada país seja signatário e seus respectivos ordenamentos jurídicos.

Nesse sentido, a homologação de sentença estrangeira posiciona-se, sobremaneira, ao lado do, já mencionado, instituto da Carta Rogatória, compartilhando, guardadas as devidas proporções, do tratamento a ela dispensado no sistema jurídico internacional, como

forma de execução de decisão ou ato judicial produto de prestação jurisdicional estrangeira. Sob esse aspecto, à semelhança das exigências impostas à *exequatur* da referida medida de cooperação internacional, a homologação de sentença estrangeira exige também para produção de efeitos em território nacional de decisão emanada de outro país, a observância de um conjunto complexo de requisitos de natureza formal, orientados à verificação de, entre outros fatores, a competência internacional da autoridade da qual emana a decisão, a efetiva citação do acusado no curso do processo principal, o trânsito em julgado da sentença a que se busca execução, e sua perfeita exequibilidade segundo o ordenamento jurídico vigente no país requerido.

Reclama destaque, ainda, à presente medida de cooperação internacional, o fato de que, uma vez homologada a sentença estrangeira perante o Superior Tribunal de Justiça, sua execução se dá não mais perante a Corte Superior, mas junto à Justiça Federal de primeiro grau, na forma do art. 965, do Código de Processo Civil de 2015, que em sua redação expressamente dispõe: “Art. 965. O cumprimento de decisão estrangeira far-se-á perante o juízo federal competente, a requerimento da parte, conforme as normas estabelecidas para o cumprimento de decisão nacional”.

Por esse motivo, ao tratar sobre a matéria, brilhantemente leciona Joel Dias Figueira Júnior:

Há que se fazer, ainda que brevemente, a distinção entre os termos reconhecimento e execução da sentença estrangeira. O primeiro significa uma providência defensiva e de proteção da soberania nacional, onde reside nossa ordem jurídica interna (...). Já o segundo apresenta-se com nítido caráter coercitivo, à medida que, além de possibilitar o reconhecimento da decisão estrangeira, permite que a parte interessada requeira ao tribunal judicial a utilização dos meios coativos necessários à satisfação do julgado. (FIGUEIRA JÚNIOR, 1999, p. 282)

Nesses termos, ainda que fixados os conceitos gerais sobre a matéria, há que se destacar que persistem no cenário jurídico brasileiro fundadas dúvidas acerca do alcance e dimensão do tratamento dispensado à homologação de sentença estrangeira, como mecanismo de cooperação jurídica internacional.

Dessa forma, notadamente influenciada pelos resquícios do tratamento dado ao instituto em período anterior à promulgação da Lei n. 13.445/2017 (Lei de Migração), quando a regulação dos efeitos possíveis à homologação de sentença estrangeira ainda se atinha às disposições da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (art. 15, LINDB⁶) e aos

⁶ Art. 15. Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reuna os seguintes requisitos: a) haver sido proferida por juiz competente; b) terem sido os partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida; d) estar traduzida por intérprete autorizado; e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

limites impostos no art. 9º do Código Penal⁷, parcela da doutrina parece escolher amarrar-se à perspectiva notadamente incompatível com o atual momento do sistema jurídico internacional e com o próprio espírito constitucional vigente, em compreensão manifestamente restritiva e limitante acerca do alcance e dimensão da produção de efeitos da homologação de sentença estrangeira na seara criminal.

2.1.1. A cooperação internacional no ordenamento jurídico brasileiro

Conforme anteriormente referido, o ordenamento jurídico brasileiro dedicou capítulo específico do Código de Processo Civil de 2015 para tratar exclusivamente da cooperação internacional.

Nesse sentido, concomitantemente às disposições da Lei Processual Civil, a Carta Constitucional de 1988, em seus arts. 102, I, “g”, 105, I, “i”, e 109, X, já previa as respectivas competências para a apreciação e execução de algumas das principais medidas de cooperação jurídica internacional reconhecidas e reguladas pelo ordenamento jurídico pátrio.

No entanto, há que se destacar que, malgrado os acenos favoráveis ao compromisso de persecução e garantia dos direitos humanos, elementos marcantes do processo brasileiro de redemocratização, visualizado em contrastes mais visíveis e bem delineados a partir Texto Constitucional de 1988, somente com a promulgação da Lei n. 13.445 de 2017, alcançou-se o rompimento definitivo com a herança ditatorial revelada, em níveis e formas variados, na Lei n. 6.815 de 1980 (Estatuto do Estrangeiro).

Dessa forma, a promulgação do novo texto legal orientado à regulação da realidade dos fluxos migratórios e seus respectivos participantes, inseriu-se no ordenamento jurídico brasileiro não apenas como um novo marco do tratamento dispensado à questão migratória, mas, principalmente, como elemento de positivação das medidas de cooperação jurídica internacional.

A introdução da Lei de Migração ao ordenamento jurídico pátrio apresentou-se, nesses termos, como marco central da superação de um momento histórico-político e jurídico afetado notadamente ao obsessivo compromisso com uma pretensa necessidade de defesa do Estado e da nação, a partir de uma Doutrina de Segurança Social completamente descompromissada com os ideais internacionais de garantia de direitos.

⁷ Art. 9º - A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) I - obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984); II - sujeitá-lo a medida de segurança.(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Nesse contexto, como produto direto dos pensamentos e perspectivas dominantes no período histórico ditatorial brasileiro, o Estatuto do Estrangeiro, vigente até 21 de novembro de 2017, reproduzia com fidelidade a percepção discriminatória da figura do estrangeiro, entendido aqui como elemento estranho à realidade nacional, de forma que a sua presença e permanência no território brasileiro deveria apresentar-se sempre condicionada aos objetivos da ordem pública e da segurança nacional, em detrimento de qualquer compromisso com a garantia de seus direitos e com a proteção de seus interesses (KENICKE, 2016, p. 13).

Compreendida a conjuntura geral a que se encontrava submetida a disciplina jurídica da questão migratória até a promulgação da Lei de Migração (Lei n. 13.445/2017), verifica-se que o tratamento despendido pelo ordenamento jurídico brasileiro ao tema da cooperação internacional apresentava-se igualmente contido sob os ferrenhos limites de uma percepção da relação internacional entre os Estados soberanos e entre seus respectivos nacionais calcada indeclinavelmente na ideia da necessidade de garantia da segurança nacional e de proteção e reafirmação absoluta da soberania do Estado brasileiro.

Isto posto, a disciplina legal ofertada à cooperação jurídica internacional nos textos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, e do Diploma Processual Civil de 2015, somados à integralidade da ordem jurídica vigente, orientava a uma perspectiva da cooperação internacional notadamente contida pelos limites impostos pelo Estatuto do Estrangeiro, então em vigor, e pela percepção geral do tratamento dispensado ao tema, que garantia a manutenção de disposições não mais compatíveis com o atual momento dos fluxos migratórios e informacionais, e com a própria ordem constitucional vigente.

Nesse sentido, apresentam-se as disposições do art. 9º do Código Penal de 1940, que ao elencar os efeitos da homologação de sentença penal estrangeira, prevê expressamente apenas duas situações, a saber: a obrigação do condenado à reparação do dano e outros efeitos civis ou sua sujeição a medida de segurança, ignorando-se, para tanto, todos os demais efeitos que se podem legar à homologação de sentença estrangeira na seara criminal, dentre os quais destacam-se: a transferência da execução da pena e a transferência do condenado.

Assim, malgrado não se ignore as razões que instruíram a edição de referida previsão legal, datada de alteração legislativa promotiva em 11 de julho 1984, ainda sob a influência do regime ditatorial brasileiro, por meio do Decreto-Lei nº 2.848, a sua manutenção ainda sob a égide da Carta Constitucional de 1988, torna evidente a incompatibilidade das referidas disposições com o espírito constitucional vigente e com a própria dinâmica imposta pela notável intensificação dos fluxos internacionais de pessoas, produtos e informações.

Nesta senda, apenas com a promulgação da Lei de Migração de 2017, que trouxe expressa previsão da possibilidade de transferência da execução da pena e de transferência do condenado, ao lado de diversos outros institutos de cooperação internacional, tornou-se pacífica a superação da limitação imposta pela Lei Penal aos efeitos da homologação de sentença estrangeira em matéria penal.

Sobre o tema, com precisa razão assinala Haroldo Valladão:

O reconhecimento das sentenças criminais estrangeiras foi conquista do processo penal internacional hodierno. Vinha sanar lacuna verificada no fato de se negar cumprimento às rogatórias criminais executórias, de busca e apreensão, de seqüestro, de confisco e atendia aos votos de muitos escritores do nosso direito internacional privado, [...] e encontrava apoio no art. 16 da Introd. e 15 da L.I. e em preceito constitucional, 119, I, letra g, que falam em sentenças estrangeiras, genericamente, sem se restringir, como a lei 221, de 1894, à matéria civil e comercial (VALLADÃO, 1978, p. 274)

Tornam-se, assim, evidentes as contribuições legadas pela introdução da Lei de Migração ao ordenamento jurídico brasileiro, como principal instrumento de concretização dos mecanismos de cooperação jurídica internacional. Não se pode esquecer que, não obstante os esforços evidenciados em diversas previsões legais espalhadas pela legislação brasileira, e até mesmo no próprio texto constitucional de 1988, somente com a edição da Lei de Migração lançou-se disciplina específica às medidas de cooperação entre os Estados, em matéria cível e penal, ainda que em um texto legal designado genericamente ao tratamento de uma diversidade de matérias, encapadas pela referência geral à questão migratória.

Nesses termos, reconhecidos os avanços legados à disciplina jurídica da matéria pela promulgação da Lei de Migração, impõe-se destacar que a edição do referido texto legal não apaga a necessidade inafastável de uma legislação estruturante da cooperação jurídica internacional no ordenamento jurídico pátrio, o que não é alcançado pela disciplina legal então vigente.

2.2. Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017)

Promulgada em 24 de maio de 2017, a Lei de Migração (Lei n. 13.445/2017) introduziu consideráveis mudanças no tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico brasileiro ao estrangeiro migrante e visitante, e mesmo, aos nacionais, em algumas situações específicas. Como forma de superação dos limites impostos pelo Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/1980), o novo diploma normativo reuniu em um mesmo texto legal a disciplina de

uma diversidade de questões não facilmente relacionáveis entre si, agrupadas sob uma designação genérica referenciada à questão migratória.

Apesar de não atender, manifestamente, à necessidade de uma normativa geral aplicável à disciplina da cooperação jurídica internacional no ordenamento jurídico pátrio, a promulgação da nova lei se apresentou como uma conquista louvável ao tratamento de questões que, sob a vigência do Estatuto do Estrangeiro, eram ignoradas ou negligenciadas pela ordem jurídica brasileira.

Como produto e conquista direta do regime democrático brasileiro, a nova lei de migração se revela, assim, uniformizada ao sentimento constitucional⁸ de 1988, uma vez que alicerçada nos ideais da dignidade da pessoa humana e de toda a carga correspondente à proteção dos direitos humanos, como forma de resposta à premente necessidade de repensar a política migratória brasileira ante o compromisso geral de promoção e garantia dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, apesar de não se propor a esgotar os reclamos históricos de grandes vozes teóricas do Direito Internacional Privado brasileiro acerca da necessidade de um marco normativo geral aplicável à disciplina da cooperação internacional, fixando-lhes as indispensáveis bases principiológicas, a Lei de Migração se apresenta como resultado de um longo processo legislativo, que, inicializado com a elaboração do PL n. 288/2013, de autoria do Senador Aloysio Nunes Ferreira, contou com ampla participação de diversos atores e sujeitos nacionais, com relevância e interesses variáveis na temática migratória, dentre os quais: acadêmicos e especialistas, e, mesmo, representantes da sociedade civil com atuação na militância dos direitos dos migrantes, todos organizados e em diálogo constante no complexo de audiências públicas que marcaram o desenvolvimento do referido texto legal.⁹

Nesse sentido, entre apelos da sociedade civil organizada e possíveis retrocessos defendidos pelas alas mais conservadoras do Executivo e do Legislativo, o novo diploma legal sobre migrações internacionais do Brasil, entrou em vigor 180 dias após sua aprovação, depois de sofrer dezoito vetos em seu texto original, que malgrado tenham importado, em

⁸ VERDÚ, Pablo Lucas. O sentimento constitucional: aproximações ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2004: “O sentimento constitucional é expressão de uma cultura política assimilada e sentida pelas pessoas acerca dos principais alicerces jurídico-políticos de convivência, o que envolve realização de direitos fundamentais.”

⁹ MORAES, Ana Luiza Zago de. Crimigração: a relação entre política migratória e política criminal no Brasil. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais, Porto Alegre, 2016. Disponível em: <<https://www.capes.gov.br/images/stories/download/pct/2016/Mencoes-Honrosas/Direito-Ana-Moraes.PDF>>. Acesso em: 09 de nov. 2017.

certa medida, na redução à proteção jurídica dos imigrantes não se mostraram capazes de corromper a sua essência (CLARO, 2020).

Dotada de um forte espírito contra-hegemônico de proteção de direitos humanos e de resgate da emancipação das pessoas (SÁNCHEZ RUBIO, 2010, p. 24; SANTOS; CHAUI, 2017), a Lei de Migração, diferentemente do anterior Estatuto do Estrangeiro, dispensou à figura do migrante um novo tratamento jurídico, reconhecendo-lhe a condição de sujeito de direitos e garantindo-lhe, em condição de igualdade com os nacionais, uma série de direitos que anteriormente não eram concebidos, dentre os quais: a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, o direito à não discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória, direito de reunião e associação para fins lícitos, dentre diversos outros direitos e liberdades civis, sociais, culturais e econômicos.

Dessa forma, resta evidenciado o compromisso da nova disciplina legal inaugurada pela Lei de Migração de 2017, em dar concretude às disposições estabelecidas no texto constitucional brasileiro¹⁰, no que toca à igualdade de tratamento entre brasileiros e não brasileiros, externalizada no combate à discriminação, à xenofobia e outras práticas igualmente atentatórias aos direitos humanos.

2.2.1. Do Estatuto do Estrangeiro à Lei de Migração: diferenças e evoluções

As diferenças entre o tratamento jurídico dispensado pelo Estatuto do Estrangeiro e pela Lei de Migração, podem ser percebidas mesmo, no próprio título atribuído a cada um dos diplomas, uma vez que: enquanto o primeiro faz referência à figura do não nacional como “estrangeiro”, isto é, como indivíduo “estranho” ao corpo nacional, esta última se refere ao contexto migratório, genericamente considerado, como conjunto de movimentos e dinâmicas internacionais e seus respectivos institutos (CLARO, 2020).

Dessa forma, enquanto a lei revogada via o imigrante como “o outro” ou o “alienígena”, a nova lei abraça com afínco a nova premissa de acolhida da pessoa em mobilidade, em harmonia com o sentimento mais atual sobre o tema (CAVALCANTI et al, 2017). Nesse sentido, embora possam ser consideradas sinônimas sob determinadas perspectivas, as expressões “estrangeiro” e “migrante” não encerram, sob qualquer hipótese, a mesma abordagem do fenômeno migratório. Por um lado, enquanto a palavra “estrangeiro”

¹⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade

representa restritivamente a figura do indivíduo que não tem nacionalidade do Estado em cujo território se encontra (IOM, 2019, p. 6), a expressão migrante inclui uma diversidade de outros sujeitos, além do não nacional, como o apátrida, isto é, aquele que não tem nacionalidade de nenhum Estado e mesmo aquelas pessoas que se deslocam no espaço geográfico de um mesmo país (migrante interno).

Assim, enquanto o Estatuto do Estrangeiro apresentava-se marcado pela restrição de suas disposições aos indivíduos não nacionais brasileiros, sem qualquer diferenciação, a Lei de Migração amplia as dimensões do tratamento jurídico dispensado à questão migratória, considerando cinco categorias bem definidas de destinatários, a saber: I - o imigrante, nesse caso, considerado o não nacional, II - o emigrante, isto é, os brasileiros residentes no exterior, III - o residente fronteiriço, ou seja, as pessoas que residem em área de fronteira e, por isso, realizam migração pendular ao território brasileiro, IV- o visitante, nesse caso considerados os não nacionais com estadia de curta duração, e V - as pessoas apátridas (CLARO, 2020).

Destaque-se, nesse contexto, que a referida identificação dos destinatários gerais da Lei de Migração tem sua relevância demonstrada, mesmo, na definição dos grupos a serem protegidos pela norma quando de sua aplicação. Desse modo, ao identificar expressamente os destinatários e protagonistas do texto legal, o legislador não deixou àqueles responsáveis pela aplicação da lei qualquer dúvida quanto ao alcance e dimensão do referido texto legal, afastando, assim, interpretações amplamente reproduzidas à época da vigência do anterior Estatuto do Estrangeiro, que excluíam de sua incidência qualquer figura diversa do não nacional.

Ademais, insta salientar que a Lei de Migração diverge mais uma vez do anterior Estatuto do Estrangeiro, no que tange aos seus pressupostos e fundamentos. Nesse sentido, enquanto a Lei de Migração parte do reconhecimento das obrigações do Estado perante a pessoa migrante, concebido agora como titular de direitos e deveres a serem protegidos e tutelados pela ordem jurídica brasileira, o Estatuto do Estrangeiro, já superado, legava duras falhas ao tratamento dos sujeitos das migrações internacionais, pautando-se inegavelmente nos ideais da segurança e do interesse nacional (SILVA *et. al*, 2022).

O novo tratamento jurídico da questão migratória, inaugura, assim, na legislação pátria, uma nova perspectiva do direito internacional, não mais orientada à percepção clássica do nacional como extensão do Estado, mas, vinculando-se agora à perspectiva de direitos humanos, como sujeito de direitos individualizado, percebido isoladamente do Estado do qual detém nacionalidade (LILLICH, 1984).

Em idêntico sentido, colhem-se as ilustres lições de Simioni e Vedovato:

O Estatuto do Estrangeiro, nome pelo qual era conhecida a revogada Lei 6815 de 1980 (BRASIL, 1980), dispensava um tratamento ao migrante que se distanciava da dignidade humana, pois negava-lhe direitos básicos, como os relativos à manifestação do pensamento e ao direito de reunião. Nesse sentido, a norma interna brasileira era fundada numa visão do estrangeiro como uma questão de segurança nacional (SIMIONI; VEDOVATO, 2018, p. 304)

De fato, a legislação revogada esgotava seus esforços para a “definição jurídica da situação do estrangeiro” na simples fixação das condições a serem satisfeitas para sua entrada e permanência no território brasileiro, sem qualquer contribuição à efetiva garantia da proteção de seus direitos e interesses. Nesse aspecto, o texto legal revogado se apresentava marcado pela nítida preocupação com a soberania, a segurança e o interesse nacionais, expressões reiteradamente mencionadas ao longo de todo o diploma normativo, em detrimento de qualquer referência expressa ao reconhecimento dos direitos dos migrantes, nesse caso, externalizado exclusivamente na afirmação do direito de defesa àqueles em processo de expulsão do país (CLARO, 2020).

Como marco da superação do tratamento anteriormente dispensado ao fenômeno migratório, a Lei de Migração rompe com o anterior compromisso exclusivo com o interesse nacional, afirmado como objetivo máximo do texto revogado, mencionando-o em apenas duas situações bem definidas em seu texto, a saber: (a) ao tratar da perda da nacionalidade de brasileiro naturalizado por condenação transitada em julgado por atividade nociva ao interesse nacional (art. 75)¹¹ e (b) ao determinar que os valores de taxas e emolumentos poderão ser fixados de forma a preservar o interesse nacional (art. 113, §1º)¹² (CLARO, 2020).

De igual modo, ao longo dos 125 (cento e vinte e cinco) artigos na Lei n. 13.445/2017 não é feita nenhuma referência à segurança nacional, elemento basilar do diploma normativo anterior. De forma que, resta absolutamente evidenciado o distanciamento do novo diploma legal à óptica anteriormente vigente, calcada na percepção do estrangeiro como “inimigo” ou ameaça aos objetivos de segurança nacional.

Assim, enquanto sob a vigência do texto revogado, o tratamento jurídico do migrante pautava-se necessariamente nos paradigmas da organização institucional e dos interesses nacionais amplamente considerados, com a promulgação da nova lei abre-se espaço à coexistência e à aplicabilidade das demais normas de direito interno e internacional,

¹¹ Art. 75. O naturalizado perderá a nacionalidade em razão de condenação transitada em julgado por atividade nociva ao interesse nacional, nos termos do inciso I do § 4º do art. 12 da Constituição Federal .

¹² Art. 113. As taxas e emolumentos consulares são fixados em conformidade com a tabela anexa a esta Lei. § 1º Os valores das taxas e emolumentos consulares poderão ser ajustados pelo órgão competente da administração pública federal, de forma a preservar o interesse nacional ou a assegurar a reciprocidade de tratamento.

especialmente dos institutos do refúgio e da proteção diplomática, bem como à própria Constituição Federal de 1988 e aos tratados internacionais de direitos humanos (CLARO, 2020).

Nessa conjuntura, as contribuições legadas pela promulgação da nova lei podem ser sentidas, mesmo, nos aspectos procedimentais estabelecidos para ingresso no território brasileiro, não apenas na simplificação dos vistos já existentes, anteriormente ramificados em sete categorias pelo Estatuto do Estrangeiro e agora sintetizados em cinco grupos, mas também na formalização, em texto legal, da possibilidade de vistos temporários para tratamento de saúde e para acolhida humanitária, situações anteriormente reguladas em normas infralegais do Conselho Nacional de Imigração (CNIg) e ignoradas pelo Estatuto do Estrangeiro (CLARO, 2020).

Não se pode ignorar, ainda, que, considerada a conotação restritiva comum a todo o texto do diploma normativo revogado, notadamente orientada ao estabelecimento de proibições e impedimentos legais à vivência dos estrangeiros no Brasil, não há no Estatuto do Estrangeiro qualquer indicação ao estabelecimento de políticas públicas para imigrantes. Ao contrário, a nova lei, de forma inovadora, assume o viés de políticas públicas para a população migrante, lançando princípios e diretrizes à política migratória brasileira, na perspectiva de garantia de direitos humanos em consonância com o texto constitucional e com as obrigações internacionais assumidas pelo Brasil (CLARO, 2020).

A Lei de Migração consubstancia, assim, real mudança de paradigma ao tratamento dispensado pelo ordenamento brasileiro à situação jurídica da pessoa em migração internacional, como forma de superação dos limites impostos pelo Estatuto do Estrangeiro e como reafirmação dos compromissos máximos com a proteção dos direitos humanos da pessoa migrante.

Dentre os já mencionados avanços proporcionados pela introdução da Lei de Migração ao ordenamento jurídico brasileiro, ressalta-se ainda a formalização, em texto legal, dos mecanismos de cooperação internacional admitidos pelo Brasil, dentre os quais destacam-se: a transferência da execução de pena e a transferência do condenado, previsões legais inéditas apresentadas no texto da Lei n. 13.445/2017.

Malgrado as notáveis contribuições legadas pela Lei de Migração, não se pode olvidar que a promulgação de referido diploma normativo não se apresentou capaz de suprir a necessidade de uma norma geral disciplinadora da cooperação jurídica internacional no ordenamento jurídico brasileiro, fornecendo-lhe, assim, os princípios e diretrizes indispensáveis ao manuseio das medidas de cooperação já previstas na legislação vigente e à

solução dos problemas demasiadamente complexos que paulatinamente se apresentam na nova dinâmica imposta às relações estabelecidas no sistema jurídico internacional, especialmente considerada a intensificação dos fluxos comerciais, informacionais e migratórios.

2.2.2. A possibilidade de Transferência da Execução da Pena e da Transferência do Condenado na Lei n. 13.445/2017

A transferência de pessoas condenadas e a transferência da execução da pena, mecanismos de cooperação jurídica internacional em matéria penal antes previstos somente em acordos internacionais firmados pelo Brasil, passaram a ser disciplinados pela Lei de Migração (Lei n. 13.445/2017), respectivamente em seus arts. 103 a 105¹³, e 100 a 102¹⁴.

Dessa forma, como meio de apaziguar a celeuma doutrinária e jurisprudencial estabelecida acerca da possibilidade de extensão dos efeitos da homologação de sentença

¹³ Art. 103. A transferência de pessoa condenada poderá ser concedida quando o pedido se fundamentar em tratado ou houver promessa de reciprocidade. § 1º O condenado no território nacional poderá ser transferido para seu país de nacionalidade ou país em que tiver residência habitual ou vínculo pessoal, desde que expresse interesse nesse sentido, a fim de cumprir pena a ele imposta pelo Estado brasileiro por sentença transitada em julgado. § 2º A transferência de pessoa condenada no Brasil pode ser concedida juntamente com a aplicação de medida de impedimento de reingresso em território nacional, na forma de regulamento.

Art. 104. A transferência de pessoa condenada será possível quando preenchidos os seguintes requisitos: I - o condenado no território de uma das partes for nacional ou tiver residência habitual ou vínculo pessoal no território da outra parte que justifique a transferência; II - a sentença tiver transitado em julgado; III - a duração da condenação a cumprir ou que restar para cumprir for de, pelo menos, 1 (um) ano, na data de apresentação do pedido ao Estado da condenação; IV - o fato que originou a condenação constituir infração penal perante a lei de ambos os Estados; V - houver manifestação de vontade do condenado ou, quando for o caso, de seu representante; e VI - houver concordância de ambos os Estados.

Art. 105. A forma do pedido de transferência de pessoa condenada e seu processamento serão definidos em regulamento. § 1º Nos casos previstos nesta Seção, a execução penal será de competência da Justiça Federal. § 2º Não se procederá à transferência quando inadmitida a extradição.

¹⁴ Art. 100. Nas hipóteses em que couber solicitação de extradição executória, a autoridade competente poderá solicitar ou autorizar a transferência de execução da pena, desde que observado o princípio do non bis in idem.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a transferência de execução da pena será possível quando preenchidos os seguintes requisitos: I - o condenado em território estrangeiro for nacional ou tiver residência habitual ou vínculo pessoal no Brasil; II - a sentença tiver transitado em julgado; III - a duração da condenação a cumprir ou que restar para cumprir for de, pelo menos, 1 (um) ano, na data de apresentação do pedido ao Estado da condenação; IV - o fato que originou a condenação constituir infração penal perante a lei de ambas as partes; e V - houver tratado ou promessa de reciprocidade.

Art. 101. O pedido de transferência de execução da pena de Estado estrangeiro será requerido por via diplomática ou por via de autoridades centrais. § 1º O pedido será recebido pelo órgão competente do Poder Executivo e, após exame da presença dos pressupostos formais de admissibilidade exigidos nesta Lei ou em tratado, encaminhado ao Superior Tribunal de Justiça para decisão quanto à homologação. § 2º Não preenchidos os pressupostos referidos no § 1º, o pedido será arquivado mediante decisão fundamentada, sem prejuízo da possibilidade de renovação do pedido, devidamente instruído, uma vez superado o óbice apontado.

Art. 102. A forma do pedido de transferência de execução da pena e seu processamento serão definidos em regulamento. Parágrafo único. Nos casos previstos nesta Seção, a execução penal será de competência da Justiça Federal.

penal estrangeira para além dos limites estabelecidos no art.9º do Código Penal de 1940, isto é, para a produção de efeitos tipicamente penais, ante o sentimento constitucional de 1988, a Lei de Migração, dentre outros temas igualmente relevantes, traçou disciplina específica à matéria da cooperação jurídica internacional na seara criminal, matéria anteriormente denegada, no ordenamento jurídico pátrio, exclusivamente ao texto de normas infralegais, a exemplo da Portaria MJ nº 572¹⁵, de 11 de março de 2016, fundamento normativo então vocacionado à regulação dos procedimentos de TCP.

Ao lado do referido instituto, como mecanismo de cooperação jurídica internacional em matéria penal, a Transferência da Execução da Pena se apresenta, na nova ótica jurídica inaugurada pelo Texto Constitucional de 1988 e efetivamente concretizada com a promulgação da Lei de Migração em 2017, como mecanismo essencial de resposta do Estado brasileiro ao compromisso internacional de repressão da criminalidade e de garantia da efetividade da persecução criminal e das sentenças condenatórias, na cooperação jurídica entre os Estados nacionais.

Pensado como alternativa aos casos em que impossível a execução da pena imposta em sentença penal condenatória estrangeira no próprio território em que foi proferida a decisão, notadamente nos casos em que os acusados ou condenados se valem das fronteiras de seu país de origem para fugir às consequências de suas ações delitivas, a Transferência da Execução da Pena assume lugar de especial destaque no atual momento do sistema jurídico brasileiro, em que, alinhando-se à tendência global, têm-se sinalizado positivamente à superação dos paradigmas clássicos de soberania e jurisdição, e assinalado o compromisso geral de combate à criminalidade internacional e de promoção de caminhos mais eficazes de administração da justiça.

Assim, posicionados em coordenadas similares do sistema jurídico de cooperação internacional, os institutos da transferência de pessoa condenada e transferência da execução da pena têm sua diferença delimitada na condição do processo principal e da execução de sua respectiva sentença condenatória, nesse caso, se já iniciada ou se ainda está pendente de cumprimento pelo órgão competente.

Dessa forma, nos casos em que, transitada em julgado sentença penal condenatória, ainda não foi iniciada a execução da pena, em razão do deslocamento geográfico do condenado, tem lugar a transferência da execução da pena.

¹⁵ BRASIL. Portaria nº 572, de 11 de maio de 2016. Estabelece procedimentos a serem adotados em relação à tramitação dos pedidos ativos e passivos de Transferência de Pessoas Condenadas, conforme artigo 10, inciso V, do Anexo I, do Decreto nº 8668, de 11 de fevereiro de 2016. Diário Oficial da União. Seção 1, Brasília DF, n. 91, p. 64-65, maio de 2016.

Nessa situação, o Estado requerente, no caso, aquele que proferiu a decisão, solicita ao Estado requerido, isto é, aquele ao qual a pessoa se evadiu, a eficácia interna da sentença condenatória por ele proferida, para fins de execução da pena.

No entanto, não se pode olvidar que, dada a natureza do referido instituto a introdução de sua disciplina legal pela Lei de Migração não se apresentou isenta de críticas, às quais se pretende analisar mais detidamente nos capítulos que se seguem.

3. A TRANSFERÊNCIA DA EXECUÇÃO DA PENA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Malgrado os esforços de resistência isolacionista encampados por parcela relevante da doutrina brasileira, face à evolução do tratamento dispensado no sistema jurídico internacional ao tema da cooperação entre os Estados soberanos, é pacífico o entendimento hodierno acerca da eficácia das decisões estrangeiras em território nacional.

No entanto, consideradas as disposições já sedimentadas sobre a matéria no campo cível, não se pode ignorar as notáveis dificuldades enfrentadas pelo tratamento da questão na seara criminal.

Nesse caso, fortemente influenciados pelos resquícios do tratamento dispensado à questão em período anterior à promulgação da Lei de Migração de 2017, repercutem, ainda hoje, no cenário jurídico brasileiro, pequenas vozes contrárias ao reconhecimento de efeitos às sentenças penais condenatórias estrangeiras, para além daqueles expressamente previstos no art. 9º do Código Penal.

Não se nega, sob qualquer aspecto, que até a edição da Lei 13.445/2017 (Lei de Migração), o tratamento jurídico da possibilidade de produção de efeitos, no território brasileiro, de sentenças penais condenatórias proferidas no exterior, tinha por base legal, unicamente, as disposições do art. 788¹⁶ do Código de Processo Penal e do, já mencionado, art. 9º do Código Penal. Entretanto, com a promulgação da Lei Migratória Brasileira, inaugurou-se um novo tratamento jurídico à cooperação internacional, em linhas gerais, e, em contornos mais específicos, introduziu-se dois novos institutos relativos à eficácia da sentença penal estrangeira no território nacional, a saber: a transferência da execução da pena (TEP) e a transferência de pessoas condenadas (TPC) (ARAS, 2023).

Dessa forma, superados os limites da eficácia das sentenças penais condenatórias estrangeiras, anteriormente restritas à produção de efeitos civis (secundários), refuta-se definitivamente a rigidez das perspectivas anteriormente vigentes acerca do ideal da soberania nacional, e se abraça com vigor os princípios máximos orientadores da cooperação jurídica entre os Estados, dentre os quais o princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais

¹⁶ Art. 788. A sentença penal estrangeira será homologada, quando a aplicação da lei brasileira produzir na espécie as mesmas conseqüências e concorrem os seguintes requisitos: I - estar revestida das formalidades externas necessárias, segundo a legislação do país de origem; II - haver sido proferida por juiz competente, mediante citação regular, segundo a mesma legislação; III - ter passado em julgado; IV - estar devidamente autenticada por cônsul brasileiro; V - estar acompanhada de tradução, feita por tradutor público.

e extrajudiciais, elemento essencial na concretização dos compromissos de combate ao crime internacional e de fortalecimento da administração da justiça.

Ao lado de outras medidas de cooperação jurídica internacional, a Transferência da Execução da Pena se apresenta, assim, como meio eficaz de resposta do Estado aos anseios gerais de combate à impunidade e de fortalecimento da assistência mútua entre os Estados, ante a intensificação e facilitação do fluxo internacional de pessoas, elemento marcante da dinâmica corrente no sistema jurídico internacional.

Direcionado à produção de efeitos à sentença penal condenatória estrangeira em solo brasileiro, referido instituto assume especial destaque nas situações em que impossível ou inviável a extradição do condenado.

Trata-se, nesse caso, de mecanismo de garantia da efetiva responsabilização do agente por suas próprias condutas delitivas, especialmente consideradas as situações em que, como forma de evadir-se aos efeitos da sentença penal condenatória, o condenado recorre às fronteiras de seu país de origem, e se vale das garantias legais a ele atribuídas na condição de nacional.

Nessa conjuntura, em qualquer episódio que envolva a condenação de brasileiro nato por crime praticado no exterior, notadamente nos casos em que o condenado já se encontra fora dos limites do Estado sentenciante ao momento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, deparar-se-á necessariamente com os limites impostos pela vedação constitucional à extradição de brasileiro nato, fixada nos termos do art. 5º, LI, da Constituição Federal de 1988, que dispõe: “Art. 5º. LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei”.

Assim, a Transferência da Execução da Pena, situada nessas condições ao lado do instituto da Transferência do Processo Penal, se coloca como previsão alternativa do direito internacional e do direito interno, para que a garantia constitucional de inextratibilidade não funcione como um escudo de impunidade aos nacionais natos condenados por crimes praticados no exterior (ARAS, 2023).

Nesse sentido, ao tratar sobre a responsabilidade do Estado no combate à impunidade, assevera José Reinaldo de Lima Lopes:

(...) a defesa dos direitos humanos depende em medida importante da redução dos níveis de impunidade. Do ponto de vista da filosofia do direito, a impunidade não se sustenta nem se justifica; do ponto de vista das condições da vida política de cidadãos livres tampouco, pois seu resultado é perverso (LOPES, 2000, p. 85)

Em idêntico sentido, ao tratar sobre o tema, considerado especificamente na lógica de proteção dos direitos humanos, leciona Antônio Augusto Cançado Trindade:

(...) o dever dos Estados de investigação e punição dos responsáveis por violações de direitos humanos encontra-se relacionado com o dever de prover reparações devidas às vítimas de tais violações. É ademais, dotado de caráter preventivo, combatendo a impunidade para evitar a repetição dos atos violatórios dos direitos humanos (CANÇADO TRINDADE, 1999, p. 407)

Diante dessas circunstâncias, considerada a ausência de previsão legal reguladora da medida de Transferência do Processo Penal no ordenamento jurídico brasileiro, deve-se reconhecer que caso não fosse autorizada a Transferência da Execução da Pena, como medida de cooperação jurídica internacional, restaria como alternativa única a instauração de uma nova persecução penal em solo brasileiro, deparando-se, nesse caso, inegavelmente, com a possibilidade de perecimento não só perante o vício da dupla persecução e do risco de incidência do fenômeno jurídico da prescrição, mas das próprias dificuldade de recomposição probatória e de participação vitimária, uma vez que ocorrido o fato no exterior (ARAS, 2023).

Nesses termos, o recurso ao instituto da Transferência da Execução da Pena se coloca não só como forma de garantir a eficácia da sentença condenatória e o combate à impunidade, mas também de privilegiar a economia e a celeridade da marcha processual, evitando ainda a revitimização do ofendido, como legítima expressão do compromisso da novel legislação com a primazia dos direitos humanos.

Isto posto, com previsão nos arts. 100 a 102 da Lei de Migração¹⁷, o instituto da Transferência da Execução da Pena emerge no ordenamento jurídico pátrio como manifestação legítima do princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais e

¹⁷ Art. 100. Nas hipóteses em que couber solicitação de extradição executória, a autoridade competente poderá solicitar ou autorizar a transferência de execução da pena, desde que observado o princípio do non bis in idem .Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) , a transferência de execução da pena será possível quando preenchidos os seguintes requisitos: I - o condenado em território estrangeiro for nacional ou tiver residência habitual ou vínculo pessoal no Brasil; II - a sentença tiver transitado em julgado; III - a duração da condenação a cumprir ou que restar para cumprir for de, pelo menos, 1 (um) ano, na data de apresentação do pedido ao Estado da condenação; IV - o fato que originou a condenação constituir infração penal perante a lei de ambas as partes; e V - houver tratado ou promessa de reciprocidade.

Art. 101. O pedido de transferência de execução da pena de Estado estrangeiro será requerido por via diplomática ou por via de autoridades centrais. § 1º O pedido será recebido pelo órgão competente do Poder Executivo e, após exame da presença dos pressupostos formais de admissibilidade exigidos nesta Lei ou em tratado, encaminhado ao Superior Tribunal de Justiça para decisão quanto à homologação. § 2º Não preenchidos os pressupostos referidos no § 1º, o pedido será arquivado mediante decisão fundamentada, sem prejuízo da possibilidade de renovação do pedido, devidamente instruído, uma vez superado o óbice apontado.

Art. 102. A forma do pedido de transferência de execução da pena e seu processamento serão definidos em regulamento. Parágrafo único. Nos casos previstos nesta Seção, a execução penal será de competência da Justiça Federal

extrajudiciais, como forma de garantir a produção de efeitos à sentença penal condenatória estrangeira para fins de execução da pena no território nacional, em estrita harmonia com o sentimento constitucional estampado na Constituição Federal de 1988 e com o atual espírito do sistema jurídico internacional. No entanto, em que pese os notáveis avanços representados pela previsão do instituto no texto legal da Lei de Migração de 2017, não se pode negar que sua introdução ao ordenamento pátrio fez despertar acirrado debate técnico-doutrinário acerca dos limites e extensão da sua aplicabilidade, bem como da definição da natureza jurídica e dos destinatários de suas previsões.

3. 1 A aplicação da medida de Transferência da Execução da Pena nas previsões da Lei de Migração

A introdução, relativamente recente, do instituto da Transferência da Execução da Pena ao ordenamento jurídico brasileiro, fundamentada legalmente nos artigos 100 a 102 da Lei de Migração de 2017, gerou fortes debates nos espaços de discussão jurídica e acadêmica brasileiros.

Apesar de representar louvável conquista à disciplina legal da cooperação jurídica internacional, o tratamento dispensado pela Lei Migratória à medida de Transferência da Execução da Pena, tem protagonizado acirrado debate jurídico ao ser erroneamente interpretado por relevantes vozes da doutrina brasileira, especialmente quando cotejado com as disposições penais ainda vigentes afetas à matéria e contrastadas na resolução dos casos concretos.

Assim, dentre os diversos aspectos levantados por parcela da doutrina, nesse caso, representada pela figura do ilustre Professor Valério de Oliveira Mazzuoli e pelo jurista Fernando Capez, destacam-se: a aplicabilidade do instituto, indistintamente, à figura dos brasileiros natos e naturalizados, bem como a natureza jurídica de suas disposições e a possibilidade de sua aplicação retroativa aos crimes cometidos antes de 2017 (MAZZUOLI; 2023; CAPEZ; 2023).

3.1.1. Destinatários da Lei de Migração

Malgrado compreenda-se a confusão comum na identificação dos destinatários das disposições da Lei de Migração de 2017, não se pode admitir que, interpretação apressada e amplamente reproduzida nos debates recentes sobre o tema, ganhe destaque definitivo no

tratamento da questão no cenário jurídico brasileiro, ao afirmar a restrita aplicação do diploma normativo aos indivíduos migrantes estrangeiros, nesse caso, considerados os não nacionais brasileiros e brasileiros naturalizados.

Não obstante a nomenclatura atribuída ao diploma legal, deve-se reconhecer que suas disposições abarcam uma multiplicidade de questões, não atinentes, exclusivamente, ao fenômeno migratório e aos institutos a ele relacionados.

Nesse sentido, colhem-se as louváveis lições de Vladmir Aras:

Antes que se diga o contrário – e já o disseram – apesar do nome, a Lei de Migração se aplica a brasileiros natos e naturalizados, instituindo direitos para estes e aqueles mediante prestações positivas e negativas. Quem o afirma? Ela mesma. A Lei 13.445/2017 cuida da opção de nacionalidade por brasileiros, da re aquisição de nacionalidade por brasileiros e até mesmo da proteção diplomática a brasileiros emigrantes, só para citar alguns direitos muito importantes afirmados pela Lei Migratória, que podem ser invocados por brasileiros natos. A opção de nacionalidade não é um direito que assiste a naturalizados. A proteção (diplomática) a brasileiros no exterior assiste a uns e outros. (ARAS, 2023, p. 169)

De fato, a Lei Migratória brasileira concentra em um mesmo texto legal a disciplina de uma diversidade de matérias, reunindo, lado a lado, questões atinentes à migração, nacionalidade e assuntos de cooperação jurídica internacional.

Dessa forma, apesar da notória contribuição ofertada pela disciplina jurídica da cooperação internacional, introduzida no ordenamento jurídico pátrio com a promulgação da Lei de Migração em 2017, faz-se inegável que a edição de referido diploma não só se apresentou incapaz de satisfazer os anseios maiores de uma norma geral aplicável à temática, como também pecou ao reunir sob um mesmo texto, genericamente direcionado à matéria migratória, questões que melhor se apresentariam em diplomas legais distintos.

Assim, embora concentradas em um mesmo capítulo da Lei de Migração, mais precisamente em seu Capítulo VIII, arts. 81 a 105, é indiscutível que a disciplina dos assuntos de cooperação internacional em matéria penal teria melhor lugar no diploma processual penal brasileiro, uma vez que não guarda qualquer similitude relevante com os assuntos migratórios, inerentes ao direito administrativo (ARAS, 2023).

Diante do exposto, considerando que as disposições da Lei de Migração não se dirigem exclusivamente ao indivíduos migrantes, como entendimento equivocado a que poderia conduzir a leitura apressada da lei, impõe-se reconhecer a plena aplicabilidade das disposições do referido diploma, atinentes à medida de Transferência da Execução da Pena, não apenas aos estrangeiros com residência regular e habitual no Brasil¹⁸, mas, de igual modo,

¹⁸ Vide, por exemplo, o art. 296, do Decreto 9.199/2017, que regulamenta a Lei de Migração. 31 CAPEZ,

aos brasileiros natos e naturalizados, condenados em sentença penal estrangeira transitada em julgado.

Destaque-se, que é precisamente nos episódios em que a sentença penal condenatória a que se busca homologação é proferida em face de brasileiros natos, que se visualiza a melhor aplicação do instituto da Transferência da Execução da Pena, uma vez que, protegidos pela garantia constitucional da inextratibilidade, são precisamente esses os indivíduos que tentam recorrer às fronteiras nacionais como forma de evadir-se às consequências penais de suas condutas.

Apesar da logicidade do referido entendimento, face à redação inegavelmente confusa do texto legal em comento, parte da doutrina brasileira insiste em tercer tratamento diferenciado, não previsto expressamente em lei, entre brasileiros natos e naturalizados, reconhecendo a esses a possibilidade de aplicação da medida de Transferência de Execução da Pena, mas negando àqueles a aplicação do mesmo instituto.

3.1.1.1. Das Diferenças de Tratamento entre Brasileiros Natos e Naturalizados

Conforme previsão expressa do Texto Constitucional, disposta no art. 12, §2º, da CF/88, “a lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados”¹⁹, salvo nos casos expressamente dispostos na Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, é reservado ao texto da constituição estabelecer quaisquer distinções entre o tratamento jurídico dispensado aos nacionais natos e naturalizados, respeitados os princípios máximos orientadores do Estado democrático brasileiro, dentre os quais a igualdade de todos perante a lei, sem qualquer discriminação em razão de sua nacionalidade, origem ou etnia, nos termos do disposto no art. 5º, *caput*, da CF/88.

Nesse sentido, dentre as diferenças do tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico pátrio aos nacionais natos e naturalizados, pode-se destacar as disposições

Fernando, op. cit. 32 Cf. VOYNOVA, Ralitsa. Comparison of the transfer of criminal proceeding with other forms of international legal cooperation in criminal matters. International Conference Knowledge-Based Organization, v. XXI, no 2, 2015. Disponível em: <<https://sciendo.com/article/10.1515/kbo-2015-0091>>. Acesso em: 4 abr. 2023. Vide também: GIRGINOV, Anton. Recognition and enforcement of foreign criminal judgments under the law of Somalia. Scholars International Journal of Law, Crime and Justice, Dubai, 15 Oct. 2019, p. 288-297. Disponível em: <https://saudijournals.com/media/articles/SIJLCJ_210_288-297_c.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2023, p. 288. Vide também: TANGERINO, Davi. Caso Robinho: pode-se cumprir decisão estrangeira no Brasil contra brasileiro nato? Jota, 20 de janeiro de 2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/robinho-sentenca-condenatoria-estrangeira-20012022>>. Acesso em 21 nov.2023. Vide ainda: BADARÓ; TORRES, op. cit.

¹⁹ Art. 12. § 2º A lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo nos casos previstos nesta Constituição.

constitucionais atinentes à fixação dos cargos privativos de brasileiros natos, dentre os quais a Presidência da República, Presidência da Câmara dos Deputados, Presidência do Senado Federal e a posição de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Nesse aspecto, sobre o tema, leciona Marcelo Vicente de Alkmim Pimenta:

De início, cumpre enfatizar que somente a Constituição pode estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, conforme prevê o art. 12, §2º. Nesse sentido, [...] O §3º, do art. 12, prevê expressamente que determinados cargos no Brasil são privativos de brasileiros natos (...). Essa distinção se justifica em função da relevância desses cargos para a segurança e a representação do país, tendo o constituinte optado por restringi-los às pessoas que não possuem qualquer vínculo com estados estrangeiros. (PIMENTA, 2007)

Ao lado de referidas disposições, o texto constitucional estabelece ainda outra diferenciação entre os nacionais natos e naturalizados, consagrada nos termos do art. 5º, LI, da Constituição Federal, atinente especificamente à possibilidade de extradição.

Nesses termos, o texto constitucional é expresso ao determinar que a garantia de inextratibilidade em razão da nacionalidade, não se estende aos brasileiros naturalizados, a quem resta autorizada a extradição em caso de crime comum praticado antes da naturalização ou de comprovado envolvimento com o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Assim, as disposições da Carta Constitucional cuidam de estabelecer, minuciosamente, os critérios de diferenciação entre brasileiros natos e naturalizados, calcada necessariamente em um conjunto de aspectos de natureza objetiva, desvinculados de qualquer tentativa de hierarquizar as formas de aquisição da nacionalidade.

Não se ignora, nesse sentido, que coexistem no ordenamento jurídico pátrio duas formas de aquisição da nacionalidade, a saber a nacionalidade originária e a nacionalidade adquirida. Sobre o tema, ao definir a nacionalidade originária como aquela “conferida unilateralmente pelo Estado”, segundo critérios próprios de cada país, leciona a jurista Leila Paconé Dantas:

(...) a CF/88 adotou dois critérios de nacionalidade: *ius sanguinis* e *ius solis*. O *ius sanguinis* é geralmente adotado nos países de emigração, onde se busca preservar seus nacionais (...) independentemente do território em que nasceram. Por outro lado, o critério do *ius solis* é geralmente adotado nos países de imigração, onde o que vale é a territorialidade, ou seja, o local de nascimento. O Brasil adotou o critério do *ius sanguinis* no artigo 12, I, “b” e “c”, bem como o critério do *ius solis* no artigo 12, I, “a”, responsável pela quase totalidade dos nacionais brasileiros (DANTAS, 2008)

Dessa forma, compreende-se que a nacionalidade, conceituada como vínculo jurídico político entre o Estado e os indivíduos que o compõem (MAZZUOLI, 2012. p. 675-676), pode tanto ser conferida ao indivíduo independente de sua vontade, em virtude unicamente dos aspectos relativos ao seu nascimento (nacionalidade originária), quanto, posteriormente ao nascimento, por fato voluntário do indivíduo que deseja adquirir determinada nacionalidade (nacionalidade adquirida).

Nos termos do art. 12, I, da Constituição Federal de 1988²⁰, prevê-se expressamente que são considerados brasileiros natos tanto aqueles nascidos no Brasil, ainda que filhos de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país; quanto aqueles que, nascidos no estrangeiro, são filhos de pai ou mãe brasileira, desde que seus pais estejam no exterior a serviço do Brasil, ou que venham a ser registrados em repartição brasileira competente ou, ainda, que optem, a qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira, uma vez atingida a maioridade.

Ao lado das referidas disposições, reconhece-se a condição de brasileiro naturalizado, nos termos do art. 12, II, da Carta Constitucional²¹, àqueles que, “na forma da lei adquiriram a nacionalidade brasileira”, seguindo os critérios expressamente estabelecidos nas alíneas *a* e *b* do mencionado dispositivo.

Em que pese as diferentes formas de aquisição da nacionalidade brasileira, impõe-se reconhecer que o texto constitucional não deixou ao legislador ordinário qualquer discricionariedade ao estabelecimento de tratamento discriminatório aos brasileiros natos e naturalizados, em razão de sua nacionalidade.

Desse modo, qualquer tentativa de estabelecer nova distinção de tratamento jurídico aos nacionais brasileiros, em razão do modo de aquisição de sua nacionalidade, para além dos casos expressamente elencados no texto constitucional, depara-se não só com a vedação constitucional expressa ao estabelecimento de distinções infraconstitucionais ao tratamento de brasileiros natos e naturalizados, mas se distancia do próprio sentimento constitucional vigente, pautado nos compromissos universais com os direitos humanos e na

²⁰ Art. 12. São brasileiros: I - natos: a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país; b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil; c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;

²¹ Art. 12. São brasileiros:(...) II - naturalizados: a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral; b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira.

percepção do não nacional como sujeito de direitos e deveres, em igualdade de condições com os brasileiros natos.

Carece, portanto, de fundamento, a percepção jurídica que afirma na ordem legal vigente, para além da vedação constitucional à extradição de brasileiro nato, outra restrição em razão da nacionalidade, relativa, nesse caso, à aplicação do instituto da Transferência de Execução da Pena.

Nesse aspecto, fração relevante da doutrina brasileira, representada nas lições do Professor Valério de Oliveira Mazzuoli, entende que, por força do disposto no art. 100 da Lei de Migração, figuraria impossível a homologação de sentença penal estrangeira proferida em face de brasileiro nato para fim de transferência da execução da pena (MAZZUOLI, 2023).

Sobre o tema, ensina Mazzuoli:

Não há dúvidas de que (...) um brasileiro nato, não poderá ser extraditado (...), por proibição expressa da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LI). No entanto, questiona-se se poderia operar no caso o instituto da transferência da execução da pena, previsto na Lei de Migração brasileira (Lei 13.445/2017). Por meio deste instituto, o condenado em país estrangeiro teria sua pena transferida para o Brasil e, aqui, cumpriria a pena imposta alhures. O instituto é regulado pelo art. 100, *caput*, da Lei de Migração, que assim dispõe: “Nas hipóteses em que couber solicitação de extradição executória, a autoridade competente poderá solicitar ou autorizar a transferência da execução da pena, desde que observado o princípio do *non bis in idem*”. (...) É evidente que o art. 100, *caput*, da Lei de Migração, não se aplica aos brasileiros natos uma vez que ali somente se autoriza a transferência da execução da pena quando couber solicitação de extradição executória. Contra brasileiros natos não cabe solicitação de extradição de qualquer modalidade, seja para responderem processo no exterior (extradição instrutória) ou para cumprirem pena no estrangeiro (extradição executória). (MAZZUOLI, 2023)

Não obstante reconheça-se que a leitura apressada do dispositivo em comento possa conduzir à equivocada interpretação que reduz a aplicabilidade da medida de Transferência da Execução da Pena aos casos em que também possível a concessão de extradição executória, não se pode ignorar que referido entendimento, encampado por grandes nomes da doutrina brasileira, tem por fundamento uma percepção errônea da redação legal, baseada na compreensão de que, ao referenciar-se a possibilidade de solicitação de extradição executória como condição à aplicação da medida, impor-se-ia obstáculo à incidência do instituto nos casos de crimes praticados por brasileiros natos no exterior.

Nesse caso, confunde-se a referência à possibilidade de solicitação de extradição executória, com a indispensabilidade de sua concessão, o que não tem abrigo algum no texto legal vigente.

Entende-se, nesse sentido, que ao dispor a aplicabilidade da Transferência de Execução da Pena exclusivamente aos casos em que couber solicitação de extradição executória, o legislador objetivou simplesmente delimitar a incidência da referida medida de cooperação jurídica às situações em que se busca o efetivo cumprimento de pena imposta em sentença penal estrangeira transitada em julgado.

Assim, a referência à extradição executória se apresenta no texto do art. 100 da Lei de Migração, como forma de excluir da incidência do instituto os casos em que, ainda em curso a ação penal no exterior, se busca, não a execução da pena, mas a participação do acusado na instrução investigatória ou processual penal.

Nesse sentido, brilhantemente leciona Vladimir Aras:

O que o caput do art. 100 da Lei 13.445/2017 diz é que a TEP só tem lugar nos casos em que se cogita de extradição executória, isto é, quando se impôs pena no exterior a uma pessoa que se encontra no Brasil. A TEP não se aplica, é claro, a pedidos de extradição instrutória, quando a ação penal ainda tem curso no exterior. Então, o primeiro ponto interpretativo é o seguinte: não cabe TEP em extradição instrutória pelo fato de que não há pena alguma a aplicar aqui. Só cabe TEP quando há a possibilidade de executar a pena estrangeira, isto é, quando se cogitaria de um pedido de extradição executória, seja quem for o sujeito passivo. O *caput* do dispositivo não cuida da nacionalidade do condenado, um requisito subjetivo. O vínculo de nacionalidade somente aparece no inciso I do *parágrafo único* do art. 100, para autorizar a TEP para nacionais, isto é, qualquer pessoa de cidadania brasileira, e para estrangeiros regulares no País. (ARAS, 2023, p. 170)

Em idêntico sentido, manifesta-se Davi Tangerino:

(...) a expressão “nas hipóteses em que couber solicitação de extradição executória”, contida no caput do art. 100, deve ser entendida apenas a englobar o requisito do caput do art. 81, ou seja, “a entrega de pessoa sobre quem recaia condenação criminal definitiva”, já que, fora desses casos, sequer a solicitação seria possível (TANGERINO, 2022)

De fato, os esforços empreendidos pelos defensores do posicionamento mais conservador, orientado à aplicação restritiva da medida, resultam por criar novos requisitos, não previstos no diploma legal em comento, para a aplicação da Transferência da Execução da Pena, estabelecendo ainda nova distinção entre o tratamento jurídico dos brasileiros natos e naturalizados, não prevista na Constituição.

Sobre o tema, já manifestou-se o Ministro Herman Benjamin²² do Superior Tribunal de Justiça:

²² STJ, AR 7287/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, d. em 05/09/2022

Em verdade, o que se busca é criar um requisito não previsto expressamente e, como se sabe, onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete distinguir. Noutras palavras, se de fato fosse intenção do legislador estabelecer restrição adicional à transferência da execução penal, haveria disposição explícita nesse sentido (BRASIL, 2022).

Acresça-se, ainda, que é precisamente nos casos em que a sentença a que se busca a homologação foi proferida em face de brasileiro nato que o instituto em análise ganha especial relevo, uma vez que, não alcançados pela inextratibilidade consagrada no texto constitucional, os não nacionais e os nacionais naturalizados, em caso de crime comum praticado antes da naturalização ou de comprovado envolvimento com o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, podem ser extraditados.

Dessa forma, em face de crimes praticados no exterior por não nacionais ou nacionais naturalizados, falece ao Estado Parte requerente qualquer interesse na solicitação da Transferência da Execução da Pena, uma vez que é possível a concessão da extradição pelo Estado brasileiro.

Reconhece-se, nesses termos, que a medida de Transferência da Execução da Pena tem lugar especial no ordenamento jurídico brasileiro, como alternativa nos casos em que impossível ou inviável a extradição (ARAS, 2023, p. 170).

Não se pode ignorar que, considerado o singular interesse do Estado Parte requerente na garantia da efetividade da prestação jurisdicional e no exercício de seu poder punitivo, apenas se apresenta razoável o recurso à TEP quando obstado o “caminho preferencial”, nesse caso, o da extradição (ARAS, 2023, p. 171).

Diante disso, fixados referidos esclarecimentos, resta indubitável que a referência na redação do texto legal da Lei de Migração à solicitação de extradição executória, não encerra, sob qualquer perspectiva, intenção do legislador em vincular às mesmas hipóteses a extradição executória e a Transferência da Execução da Pena, uma vez que referida opção esvaziaria de sentido o próprio instituto da TEP (ARAS, 2023).

Nesses termos, a interpretação mais arrazoada do dispositivo parece indicar que requer-se, à aplicação da TEP, apenas a existência de sentença penal condenatória transitada em julgado e orientada à homologação para fins de cumprimento definitivo de pena.

3.1.1.2. A Transferência da Execução da Pena e o Non Bis In Idem

Malgrado não se ignore a importância da previsão da medida de Transferência da Execução da Pena no ordenamento jurídico brasileiro, como concretização do compromisso

geral de combate à criminalidade internacional e como mecanismo de resposta à impunidade, deve-se reconhecer ainda a relevância do instituto como garantia do condenado, manifesto, nesse caso, na proteção à dupla persecução, ou, ainda, em outros termos, na garantia da observância ao princípio do *non bis in idem* (ARAS, 2023).

Nesses termos, a garantia da eficácia das sentenças penais condenatórias estrangeiras se apresenta como alternativa à necessidade de instauração de nova persecução penal por fatos já processados e sentenciados no exterior, como forma de contemplar as máximas da celeridade processual, de proteção à revitimização do ofendido e de proteção à dupla punição do condenado.

Dessa forma, impõe-se destacar que o entendimento encampado pelos defensores da inaplicabilidade da TEP aos brasileiros natos, apresenta-se, assim, em descompasso com o atual momento do sistema jurídico internacional, uma vez que aponta como única alternativa à impunidade dos agentes condenados, a abertura de uma nova ação penal no Brasil, concernente especificamente aos mesmos fatos delitivos.

Nesse sentido, colhe-se as lições de Fernando Capez, quando da apresentação de possíveis soluções em face da pretensa impossibilidade de homologação de sentença penal condenatória estrangeira proferida em face de brasileiro nato para fins de transferência da execução da pena:

A alternativa será a aplicação do artigo 7º do CP, o qual admite a extraterritorialidade da lei penal brasileira, consistente na aplicação da lei brasileira a crimes cometidos fora do Brasil (ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro). Uma das hipóteses de extraterritorialidade é a de brasileiro que comete crime fora do Brasil, incidindo o chamado princípio da personalidade ativa (...). O processo terá que ser reaberto no Brasil, submetido aos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, retomando-se a persecução penal desde seu início. (CAPEZ, 2023)

Esquece-se, no entanto, que a não homologação da sentença estrangeira pela autoridade brasileira competente não apaga sua existência do mundo jurídico internacional, mas apenas nega-lhe a produção de efeitos em solo nacional.

Assim, ainda que processado e condenado novamente pelos mesmos fatos, o nacional nato condenado no exterior poderia, mesmo após cumprida integralmente a pena da Justiça Brasileira, ser novamente punido pelo Estado Parte sentenciante, se, por algum motivo, saísse do território brasileiro e fosse capturado por Estado com tratado de extradição com o país diretamente interessado na execução.

Nesse sentido, ao tratar sobre o tema, leciona Vladimir Aras:

(...) a TEP é um instituto que adensa a vedação à dupla persecução criminal na ordem internacional. Por isso mesmo, é uma medida garantista, que restringe as reações estatais em face do direito de liberdade, reduzindo dois riscos (*double jeopardy*) para apenas um.

[...]

Quando a lei manda que se observe o *ne bis in idem* está proibindo que o Estado requerido inicie nova persecução penal pelo mesmo fato já julgado no Estado requerente; ou vedando que esse Estado reconheça uma decisão sobre um fato antes decidido no Estado requerido. (ARAS, 2023, p. 173)

De fato, consideradas as razões apresentadas, faz-se inevitável reconhecer que, as soluções ofertadas pelos defensores da inaplicabilidade da TEP aos brasileiros natos demonstram-se não apenas frágeis e inconsistentes, mas incompatíveis com o sentimento constitucional vigente e com a própria redação final do art. 100 da Lei Migração, que expressamente impõe o respeito ao princípio do *ne bis in idem*, como garantia do condenado e como legítima expressão do direito à *unicidade* da reação estatal²³.

Na mesma medida, (...)

Optar, nesse caso, pelo entendimento que afirma como única saída possível, aos casos em que objetivada a transferência da execução da pena para brasileiros natos, a reabertura da persecução penal sobre os mesmos fatos no Estado brasileiro, acabaria, mesmo, esbarrando em entendimento já consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de afirmar a “proibição de instauração de nova persecução penal pelo Estado brasileiro fundada nos mesmos fatos de ação penal já transitada em julgado sob a jurisdição de outro Estado”²⁴.

Ao apreciar o tema, a Corte Suprema, em caso concreto em que se buscava a condenação criminal no Brasil de indivíduo já condenado definitivamente na Suíça pelos mesmos fatos, concluiu que, em referência expressa ao art. 100 da Lei e Migração de 2017, “a proteção ao indivíduo selada por esses dispositivos é muito cara ao direito brasileiro”. De forma que faz-se evidente a “garantia contra nova persecução penal pelos mesmos fatos, de modo a se consagrar a proibição de dupla persecução penal também entre países, no âmbito internacional”²⁵.

3.2. A natureza jurídica das normas sobre cooperação internacional em matéria penal.

²³ SABOYA, Keity. *Ne bis in idem: história, teorias e perspectivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 155.

²⁴ STF, HC 171.118/SP, Rel. Min Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 12/11/2019.

²⁵ STF, HC 171.118/SP, Rel. Min Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. em 12/11/2019, p. 7 do voto do relator.

Ao lado dos questionamentos já levantados acerca da definição dos destinatários das medidas de cooperação jurídica em matéria penal, consubstanciadas no texto da Lei de Migração de 2017, insere-se no cenário jurídico-político hodierno importante discussão acerca da natureza jurídica das normas disciplinadoras dos referidos institutos.

O tema assume, assim, especial destaque como forma de identificação da possibilidade de aplicação retroativa das disposições legais do diploma em análise aos fatos ocorridos em período anterior à sua promulgação.

Dessa forma, não se pode ignorar que vigora, como regra, no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da irretroatividade da lei penal, excepcionando-se à sua aplicação, unicamente, os casos em que a incidência da lei superveniente se releve mais benéfica à situação jurídica do réu.

De fato, referido princípio encontra guarida, mesmo, no texto constitucional de 1988, que nos termos do art. 5º, XL, expressamente prevê que a “lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Previsão correlata é, ainda, ostentada do texto do Código Penal brasileiro, que em redação idêntica à do art. 5º, XXXIX, da Carta Constitucional, prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988).

Assim, resta evidenciada a preocupação do legislador brasileiro em estabelecer limites ao poder punitivo estatal, fixando critérios bem definidos de limitação temporal à aplicação da lei penal, de modo a restringir sua incidência, em regra, aos fatos supervenientes à sua promulgação.

Deve-se destacar, no entanto, que referidas restrições não alcançam, por óbvio, as disposições normativas de caráter processual penal, uma vez que sua aplicação não importa em qualquer ampliação ou redução do direito de punir do Estado, restringindo-se para tanto a questões meramente procedimentais.

Nesse sentido, verifica-se disposição expressa do Código de Processo Penal brasileiro, revelada nos termos do seu art. 2º, que ao assegurar a incidência imediata da norma a todos os processos em andamento, não estabelece qualquer ressalva quanto ao caráter da norma inovadora, quer seja mais benéfico ou mais prejudicial à situação do réu.

Sobre o tema, dispõe Fernando Capez:

Nos termos do art. 2º do Código de Processo Penal, a norma de caráter processual terá incidência imediata a todos os processos em andamento, pouco importando se o crime foi cometido antes ou após sua entrada em vigor ou se a inovação é ou não mais benéfica. Importa apenas que o processo esteja em andamento, caso em que a regra terá aplicação, ainda que o crime lhe seja anterior e a situação do acusado,

agravada. Por norma processual devemos entender aquela cujos efeitos repercutem diretamente sobre o processo, não tendo relação com o direito de punir do Estado. É o caso das regras que disciplinam a prisão provisória, pois a restrição da liberdade não tem qualquer relação com o *jus puniendi*, mas com as exigências de conveniência ou necessidade do próprio processo (CAPEZ, 2007, p. 49)

Isto posto, reconhece-se como norma de caráter tipicamente penal aquelas que criam novos tipos penais incriminadores ou que, de qualquer modo, revogam os já existentes, isto é, que ampliam ou reduzem o *jus puniendi* estatal, prevendo novas hipóteses de exercício do direito de punir do Estado ou retirando de sua incidência situações anteriormente previstas.

Da mesma forma, entende-se que ostentam igualmente natureza penal, as normas que aumentam ou diminuem as penas, estabelecem qualificadoras, agravantes ou atenuantes, proibem a concessão de indulto, graça ou anistia, ou ainda aumentam o prazo prescricional, visto que modificam ou fortalecem o exercício do poder punitivo do Estado (CAPEZ, 2007).

Sobre esse aspecto, colhe-se especial lição dos ensinamentos de René Ariel Dotti, que, ao dispor sobre a retroatividade da lei penal mais benéfica, afirma:

[...] o advento de uma lei nova poderá beneficiar o agente não apenas quando descriminaliza o fato anteriormente punível, mas quando institui uma regra de Direito Penal que: (a) altera a composição do tipo de ilícito; (b) modifica a natureza, a qualidade, a quantidade ou a forma de execução da pena; (c) estabelece uma condição de punibilidade ou processabilidade; (d) de qualquer outro modo é mais favorável (DOTTI, 2010, p. 343).

Reconhece-se, nesses termos, que não se consideram normas penais apenas aquelas que instituem ou revogam crimes, mas todas aquelas que, de qualquer forma, repercutem no exercício e extensão do direito de punir do Estado.

Parte da doutrina brasileira, representada nas lições de Luiz Flávio Gomes, reconhece, ainda, um terceiro grupo de normas, categorizadas como normas processuais híbridas ou mistas, que veiculariam, ao mesmo tempo, conteúdo processual e material, visto que a aplicação de referidos dispositivos teria por consequência direta a restrição do direito de liberdade do condenado (GOMES, 2016).

Desse modo, considerada a relevância da definição da natureza jurídica da norma para a compreensão da extensão temporal de seus efeitos, assume manifesta importância a identificação da natureza das normas de cooperação jurídica em matéria penal dispostas no texto da Lei de Migração brasileira.

Malgrado, parcela da doutrina, traduzida na voz de Fernando Capez²⁶, insista em reconhecer nas disposições sobre cooperação internacional da Lei de Migração conteúdo

²⁶ CAPEZ, Fernando. *op. cit.*

próprio de direito material, os tribunais superiores, bem como a própria Corte Suprema brasileira, parecem reconhecer, sem grandes dificuldades, o caráter puramente instrumental dos referidos dispositivos, conforme brilhantemente anota Vladimir Aras, exemplificando entendimento encampado em decisão monocrática do Min. Gilmar Ferreira Mendes, no EXT 1469²⁷:

[...]lembremos que, em caso de TEP, oriundo de Portugal, sobre o qual pendia pedido extradicional simultâneo (EXT 1469), o Min. Gilmar Mendes, do STF, ao declarar a perda de objeto da extradição, confirmou a possibilidade de execução de sentença penal estrangeira no Brasil, para fins de cumprimento de pena privativa de liberdade, mesmo por fatos anteriores à Lei 13.445/2017. Os crimes imputados ao condenado ocorreram em Portugal anos antes da vigência da Lei de Migração no Brasil, tendo ele permanecido preso em nosso País de 08/12/2016 a 16/04/2019. Ainda assim, na sua decisão de 2020, o Min. Gilmar Mendes, relator da EXT 1469, afirmou que os dois títulos judiciais oriundos do Tribunal da Comarca de Faro em Portugal tornaram-se “plenamente exigíveis e exequíveis no País” após a homologação pelo STJ na HDE 2093/PT.57. (ARAS, 2023, p.177)

De fato, parece assistir razão ao mencionado autor, uma vez observado que, ao disciplinar um dos temas mais caros às medidas de cooperação internacional em matéria penal, a saber: a extradição, os tratados mais modernos têm assumido a opção de introduzir cláusula específica informando sua orientação segundo a regra *tempus regit actum*, isto é, informando de forma expressa a imediata aplicação de suas disposições (ARAS, 2023).

Nesse mesmo sentido se apresenta entendimento já encampado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, que, em caso assemelhado, ao apreciar pedido de extradição da República Italiana, afirmou que “as normas extradicionais, legais ou convencionais, não constituem lei penal, não incidindo, em consequência, a vedação constitucional de aplicação a fato anterior da legislação penal menos favorável. (...)”²⁸.

Ressalte-se, ainda, que, da mesma forma, muitos dos tratados bilaterais e multilaterais firmados pelo Brasil em matéria de cooperação jurídica internacional, afirmam expressamente a sua aplicação aos crimes praticados antes e depois de sua entrada em vigor, com especial destaque ao Tratado entre Brasil e Ucrânia sobre Transferência de Pessoas Condenadas, firmado em Kiev, em 2009²⁹, que ao afirmar, nos termos de seu art. 21, a sua aplicabilidade imediata às penas impostas tanto antes quanto após ao início de sua vigência, manifestamente reconhece a natureza processual de suas disposições (ARAS, 2023).

²⁷ STF, EXT 1469, Min. Gilmar Mendes, d. em 20/08/2020, p. 5 da decisão monocrática.

²⁸ Ext 864/República Italiana, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, julgado em 18/06/2003.

²⁹ Vide o Decreto 9.152/2017.

O entendimento afirmado, nesse sentido, pelo reconhecimento da natureza instrumental das normas de cooperação jurídica em matéria penal consagradas no texto da Lei de Migração de 2017, parece, assim, se apresentar mais coerente ao compromisso geral de combate ao crime internacional, assinalado pelo Brasil, e com os próprios princípios orientadores do direito processual penal internacional, dentre os quais o reconhecimento mútuo de decisões entre Estados soberanos.

3.2.1. A possibilidade de aplicação retroativa da Lei de Migração aos fatos ocorridos antes de 2017.

Apesar dos esforços empreendidos por nomes mais conservadores da doutrina brasileira, em afirmar a inaplicabilidade das normas de cooperação penal internacional previstas na Lei de Migração aos crimes praticados antes de 2017, não se pode ignorar a forte tendência apresentada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pelo reconhecimento da possibilidade de execução de sentenças penais estrangeiras proferidas antes da entrada em vigor da Lei 13.445/2017, no âmbito do instituto da Transferência da Execução da Pena (ARAS, 2023).

Nesse sentido, assume especial relevância entendimento proferido em decisão monocrática do Ministro Herman Benjamin, em Ação Rescisória nº 7287/DF, que, ao tratar da alegada ofensa aos arts. 5º, inciso XL, da Constituição Federal e 1º do Código Penal, na homologação de sentença estrangeira para a transferência de execução da pena, expressamente dispôs:

[...] a transferência de um processo de execução penal não constitui, ao menos neste momento cognitivo, matéria tipicamente penal e, nesse caso, sujeita às regras próprias; trata-se, isto sim, de norma de caráter processual e, desse modo, aplicável às situações que se constituírem após sua vigência

De fato, se apresentam notadamente frágeis e inconsistentes os posicionamentos contrários ao reconhecimento da natureza instrumental das normas de cooperação internacional penal presentes na Lei de Migração, dentre os quais destaca-se aquele estampado nas lições do jurista Valério de Oliveira Mazzuoli, que ao defender a irretroatividade das normas de cooperação penal internacional previstas na Lei de Migração, se fundamenta, unicamente, na suposta natureza híbrida do diploma legal, exposta pelo autor

no fato de mencionado diploma tratar, além de questões puramente processuais, de outras inúmeras questões afetas ao direito dos migrantes (MAZZUOLI, 2023).

Nesse sentido, embora reconheça-se a roupagem confusa de que se reveste a Lei 13.445/2017, ao reunir em um mesmo texto legal questões atinentes a migração, nacionalidade e cooperação jurídica internacional, deve-se reconhecer que referida razão não se apresenta suficiente para afirmar que as normas de seu texto, orientadas à cooperação internacional, de natureza nitidamente instrumental, passariam a ostentar caráter material.

Impõe-se, assim, destacar que não são as disposições dos arts. 100 a 102 da Lei de Migração que ampliam ou reduzem o poder punitivo do Estado brasileiro por fatos extraterritoriais, mas a própria disposição do art. 7º, inciso II, da Parte Geral do Código Penal, presente no ordenamento jurídico pátrio desde 1942 (ARAS, 2023).

Sobre o tema, leciona Vladimir Aras:

[...] não é a Lei de Migração que estabelece ou regula a punição de brasileiros por crimes que pratiquem no exterior. É o Código Penal. Mas não só ele: é também o direito internacional, inclusive o tratado bilateral italo-brasileiro de extradição, de 1989, que codifica os princípios pré-existentes *aut dedere aut iudicare* e o *aut dedere aut punire*. Basta lembrar que, sempre que uma extradição instrutória é negada pelo critério de nacionalidade, o Ministério Público brasileiro assume a persecução criminal e denúncia o réu. Isso ocorre mesmo quando não há tratado dizendo que assim deve ser. De onde vem essa obrigação estatal? Vem principalmente do art. 7º, inciso II, alínea b, do CP, e, eventualmente, de algum tratado bilateral ou convenção multilateral existente entre os dois Estados. (...) A lei 13.445/2017 é procedimental, valendo para ela o princípio *tempus regit actum*. A norma em tela é de autorização, de procedimento e de competência, não de incriminação (ARAS, 2023, 178).

Dessa forma, resta indubitável que a aplicação das disposições dos arts. 100 a 102 da Lei de Migração a fatos anteriores a 2017 não representa, sob qualquer hipótese, violação ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, uma vez reconhecido que o exercício do poder punitivo do Estado decorre, nessas hipóteses, não da própria Lei 13.445/2017, mas do direito interno e internacional preexiste, por força do art. 7º, II, b, do Código Penal³⁰ e dos princípios *extraditare vel iudicare* e *tradere aut punire*. (ARAS, 2023).

Acresça-se, ainda, que, caso não fosse reconhecido o caráter instrumental das normas sobre cooperação penal internacional presentes na Lei de Migração, ainda assim não haveria que se falar em irretroatividade da lei mais gravosa, uma vez que mencionadas disposições figuram nitidamente mais favoráveis aos sentenciados, de forma a não atrair a incidência do referido princípio.

³⁰ Art. 7º - Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: (...) II - os crimes: (...) b) praticados por brasileiro.

Nesse cenário, ao tratar sobre a retroatividade da lei penal mais benéfica, leciona Cezar Roberto Bitencourt:

“A lei anterior, quando for mais favorável, terá ultratividade e prevalecerá mesmo ao tempo de vigência da lei nova, apesar de já estar revogada. O inverso também é verdadeiro, isto é, quando a lei posterior foi mais benéfica, retroagirá para alcançar fatos cometidos antes de sua vigência” (BITENCOURT, 2023)

Desse modo, ao apresentar-se no ordenamento jurídico brasileiro como garantia contra a dupla persecução penal, no plano internacional, isto é, como garantia de observância ao *non bis in idem* internacional³¹, em face do compromisso geral de combate à impunidade transnacional, as disposições dos arts. 100 a 102 da Lei de Migração se apresentam mais favoráveis à figura do sentenciado, em manifesto acordo com os direitos da pessoa humana (ARAS, 2023).

Sobre o tema, ao dispor sobre o caráter mais benéfico da norma veiculada no art. 100, *caput*, da Lei 13.445/2017, Vladimir Aras ensina:

Já aqui não importa se essa norma é processual (minha posição), se é penal ou se é mista. O fato é que as vedações da dupla persecução penal e da dupla punição penal – pela proibição expressa ao *bis in idem* na lei e nos tratados vigentes – fazem do art. 100 da Lei de Migração uma norma mais favorável ao sentenciado e, portanto, nela temos uma *lex mitior*. (...) Antes da Lei 13.445/2017, um brasileiro nato poderia ser processado criminalmente duas vezes pelo mesmo fato, no Estado da ocorrência e no Estado de sua nacionalidade. Podia também ser condenado duas vezes por esses mesmos fatos extraterritoriais, caso em que lhe seria aplicável o art. 8º do Código Penal, que, tolerando o *double jeopardy*, manda abater ou compensar as penas aplicadas nos dois países sentenciantes (*bis in idem* internacional). O que o art. 100 da Lei 13.445/2017 faz é eliminar o duplo risco (*double jeopardy*) de lesão ao *jus libertatis*, sendo, desse modo, uma lei mais benéfica, que veicula um direito de não ser duplamente processado pelo mesmo fato. (ARAS, 2023, p. 180)

Entende-se, assim, que ao contrário do que dispõe a doutrina mais conservadora, traduzida nos pensamentos e Capez³² e Mazzuoli³³, as normas de cooperação penal internacional da Lei de Migração não intensificam o exercício do *jus puniendi* estatal, mas, ao contrário, “limitam o poder punitivo dos Estados na ordem internacional”, evitando a dupla persecução criminal e, conseqüente, a dupla punição, na medida em que “impedem que uma

³¹ MENDONÇA, Borges. p. 137.

³² CAPEZ, Fernando. *op. cit.*

³³ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *op. cit.*

pessoa já condenada em um Estado soberano seja de novo julgada por outro país, inclusive o de sua própria nacionalidade (ARAS, 2023).

Nesse sentido, faz-se evidente que, ao contrário do que afirmam referidas vozes, é na própria tese que rejeita a Transferência da Execução da Pena que se visualiza verdadeira violação das garantias fundamentais do imputado, uma vez que, ao iniciar uma nova ação penal no Brasil pelos mesmos fatos já processados e julgados no exterior, se abrirá a possibilidade de nova condenação do agente, contra quem persistirá duas sentenças penais condenatórias, uma brasileira e outra estrangeira, podendo, assim, ser punido nos dois países. Figura, portanto, mais favorável a aplicação das disposições da Lei 13.445/2017, que ao autorizarem a Transferência da Execução da Pena, impedem que o Ministério Público dê início a uma nova persecução penal após o trânsito em julgado da decisão estrangeira (ARAS, 2023).

4. O CASO ROBINHO E A POSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA DA EXECUÇÃO DA PENA

Não é estranho que o tema da possibilidade de homologação de sentença penal condenatória estrangeira proferida em face de brasileiro nato para fins de transferência da execução da pena, tenha assumido lugar de destaque nos espaços de discussão jurídica e acadêmica recentes.

Condenado definitivamente pelo crime de estupro coletivo (art. 609 octis, do Código Penal Italiano)³⁴, o ex-jogador de futebol Robinho quando sentenciado pelo Tribunal de Milão, em decisão transitada em julgado em 19 de novembro de 2022, já não mais se encontrava em solo italiano.

Como resposta, diante da tentativa de fuga do imputado ante as garantias da proteção de seu país de origem, a República da Itália apresentou à Justiça Brasileira pedido de Transferência da Execução da Pena do condenado, com fundamento no art. 6º, I, do Tratado de Extradução firmado entre Brasil e Itália, promulgado pelo Decreto nº 863, de 9 de julho de 1993³⁵.

Desde então, relevantes nomes da doutrina brasileira têm empreendido notável esforço intelectual, na tentativa de afastar a incidência das normas de cooperação penal internacional previstas na Lei de Migração ao caso do ex-jogador de futebol.

Nesse caminho, grandes vozes da doutrina nacional, representadas nas ideias do jurista Valério de Oliveira Mazzuoli, tem se posicionado contrárias à aplicação do instituto ao caso, por considerar tratar-se de crime cometido por brasileiro nato no exterior, o que, em face da redação do art. 100, *caput*, da Lei 13.445/2017, que vincula o cabimento da medida aos casos em que também cabível a “solicitação de extradição executória”, restaria por impossibilitar a incidência do instituto à situação do ex-jogador, uma vez considerada a disposição expressa do texto constitucional em reconhecimento da inextraditabilidade de brasileiro nato³⁶ (MAZZUOLI, 2023).

No entanto, conforme devidamente demonstrado nos capítulos anteriores, referido posicionamento não apenas se revela frágil e insubsistente em seus próprios fundamentos,

³⁴ Art. 609 octies - **Violenza sessuale di gruppo** - La violenza sessuale di gruppo consiste nella partecipazione, da parte di più persone riunite, ad atti di violenza sessuale di cui all'articolo 609-bis

³⁵ BRASIL. **Decreto n. 863**. Promulga o Tratado de Extradução, entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, de 17 de outubro de 1989.

³⁶ Art. 5º, LI, Constituição Federal 1988. *op. cit.*

como tem sido reiteradamente refutado no âmbito do entendimento dos Tribunais Superiores³⁷.

Da mesma forma, vozes potentes da doutrina brasileira ao analisarem o caso do ex-jogador, afirmam categoricamente a possibilidade de aplicação da TEP aos casos de crimes praticados por brasileiros natos no exterior. Nesse sentido, leciona Tarciso Dal Maso Jardim:

Alguns entendem que o fato de serem nas hipóteses de solicitação de extradição executória significa que brasileiros natos estão excluídos. Essa interpretação é equivocada. Hipótese de solicitação não se confunde com hipótese de inadmissão, tanto é verdade que o inc. I do art. 100 explicita a quem se destina a transferência da execução da pena: “o condenado em território estrangeiro for nacional ou tiver residência habitual ou vínculo pessoal no Brasil”. Distingue-se, portanto, de outras formas de cooperação penal, como a transferência da pessoa condenada e a expulsão, que não são aceitas para situações de “extradição inadmitida” e, portanto, não cabem para brasileiros natos. O comando do caput é apenas para explicitar que se destina a pessoas condenadas, e não às investigadas. A transferência da execução da pena foi criada justamente para punir nacionais ou residentes no Brasil que cometem crimes no exterior, como alternativa à previsão de julgamento extraterritorial do Código Penal. (JARDIM, 2022)

Somado a isso, parcela mais conservadora da doutrina tem ainda sustentado a impossibilidade de aplicação da norma ao caso, uma vez que os fatos imputados ao ex-jogador teriam sido praticados em 2013, em período anterior à promulgação da Lei de Migração (MAZZUOLI, 2023).

Nesse sentido, ao reconhecer às normas de cooperação internacional, consagradas no texto da Lei Migratória Brasileira, caráter pretensamente penal³⁸ ou híbrido³⁹, referidos doutrinadores reclamam ao caso a incidência do princípio da irretroatividade da lei penal ou irretroatividade da lei mais benéfica ao acusado, sustentando que, por implicar em intensificação do exercício do *jus puniendi* estatal, referidas disposições não retroagiriam para alcançar os fatos praticados pelo condenado (CAPEZ, 2023).

Da mesma forma, carece de fundamento referido entendimento, uma vez que, conforme demonstrado nos capítulos antecedentes, não só reconhece-se a referidas normas caráter nitidamente processual, como também, ao contrário do que alegam os autores em referência, suas disposições se apresentam mais benéficas à situação jurídica do réu, como forma de garantia do *non bis in idem*, em proteção à dupla persecução e, conseqüentemente, à dupla punição (ARAS, 2023).

Sobre o tema, assevera Badaró e Torres:

³⁷ STJ, AR 7287/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, d. em 05/09/2022.

³⁸ CAPEZ, Fernando. *op. cit.*

³⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *op. cit.*

A regra que prevê o mecanismo cooperacional de transferência de execução de pena não é uma norma penal material, que se sujeite à garantia constitucional da anterioridade da lei penal. Trata-se de norma instrumental, que deve ter ampliação imediata (CPP, artigo 2º). O que não poderia ter incidência, por exemplo, por configurar lei penal mais gravosa, seria uma regra de execução penal que agravasse os requisitos de progressão de regime, exigindo uma fração maior de cumprimento de pena. (BADARÓ; TORRES, 2023)

Consideradas, assim, as particularidades do caso, levantam-se ainda outras questões quanto à aplicabilidade da Lei de Migração, relativas à própria disciplina legal do instituto da transferência da execução da pena no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessa forma, superadas as questões expostas linhas atrás e já discorridas ao longo deste trabalho, ascende à centralidade do debate as discussões atinentes à “existência ou não de fontes convencionais e legais que autorizem a execução da pena entre Brasil e Itália” e ainda a relevância e influência das particularidades do crime cometido pelo ex-jogador na decisão sobre a aplicabilidade da TEP ao caso (BADARÓ; TORRES, 2023).

4. 1. O processo para a Transferência da Execução da Pena

Conforme a disciplina legal ostentada nos termos do art. 101, *caput* e §1º, da Lei de Migração Brasileira, o pleito do Estado estrangeiro para a Transferência da Execução da Pena deve ser requerido por via diplomática ou por via de autoridades centrais e recebido pelo órgão competente do Poder Executivo, no caso, pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, segundo previsão expressa do art. 281, do Decreto nº 9.119/2017⁴⁰.

Nesses termos, compete ao referido órgão examinar a “presença dos pressupostos formais de admissibilidade”⁴¹ exigidos na legislação brasileira ou em tratado de que o Brasil faça parte, a fim de que o pedido de transferência da execução da pena possa ser regularmente processado e julgado (MAZZUOLI, 2023).

Deve-se salientar, nesse sentido, que qualquer decisão estrangeira, quer na seara cível ou criminal, somente terá eficácia no Brasil após sua homologação pelo órgão competente, nos termos da Resolução 09/STJ, de 04/05/2005⁴², que, em harmonia com as disposições do art. 105, inciso I, alínea *i*, da Constituição Federal de 1988, prevê

⁴⁰BRASIL. Decreto n. 9.119. Regula a Lei 13.445/2017.

⁴¹ Art. 101. O pedido de transferência de execução da pena de Estado estrangeiro será requerido por via diplomática ou por via de autoridades centrais. § 1º O pedido será recebido pelo órgão competente do Poder Executivo e, após exame da presença dos pressupostos formais de admissibilidade exigidos nesta Lei ou em tratado, encaminhado ao Superior Tribunal de Justiça para decisão quanto à homologação.

⁴² BRASIL. Resolução 09/STJ. 04/05/2005.

expressamente a competência do Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar os pleitos de homologação de sentença estrangeira.

Isto posto, considerada a natureza e singularidade inerentes ao procedimento de homologação de sentença estrangeira na seara penal, especialmente para fins de transferência da execução da pena, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece um complexo rígido de requisitos a serem observados para a aplicação da TEP, dentre os quais: (a) que o condenado ostente a condição de nacional (nato ou naturalizado), ou, ainda, tenha residência habitual ou vínculo pessoal com Brasil; (b) que tenha transitado em julgado a sentença penal condenatória a que se busca cumprimento; (c) que a pena a ser cumprida seja igual ou superior a um ano; (d) que a conduta seja incriminada na legislação penal dos dois países; e (e) que exista entre eles tratado ou promessa de reciprocidade⁴³.

Nesse sentido, considerada a especificidade do caso em análise, referente à situação jurídica do jogador de futebol Robinho, assume especial destaque nas discussões recentes, o impacto e relevância do último requisito, atinente especificamente à exigência de tratado ou promessa de reciprocidade entre Brasil e Itália.

4.1.1. Tratado de cooperação entre Brasil e Itália

Malgrado não se ignore a inexistência de tratado de cooperação específico entre Brasil e Itália em matéria de Transferência da Execução da Pena, não se pode concluir apressadamente pela inaplicabilidade do instituto na relação entre os dois países, uma vez que expressamente autorizada, na redação final do dispositivo, a concessão da TEP mediante tratado ou promessa de reciprocidade.

Nesse sentido, colhe-se ensinamento de Tarciso Dal Maso Jardim:

(...) não há acordo internacional entre Brasil e Itália que permita a transferência de execução da pena. Porém, com o advento da Lei de Migração (Lei 13.445, de 24 de maio de 2017), abriu-se a possibilidade de a viabilizar. Pelo art. 100 (V) dessa lei, permite-se a transferência por tratado ou por promessa de reciprocidade. Basta, assim, que a Itália se comprometa a admitir a transferência da execução da pena para condenados pelo Brasil que estejam na Itália. Tais atos em torno da promessa de reciprocidade representam fonte formal autônoma, pouco importando que tratados anteriores não contemplem esse instituto. Esse é o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), que considera a promessa de reciprocidade uma fonte de direito equivalente à norma de tratado(...) (JARDIM, 2022)

⁴³ Art. 100, da Lei 13.445/2017. (CORRIGIR)

Da mesma forma, embora não previsto expressamente no texto convencional, o pedido de Transferência da Execução da Pena encontra-se albergado na redação do art. 6.1 do Tratado bilateral de extradição em vigor entre Brasil e Itália, que dispõe que, havendo recusa à extradição, o Estado requerido “submeterá o caso às suas autoridades competentes para eventual instauração de procedimento penal” (BADARÓ; TORRES, 2023)

Sobre o tema, ao compreender no recurso à expressão “procedimento penal” em sentido amplo, uma orientação implícita, não necessariamente à instauração de nova persecução penal, mas ao manejo dos mais sofisticados e céleres recursos disponíveis ao combate à impunidade internacional, ensinam Badaró e Torres:

A amplitude redacional da expressão "procedimento penal" indica, teleologicamente, o objetivo de combate à impunidade, delegando ao Estado do qual a pessoa é nacional o dever de processar e punir em sentido amplo, quer para aplicação extraterritorial da sua lei penal, quer para a instauração de procedimento penal pelos instrumentos cooperacionais da transferência de processos ou da transferência de execução da pena. É a consagração do *aut dedere, aut judicare* (BADARÓ; TORRES, 2023)

Dessa forma, a autorização convencional expressa à instauração de procedimento penal, em sentido amplo, se apresentaria suficiente, nas lições de referidos autores, à aplicação da medida de cooperação internacional de transferência da execução da pena na relação entre Brasil e Itália, como ocorre no caso do ex-jogador de futebol Robinho (BADARÓ; TORRES, 2023).

Impõe-se reconhecer que, de fato, o pedido de homologação de sentença estrangeira apresentado pela República da Itália, no caso, se apresentou fundamentado na redação do mencionado dispositivo, introduzido no ordenamento jurídico pátrio pelo Decreto nº 863, de 9 de julho de 1993.

Em posição diametralmente oposta, figuras mais tradicionalistas da doutrina brasileira, ilustrada nos ensinamentos de Valério de Oliveira Mazzuoli⁴⁴, não só retiram da expressão “procedimento penal” qualquer referência à institutos diversos da persecução penal, afirmando a absoluta inexistência de tratado autorizativo à TEP entre Brasil e Itália, como entendem na redação do art. 1.3 do Tratado Bilateral sobre Cooperação Judiciária em Matéria Penal, internalizado por meio do Decreto nº 862/1993⁴⁵, verdadeira vedação convencional à aplicação da medida na relação entre os dois países.

⁴⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *op. cit.*

⁴⁵ BRASIL. Decreto n. 862. Promulga o Tratado sobre Cooperação Judiciária em Matéria Penal, entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, de 17/10/1989.

Nesse sentido, o autor em referência entende que, inexistindo tratado específico sobre Transferência da Execução da Pena entre Brasil e Itália, o tratado em vigor sobre cooperação judiciária em matéria penal, que exclui expressamente de sua incidência a execução de condenações, teria o condão de impedir a aplicação da TEP na relação entre os dois países (MAZZUOLI, 2023, p. 306).

Acerca do tema, leciona Valério de Oliveira Mazzuoli:

Ocorre que, justamente com a Itália, o único tratado de cooperação judiciária em matéria penal existente prevê, no seu art. 1º, § 3º, que a cooperação entre os dois países em matéria penal "não compreenderá a execução de medidas restritivas da liberdade pessoal nem a execução de condenações" [grifo nosso]. Esta, como se nota, foi uma opção das duas soberanias em questão - no âmbito da cooperação internacional judiciária em matéria penal para excluir, nas relações entre ambas, a execução de medidas restritivas de liberdade e a execução de condenações (MAZZUOLI, 2023, p. 305)

Parece, no entanto, carecer de fundamento mencionado entendimento, uma vez que manifestamente desarrazoada a compreensão de que o simples fato de o tratado em questão não abranger ou regular a transferência de execução penal, restaria por proibir em absoluto o recurso à referida medida na relação entre os dois países (ARAS, 2023, p. 167).

Desse modo, ao tratar sobre o tema, assevera Vladimir Aras:

Não se celebra um Tratado de *Mutual Legal Assistance* (MLAT) para proibir mecanismos de cooperação internacional, mas, ao contrário, para prevê-los e regulá-los, facilitando o intercâmbio jurídico entre as nações. Tais acordos costumam ser segmentados em acordos de extradição, de assistência jurídica mútua, de transferência de pessoas condenadas etc. O regime jurídico bilateral entre o Brasil e a Itália em matéria penal é composto por diversos tratados de natureza bilateral e multilateral. Além do MLAT ítalo-brasileiro de 1989, vigora entre os dois países o Tratado de Extradição do mesmo ano, cujo art. 6.1 foi invocado pelo governo italiano para pedir ao Brasil a execução das sentenças condenatórias de Robinho, Falco e Narbondo. Ademais, três dos tratados multilaterais que compartilhamos com a Itália preveem expressamente a transferência de execução penal: o art. 16.12 da Convenção de Palermo, o art. 44.13 da Convenção de Mérida, e o art. 6.10 da Convenção de Viena. Pode-se sustentar, assim, no regime jurídico bilateral entre o Brasil e a Itália, a aplicação analógica (art. 3º do CPP) desses dispositivos a outros crimes não abrangidos pelos catálogos convencionais (ARAS, 2023, p. 168).

Em idêntico sentido, ao afirmar na referência à “exclusão das medidas de execução de pena” pelo tratado de cooperação judiciária penal entre Brasil e Itália, mera delimitação do objeto do referido texto convencional, disciplina Badaró e Torres:

Tampouco há vedação convencional à transferência de execução da pena, ao contrário do que poderia indicar uma leitura rápida e isolada do art. 1.3 do Tratado

Bilateral sobre Cooperação Judiciária em Matéria Penal (internalizado por meio do Decreto nº 862/1993 e conhecido como MLAT), que dispõe que a cooperação a que se refere àquele tratado "não compreenderá a execução de medidas restritivas da liberdade pessoal nem a execução de condenações". O MLAT não disciplina nem proíbe a transferência de execução da pena. O artigo 1º apenas define o objeto do tratado. O artigo 1.2 prevê o que é abrangido pelo tratado: cooperação para comunicação de atos processuais e obtenção de provas. Já o artigo 1.3, explicita o que não está disciplinado no MLAT: execução de medidas restritivas da liberdade pessoal e execução de condenações. Ou seja, o artigo 1.3 apenas a exclui do escopo do tratado — daí a expressão "não compreenderá" — as penas privativas de liberdade, mas não proíbe a cooperação para transferência de execução de tais penas (BADARÓ; TORRES, 2023).

Por conseguinte, não se visualiza no texto do art. 1.3 do Tratado de Cooperação Judiciária Penal ítalo-brasileiro uma proibição geral da aplicação da TEP na relação entre Brasil e Itália, de modo que a previsão constante de referido dispositivo, no sentido de que “cooperação não compreenderá a execução de medidas restritivas de liberdade pessoal nem a execução de condenações”, se aplica apenas no âmbito desse mesmo acordo bilateral (ARAS, 2023, p. 168).

Assim, entende-se que a mera inexistência de tratado sobre Transferência da Execução da Pena entre Brasil e Itália, não inviabiliza o recurso à medida para o reconhecimento mútuo das decisões entre os dois países, podendo, no caso, reger-se tanto por outros tratados, a exemplo daquele internalizado pelo Decreto 862/1993, que se revela aplicável ao caso ora em análise, quanto pelo próprio direito interno, mediante promessa de reciprocidade.

Superados os questionamentos iniciais acerca da existência de base convencional suficiente à aplicação da TEP ao caso do ex-jogador, faz-se necessário observar outros aspectos atinentes ao processo de homologação de sentença penal estrangeira para fins de Transferência da Execução da Pena, dentre os quais o devido processo legal e o juízo de deliberação.

4.1.2 O devido processo legal e o juízo de deliberação

Figura entre os requisitos impostos pelo ordenamento jurídico brasileiro à homologação de sentença estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça, o trânsito em julgado da decisão proferida no exterior, conforme previsão expressa do art. 216-D, do Regimento Interno do STJ.

Referida disposição apresenta-se compatibilizada à previsão constante do art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, que expressamente prescreve que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da “sentença penal condenatória”.

Impõe-se destacar, que, ao estabelecer referido comando, o Texto Constitucional não fixa nenhuma distinção entre as sentença penais nacionais e estrangeiras, ou, ainda, entre estas e as condenações de cortes penais internacionais, conforme preveem os arts. 86 e 105 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (ARAS, 2023).

De fato, a legislação brasileira em diversos momentos parece sinalizar a atribuição de efeitos correlatos às sentenças penais condenatórias brasileiras e estrangeiras, a exemplo do que ocorre na disciplina do instituto da reincidência, prevista no texto art. 63, do Código Penal, aos casos em que “o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

Não obstante reconheça-se a atribuição de efeitos imediatos às sentenças penais condenatórias estrangeiras para fins de reincidência, não se pode ignorar que o ordenamento jurídico brasileiro exige para a atribuição de eficácia no Brasil à decisão proferida no exterior a prévia homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, na forma do art. 216-B, do Regimento Interno do STJ.

No entanto, não é apenas nesse estágio do caminho para a execução penal, que o procedimento deve ser orientado segundo as máximas do devido processo legal, uma vez que obrigatória a sua observância em todo o percurso processual, ainda que em dimensões diversas, sob uma dúplici vertente, mais evidente no Estado requerente (sentenciante), mas igualmente importante no Estado requerido (da execução) (ARAS, 2023, p. 182).

Nesse sentido, importa recorrer às ilustres lições de Professor Nelson Nery Júnior, que ao dispor acerca do princípio do devido processo legal, assevera notadamente que sua aplicação indica mais do que uma tutela processual, uma vez que, considerado em sua dupla dimensão, também dispensa-se sua incidência sob o aspecto substancial, ou seja, referente ao próprio direito material, tanto no âmbito judicial como administrativo (NERY, 1996).

Dessa forma, tanto o Estado prolator da condenação deve cumprir o devido processo legal, nesse caso, em sua vertente plena, com ampla defesa, contraditório, recursos e todas as demais garantias judiciais de um processo justo, à luz da legislação italiana, quanto o potencial estado da execução da sentença penal, embora não mais orientado ao contexto da instrução, mas agora redimensionado ao contexto da TEP (ARAS, 2023, p. 182).

Nesse caso, entende-se que o devido processo legal a ser observado no Estado da execução penal é o próprio procedimento cooperacional, orientado segundo as normas do

CPC (arts. 26 a 41 e 960 a 965), da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, do CPP (arts. 3º 787 a 790), do Regimento Interno do STJ e da própria Lei de Migração (arts. 100 a 102) (ARAS, 2023, p. 182).

Destaque-se, assim, que o cumprimento no Brasil das sentenças condenatórias proferidas no exterior depende de um rigoroso exame das autoridades brasileiras competentes, quanto ao respeito às garantias mínimas do devido processo legal e das demais garantias judiciais, não consideradas, nesse caso, segundo os traços rígidos da legislação brasileira, mas analisados seguindo a própria legislação processual do estado sentenciante e os documentos internacionais pertinentes ao caso (ARAS, 2023, p. 182).

Nesse sentido, ao tratar sobre o tema ensina Vladimir Aras:

É questionável, assim, a posição de que na TEP se exerce um mero juízo de deliberação. Se essa perspectiva é correta no caso do reconhecimento de sentenças cíveis ou no *exequatur* a cartas rogatórias cíveis e penais, não se dá o mesmo no campo processual penal do reconhecimento e aplicação de sentenças penais estrangeiras privativas de liberdade (*custodial sentences*). Na TEP, cabe ao STJ um juízo – não de *meritis* –, mas um exame mais rigoroso e vertical quanto à observação das garantias mínimas do devido processo no Estado estrangeiro sentenciante, numa perspectiva casuística, que tomará como padrão o mínimo universal e os tratados de direitos humanos aos quais estiver vinculado o Estado requerente/sentenciante (ARAS, 2023, p. 183)

Por isso, compreende-se que, considerada a relevância do bem jurídico tutelado na TEP, o juízo a ser realizado pelo Superior Tribunal de Justiça no processo de homologação de sentença estrangeira na seara penal adquire roupagem especialmente complexa.

Malgrado não se ignore que não cabe à autoridade judiciária competente se imiscuir novamente no mérito da ação penal na qual foi proferida a sentença condenatória, sob risco de reabrir a fase instrutória já encerrada, seu juízo deve se apresentar notadamente mais rigoroso e acurado às exigências mínimas do devido processo legal segundo a legislação do país sentenciante (ARAS, 2023)

Somado a isso, outros aspectos atinentes à particularidade dos casos devem ser ainda considerados no juízo do Superior Tribunal de Justiça, dentre os quais: o respeito à soberania e a ordem pública, e a dignidade da pessoa humana, estendida, nesse caso, não só à realidade do condenado, mas também da pessoa ofendida.

4.2. Revitimização, perspectiva de gênero e interseccionalidade no caso Robinho.

Exaustivamente demonstrada ao longo de todo esse trabalho, a mudança de paradigma recente no tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico pátrio à questão migratória, concretizada na promulgação da Lei de Migração de 2017, redirecionou os compromissos internacionais do Estado brasileiro à proteção dos direitos humanos e a consecução de mecanismos realmente eficazes de combate à impunidade e fortalecimento da justiça, em conformidade não apenas com o sentimento constitucional estampado na Carta Política de 1988, mas com o atual espírito vigente no sistema jurídico internacional.

Nesse sentido, sob o imperativo geral de concretização dos mecanismos de cooperação judiciária internacional, emerge nas discussões jurídicas recentes, a importância de pensar, ao lado dos ideais de segurança e ordem pública, a dignidade da pessoa humana, percebida não apenas na perspectiva do nacional condenado, mas principalmente do ofendido estrangeiro.

Diante do exposto, adquire notável relevância na análise do presente caso, a percepção da possibilidade de transferência da execução da pena do condenado para o Brasil, não apenas sob o aspecto estritamente formal de atendimento aos requisitos expressamente fixados em lei, mas sob uma outra perspectiva, que, compromissada com as questões de gênero e interseccionalidade, se destine efetivamente à proteção da vítima e a garantia de não revitimização.

Não se pode ignorar que, considerada a natureza especialmente degradante do fato criminoso praticado pelo nacional Robinho contra a cidadã albanesa, migrante na Itália, o presente caso ganha contornos notadamente complexos, que ultrapassam os imperativos gerais de celeridade e economia processual, e alcançam a própria efetividade da prestação jurisdicional.

A condenação do agente pelo crime de estupro coletivo (art. 616-octis do Código Penal Italiano) chama à centralidade do presente debate, para além das questões atinentes às medidas de cooperação judiciária internacional, a discussão sobre a seriedade com que se encara o tema dos crimes sexuais, bem como a dimensão do tratamento dispensado à vítima, pelo ordenamento jurídico brasileiro e seus respectivos operadores.

À vista disso, ao tratar sobre o tema da revitimização, assevera Cézar Roberto Bitencourt:

Pois essa, digamos, revitimização denomina-se vitimização secundária de quem já foi vítima da violência sexual, que outra coisa não é senão a violência institucional do sistema processual penal, fazendo das vítimas de estupro novas vítimas do próprio Estado, ou seja, do estigma procedimental-investigatório (BITENCOURT, 2020)

De fato, impõe-se destacar que a vítima, no presente caso, ao cumular notadamente diferentes categorias de opressão, na condição de mulher e migrante, além de ter sido submetida aos sofrimentos inerentes à atividade criminosa praticada pelo condenado, e revividos, em certa medida, no curso da persecução penal na Itália, encontra-se atualmente sob ameaça de ter que reexperimentar as angústias de seu sofrimento no curso de uma nova ação penal, desenvolvida, agora, na nação do seu ofensor.

Sobre o tema da revitimização da ofendida em casos de crimes sexuais, leciona com precisão Chakian:

Para além da vitimização primária, que compreende as consequências naturais e danos sofridos pela ofendida em virtude de violência, que podem ser evidentes, como dano físico, emocional, ou mais invisibilizadas, como perda da sensação de segurança, de confiança, ou a interrupção de um plano de vida, está a vitimização secundária, causada pelas respostas dadas pelas instituições ou por outros indivíduos à vítima, após o delito. Neste sentido a vitimização secundária ou revitimização abarca uma série de ações e atitudes, tanto institucionais como individuais, públicas e privadas, que produzem um incremento ao sofrimento/dano já produzido pela vitimização primária (Chakian, 2019, p. 327).

Nessa conjuntura, impõe-se reconhecer que, considerada a natureza do crime imputado ao condenado, decidir pela repetição do processo penal no Brasil, além de ser uma solução antieconômica e violadora do princípio do *non bis in idem*, desconsidera a perspectiva de gênero na dimensão da efetividade do direito à proteção vitimária e de garantia contra a revitimização (ARAS, 2023).

Deve-se, ainda, salientar, nesse sentido, que a toda vítima de violação de direitos humanos é assegurada uma proteção judicial efetiva e oportuna, revelada, nos termos do art. 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos⁴⁶, por meio de um complexo de ações civis e procedimentos penais postos à sua disposição pelo Estado (ARAS, 2023).

Diante do exposto, reclama-se, na presente circunstância, uma abordagem orientada não apenas à proteção do nacional nato, mas à realização da justiça da ofendida, e sua efetiva proteção.

Destaque-se que não há aqui qualquer desprezo ao devido processo legal ou às demais garantias judiciais do condenado, uma vez que sua sentença foi devidamente proferida pelo Poder Judiciário de uma democracia liberal sólida, ao fim de um processo conduzido segundo rígidos limites impostos pela legislação processual vigente, e submetido ainda ao rigoroso escrutínio de cortes superiores nacionais e supranacionais (ARAS, 2023).

46

Por tudo isso, sobre o tema, leciona Vladimir Aras:

Em Barbosa de Souza (2021), a Corte IDH esclareceu que a ineficiência do sistema de justiça criminal diante de um caso de violência contra uma mulher em particular cria “um ambiente de impunidade que facilita e promove a repetição de atos de violência em geral e envia uma mensagem segundo a qual a violência contra a mulher pode ser tolerada e aceita, o que favorece sua perpetuação e a aceitação social do fenômeno, o sentimento e a sensação de insegurança das mulheres, bem como uma persistente desconfiança das mulheres no sistema de administração de justiça”. E agregou o Tribunal que tal ineficiência ou indiferença “por si só constitui discriminação contra as mulheres no acesso à justiça” (ARAS, 2023, p. 186).

De fato, no presente caso, a vítima do crime imputado a Robinho, na condição de mulher, hipossuficiente, e migrante na Itália, encontra-se num quadro de vulnerabilidade interseccional, que reclama, sobremaneira, a proteção do Estado mediante uma prestação jurisdicional efetiva e oportuna, desde que realizada num prazo razoável e em respeito à não revitimização da ofendida, o que está longe de ser alcançado com a instauração de uma nova persecução penal em solo brasileiro.

3. O Caso Robinho hoje

Apesar dos notáveis esforços mobilizados por nomes mais conservadores da doutrina brasileira, ainda influenciados pelo espírito ultranacionalista do, já revogado, Estatuto do Estrangeiro, o Superior Tribunal de Justiça tem sinalizado positivamente à homologação da sentença penal condenatória italiana proferida em face do ex-jogador de futebol Robson de Sousa (conhecido como Robinho).

No mesmo sentido, o Ministério Público Federal vem se manifestando pela aplicabilidade da medida de Transferência da Execução da Pena ao caso, uma vez que residente no Brasil ao momento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o condenado não pode ser extraditado para a Itália, por garantia constitucional à inextraditabilidade de brasileiro nato. Nesses termos, o Parquet entende que todos os pressupostos legais e procedimentais adotados pelo ordenamento jurídico pátrio para o processamento da TEP já foram devidamente cumpridos.

Há de destacar, ainda, que conforme expressamente salientado em despacho que determinou o prosseguimento do feito e a citação do requerido: o "Superior Tribunal de Justiça ainda não se pronunciou, por meio de sua Corte Especial, acerca da possibilidade de homologação de sentença penal condenatória para o fim de transferência da execução da pena no Brasil, notadamente nos casos que envolvem brasileiro nato, cuja extradição é

expressamente vedada pela Constituição brasileira (artigo 5º, LI)", o que demonstra a relevância e urgência do presente tema.

Não se ignore, que a defesa do jogador, conforme esperado, tem utilizados todos os recursos possíveis na tentativa de atrasar a efetividade da prestação jurisdicional, requerendo medidas sabidamente descabidas ou irrelevantes ao caso e tentando prolongar no tempo a tramitação do feito.

Dessa forma, na tentativa, de esgotar todas as possibilidades de recursos cabíveis ao caso, o condenado chegou a interpor recurso extraordinário, o qual foi extraído dos autos para processamento apartado (fl. 443 e-STJ) e não admitido por decisão monocrática proferida em 16 de setembro de 2023 na Pet nº 16205/DF, tendo transitado em julgado no dia 23 de outubro de 2023.

Assim, diante do insucesso dos inúmeros esforços protelatórios do condenado, o requerido apresentou contestação, aos dias 12 de setembro de 2023, argumentando, dentre outros fatores: a) cerceamento de defesa, em razão de os autos não estarem instruídos com cópia integral do processo estrangeiro em que foi prolatada a sentença homologanda; b) a inconstitucionalidade do pedido de homologação, por alegada violação do art. 5º, LI, da Constituição da República, que veda a extradição do brasileiro nato; c) a ausência de previsão da transferência de execução da pena no Tratado de Extradicação firmado entre Brasil e Itália, promulgado pelo Decreto nº 863/93; d) a não incidência da Lei nº 13.445/17 para o caso de brasileiros natos; e) a irretroatividade da Lei nº 13.445/17 para o presente caso, uma vez que representaria aplicação de lei penal nova mais severa; e f) a ofensa à soberania nacional, à dignidade da pessoa humana e à ordem pública, todos exaustivamente desenvolvidos e refutados ao longo do presente trabalho.

Isto posto, em que pese os notáveis esforços do imputado e os apelos conservadores de seus maiores defensores na doutrina brasileira, não se pode negar os acenos positivos paulatinamente estampados no curso do processo de homologação de sentença estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido, faz-se inquestionável no presente caso que o entendimento pela aplicabilidade da medida de transferência da execução da pena ao nacional nato Robinho, não apenas se coaduna às manifestações anteriores já ostentadas pelo Tribunal Superior, mas atende com eficiência aos interesses da celeridade e economia processual, garantindo a efetividade da proteção vitimária, em harmonia e coerência ao movimento sinalizado no sistema jurídico internacional.

4 CONCLUSÃO

Definitivamente superadas as noções tradicionais de soberania e interesse nacional, elementos balizadores da relação clássica entre os Estados, emergiu no cenário internacional hodierno um compromisso geral de promoção dos direitos humanos e de combate ao crime transnacional.

Nesse contexto, considerada a intensificação e facilitação do fluxo de pessoas e informações, assumiu especial importância no sistema jurídico internacional o desenvolvimento de mecanismos eficazes de cooperação judiciária e administrativa, em matéria penal, orientados ao combate à impunidade e ao fortalecimento das medidas de administração da justiça.

Diante desse movimento, foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro um novo marco legal ao tratamento jurídico da questão migratória e dos demais institutos e medidas a ela relacionados, concretizados no texto da Lei de Migração brasileira, promulgada em 24 de maio de 2017.

Como forma de superação do tratamento discriminatório dispensado à figura da pessoa em mobilidade pelo, já revogado, Estatuto do Estrangeiro de 1980, o novo diploma migratório brasileiro materializou verdadeira mudança de paradigma, ao reunir em seu texto a disciplina de questões atinentes não só à migração e a nacionalidade, mas às indispensáveis medidas de cooperação judiciária internacional.

Malgrado não se ignore as contribuições legadas pela introdução da matéria em texto legal, não se pode negar que a reunião, em um mesmo diploma, de questões não facilmente relacionáveis entre si, revestidas pelo rótulo genérico orientado ao fenômeno da migração, gerou notáveis dificuldades ao tratamento da questão.

Nesse sentido, impõe-se ressaltar que a própria natureza das normas de cooperação internacional em matéria penal torna evidente sua maior compatibilização ao texto do Diploma Processual Penal de 1941, em detrimento de qualquer outro diploma normativo, especialmente considerado aquele destinado genericamente à questão migratória.

No entanto, em que pese a manifesta fragilidade da escolha do legislador ordinário, deve-se reconhecer que a introdução da lei de migração no ordenamento jurídico brasileiro coroou o processo de superação da herança ditatorial revelada em níveis e formas variados nas disposições do Estatuto do Estrangeiro, ao introduzir tratamento específico às medidas de cooperação judiciária em matéria penal, com especial destaque às medidas de

transferência de pessoas condenadas, arts. 103 a 105, e de transferência da execução da pena, art. 100 a 102, da Lei 13.445/2017.

Como medidas alternativas à extradição, a TEP e a TPC adquirem especial relevo, notadamente nos casos em que impossível ou inviável a extradição. Nesses termos, ao contrário do que defendem nomes mais conservadores da doutrina nacional, representados nas lições do Professor Valério de Oliveira Mazzuoli e do jurista Fernando Capez, a principal aplicação das medidas se verifica, precisamente, nos casos de crimes praticados por brasileiro nato no exterior, uma vez considerada a garantia constitucional de inextratibilidade, consagrada nos termos do art. 5º, inciso LI, da Constituição Federal de 1988.

A discussão em referência adquire contornos ainda mais complexos e posicionamentos ainda mais acalorados, quando percebida sob o plano de fundo dos debates recentes acerca da condenação do jogador de futebol Robson de Sousa, na Itália, pelo crime de estupro coletivo (616-octis do Código Penal Italiano) e, mais recentemente, pelo respectivo pedido de homologação de sentença estrangeira para transferência da execução da pena, apresentado pela República da Itália à Justiça Brasileira.

Apesar dos notáveis esforços empreendidos pelos defensores das perspectivas mais rígidas de soberania e defesa social, que entendem pela inaplicabilidade da medida de transferência da execução da pena ao caso do jogador, uma vez tratar-se de brasileiro nato, parece-nos mais acertado o posicionamento encabeçado pelo jurista Vladimir Aras, que afirma que, em face de ausência de disposição expressa nesse sentido, não se pode presumir intenção não manifesta do legislador em excluir do âmbito de incidência da norma a figura do nacional nato, posto que é justamente nessa situação que se visualiza a melhor aplicação da norma, na medida que quanto aos não nacionais e nacionais naturalizados não existe qualquer impeditivo à medida de extradição.

Foge à razoabilidade, assim, considerar que, diante da possibilidade de extradição do condenado para cumprimento da pena no país prolator da sentença, se recorreria ao instituto da TEP, delegando a outro Estado nacional o exercício do *jus puniendi* estatal, de forma que, nessa hipótese, ao vincular a aplicação da TEP às mesmas circunstâncias autorizativas da extradição, restaria-se por esvaziar de sentido a própria previsão da referida medida de cooperação internacional no ordenamento jurídico pátrio.

Da mesma forma, carece de fundamento o entendimento que afirma nas normas de cooperação judiciária internacional caráter de direito material, uma vez que, por não implicarem em qualquer ampliação ou modificação da extensão do poder punitivo do estado, suas disposições ostentam notório caráter instrumental, sendo assim regidas pelo princípio da

aplicação imediata da lei processual penal, conforme disposição expressa do art. 2º do Código de Processo Penal brasileiro.

Considerado entendimento reiterado no âmbito dos Tribunais Superiores, não se percebe, assim, em face da natureza puramente processual de suas disposições, qualquer violação ao princípio da reserva legal ou da retroatividade da lei mais benéfica, na aplicação das normas de cooperação insculpidas na Lei de Migração aos casos de crimes que, embora praticados em período anterior à sua promulgação, tiveram o trânsito em julgado de suas respectivas sentenças penais condenatórias, sob a vigência do referido diploma legal.

Desse modo, entende-se pela inexistência qualquer óbice à aplicação dos artigos 100 a 102 da Lei Migratória brasileira ao caso do ex-jogador de futebol Robinho, especialmente quando considerada previsão expressa do art. 6.1 do Tratado de Extradicação firmado entre Brasil e Itália, que prevê, em caso de recusa à extradicação do condenado em razão da nacionalidade, a possibilidade de instauração de procedimento penal, aqui, compreendido em sentido amplo, como qualquer procedimento, ainda que diverso da persecução penal, que se oriente à efetiva responsabilização do agente por suas próprias condutas delitivas.

Importa salientar, ainda, que ao contrário do que defendem as vozes mais tradicionais da doutrina, a aplicação de referidas disposições ao caso do jogador, não figura como disposição mais gravosa à sua situação jurídica, visto que, como garantia de observância ao *non bis in idem* internacional, referidas disposições protegem o agente contra a dupla persecução e, conseqüentemente a dupla punição, pelos mesmos fatos já processados e julgados no exterior.

Não se pode, no entanto, negar que, em face das particularidades que envolvem o presente caso, bem como a natureza do crime imputado ao condenado, reclama-se à análise do tema não apenas uma visão formalista do atendimento aos requisitos expressamente instituídos no texto legal, mas uma leitura humanista da situação, permeada pela perspectiva de gênero e pelo compromisso com a proteção à revitimização da ofendida.

De fato, em face do exposto, parece-nos que o recurso à medida de transferência da execução da pena se apresenta no presente caso não só como meio mais eficaz de garantia de efetivação da justiça, em observância às máximas de celeridade e economia processual, mas como meio menos desgastante de realização dos interesses da ofendida, já submetida ao sofrimento inerente ao crime, e sua respectiva repetição no curso do persecução penal desenvolvida no sistema de justiça italiano, e, agora, ameaçado de repetição, mais uma vez, em solo nacional.

REFERÊNCIAS

ARAS, V. O reconhecimento de sentenças penais estrangeiras no Brasil: os casos robinho, falco e narbondo. **Revista do Ministério Público do RS**. Porto Alegre. n.93. jan. 2023-jul.2023. p. 161-194, 2023. Disponível em: XXXXXXXX. Acesso em: 27 de nov. 2023.

BADARÓ, G. H; TORRES, P. R. Robinho: homologação de sentença penal condenatória na marca do pênalti. **Consultor Jurídico**. 2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-21/badaro-torres-sentenca-condenatoria-robinho-marca-cal/>. Acesso em: 25 de nov. 2023.

BASSIOUNI, Cheriff. **Derecho penal internacional**: proyecto de codigo penal internacional. Tradução de José Luis de la Cuesta Arzamendi. Madri: Tecnos, 1984, p. 49.

BITENCOURT, C. R. A vitimização secundária da vítima de estupro pelo poder público. **Consultor Jurídico**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-30/bitencourt-vitimizacao-vitima-estupro-poder-publico/>. Acesso em: 03 de nov. 2023.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 de nov. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Brasília, DF. Diário Oficial da União, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 3 nov. de 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF. Diário Oficial da União, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 3 nov. de 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, DF. Diário Oficial da União, 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração. Brasília, DF. Diário Oficial da União, 2017. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm. Acesso em: 27 de nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980**. [REVOGADO]. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16815.htm. Acesso em: 09 de nov. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Cooperação Jurídica Internacional**. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/cooperacao-internacional/copy_of_capa. Acesso em: 03 de nov. /2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Ação Rescisória nº 7287 - DF (2022/0165055-9)**. Ação Rescisória, com pedido de tutela de urgência, ajuizada por F. de A. O., em que almeja rescindir decisão de mérito proferida na Homologação de Decisão Estrangeira 5.175, transitada em julgado em 27 de agosto de 2021. Réu: Ministério Público Federal. Relator: Min. Herman Benjamin. 05 de setembro de 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=163901017&num_registro=202201650559&data=20220909&tipo=0. Acesso em: 03 nov. de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno do STJ de 2023**. Brasília: STJ, 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/article/view/3115/3839>. Acesso em: 3 de nov. de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (1. Turma). **Pet 5946 / DF**. Agravo Regimental Em Face De Decisão Monocrática De Relator No Stf. Pedido de Cooperação Jurídica Internacional. Auxílio Direto. Pleito do Ministério Público Português. Tratado De Auxílio Mútuo em Matéria Penal. Decreto 1.320/94. Oitiva De Preso. Custódia Para Fins De Extradicação Submetida Ao STF. Competência. Carta Rogatória E Exequatur No Stj. Desnecessidade. Agravo Provido. Requerente: Ministério Público Federal. Relator: Min Marco Aurélio. 16 de agosto de 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur359432/false>. Acesso em: 06 nov. de 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus nº 171.118/SP**. Penal e Processual Penal. Proibição de dupla persecução penal e ne bis in idem. Relator: Min Gilmar Mendes. 12 de novembro de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344022609&ext=.pdf>. Acesso em: 3 nov. de 2023.

CAMARGO, Solano de. **Homologação de sentenças estrangeiras cibernéticas e o direito internacional privado**. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro; LAUX, Francisco de Mesquita LAUX; RAVAGNANI, Giovani dos Santos. Direito, processo e tecnologia. Ed. Future Law: São Paulo, 2020.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 62.

CAVALCANTI, L. et al. **Dicionário crítico de migrações internacionais**. 1. ed. Brasília: UnB, 2017.

CHAKIAN, Silvia. **A construção dos direitos das mulheres: histórico, limites e diretrizes para uma proteção penal eficiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CLARO, C. A.B. Do Estatuto do Estrangeiro à Lei de Migração: avanços e expectativas. **Boletim de Economia e Política Internacional. Brasília**. n. 26. set 2019-abr 2020.

Disponível em:

https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9820/1/BEPI_n26_Estatuto.pdf. Acesso em: 03 de nov. 2023.

CRUZ, L. D. C. A tramitação das Cartas Rogatórias. **Revista de informação legislativa**. Brasília. n.45. jan./mar. 1975. p. 47-64. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180863>>. Acesso em: 03 de nov. 2023.

DANTAS, Leila Poconé. Mudança no critério de aquisição da nacionalidade originária na constituição brasileira. **Revista da Esmese**. Santa Catarina. n. 11. p. 73-86. 2008. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79073133.pdf>. Acesso em: 3 de nov. 2023.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza; JAEGER JUNIOR, Augusto. **Curso de direito internacional privado**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 3 Ed. São Paulo: RT, 2010. p.. 343.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996**. 2ª. edição revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. **Curso de Direito Penal**. 2. ed. Salvador: Juspodium, 2016.

IOM – International Organization For Migration. **Glossary on migration**. 3rd ed. Genev: IOM, 2019.

JARDIM, T. D.M. Robinho: condenação poderá ser homologada pelo STJ se ultrapassar 3 desafios. **JOTA**. São Paulo. 31 de jan. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/robinho-condenacao-podera-ser-homologada-s-tj-se-ultrapassar-3-desafios-31012022>. Acesso em: 3 de nov. 2023.

KENICKE, Pedro Henrique Gallotti. **O Estatuto dos Estrangeiros e a Lei de Migrações: Entre a Doutrina da Segurança Nacional e o Desenvolvimento Humano**. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Programa de PósGraduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

KENICKE, P. H. G. O Estatuto do estrangeiro como vértice da política pública migratória no Brasil. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo. v. 94, p. 15-30, 2016.

KENICKE, P. H. G; LORENZETTO, B. M. O Estatuto do Estrangeiro e a mudança da fundamentação da política migratória brasileira. **Direito e Desenvolvimento**, v. 8, n. 2, p. 195-209, 2017.

KHOR, Martin. **Rethinking globalization: Critical issues and policy choices**. 1. ed. London: Zed Books, 2001.

LILLICH, R. B. **The human rights of aliens in contemporary international law**. Manchester: Manchester University Press, 1984. (Melland Schill Monographs in International Law.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direitos humanos e tratamento igualitário: questões de impunidade, dignidade e liberdade. **Revista brasileira de Ciências sociais**, v. 15, p. 77-100, 2000.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MORAES, Ana Luiza Zago de. **Crimigração: a relação entre política migratória e política criminal no Brasil**. 2016. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais, Porto Alegre, 2016. Disponível em:

<<https://www.capes.gov.br/images/stories/download/pct/2016/Mencoes-Honrosas/Direito-Ana-Moraes.PDF>>. Acesso em: 09 de nov. 2017.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 34-38

PEREIRA, M. H. T. A sentença estrangeira sem fundamentação pode ser homologada? **Revista de Informação Legislativa**, v. 43, n.169, p. 203-231, jan-mar. 2006. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/92448>. Acesso 6 de nov. 2023.

PIMENTA, Marcelo Vicente Alkmim. **Direito Constitucional em perguntas e respostas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007

SABOYA, Keity. **Ne bis in idem**. História, Teoria e Perspectivas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

SANCHEZ RUBIO, David. Desafios da contemporaneidade do direito: diversidade, complexidade e direitos humanos. In: **XIX Congresso nacional do COMPEDI (conselho nacional de pesquisa e pos-graduacao em direito)**. Florianopolis, 2010.

SILVA, K. G; VIDOVIX, L.F.M; SANTOS, R.A. O efeito da lei de migração sobre o estatuto do estrangeiro: a humanização da condição jurídica do estrangeiro. **Conteúdo Jurídico**. São Paulo. 11 ago 2022. Disponível :

<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/59006/o-efeito-da-lei-de-migrao-sobre-o-est-ato-do-estrangeiro-a-humanizao-da-condio-jurdica-do-estrangeiro>. Acesso em: 3 de nov. 2023.

SIMIONI, R. L; VEDOVATO, L. R. A migração fronteiriça no Brasil: os desafios da nova Lei de Migração, vetos e regulamento. In: BAENINGER, R.; CANALES, A. (Coord.). **Migrações fronteiriças**. Campinas: NEPO/UNICAMP, 2018, p. 304-313.

DE SOUSA SANTOS, Boaventura; CHAUI, Marilena. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. 1.ed. São Paulo. Cortez Editora, 2017.

STEFANOVSKA, Vesla. Extradition as a tool for inter-state cooperation: resolving issues about the obligation to extradite. **Journal of Liberty and International Affairs**, vol. 2, n.1, 2016, p. 38-48. Disponível em: <http://e-jlia.com/papers/5_3.pdf>. Acesso em: 20 de jul. 2018.

TANGERINO, D. Caso Robinho: pode-se cumprir decisão estrangeira no Brasil contra brasileiro nato? **JOTA**. São Paulo. 20 de jan. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/robinho-sentenca-condenatoria-estrangeira-20012022>. Acesso em 3 de nov. 2023.

TIBURCIO, C; BARROSO, L. R. Algumas questões sobre a extradição no direito brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 150, p. 173-194, 2001.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado**. Parte Especial. 10. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.

VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Rio de Janeiro: Forense, 2004