



CENTRO UNIVERSITÁRIO PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC

CURSO DE DIREITO

PAULO HENRIQUE RODRIGUES MOISES

**O CONFLITO DAS NORMAS INTERNAS E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE
COOPERAÇÃO JURÍDICA: A APLICAÇÃO DA SENTENÇA PENAL
ESTRANGEIRA A BRASILEIROS NATOS**

BARBACENA

2023

PAULO HENRIQUE RODRIGUES MOISES

**O CONFLITO DAS NORMAS INTERNAS E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE
COOPERAÇÃO JURÍDICA: A APLICAÇÃO DA SENTENÇA PENAL
ESTRANGEIRA A BRASILEIROS NATOS**

Artigo científico apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Paulo Afonso de Oliveira Junior.

BARBACENA

2023

Paulo Henrique Rodrigues Moises

**Conflito das Normas Internas e os Tratados Internacionais de Cooperação Jurídica: A
Aplicação da Sentença Penal Estrangeira a Brasileiros Natos**

Artigo científico apresentado ao Curso de
Graduação em Direito da Universidade
Presidente Antônio Carlos – UNIPAC, como
requisito parcial para obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Aprovado em ____/____/2023

BANCA EXAMINADORA

Prof.
Centro Universitário Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof.
Centro Universitário Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Prof.
Centro Universitário Presidente Antônio Carlos – UNIPAC



TERMO DE RESPONSABILIDADE E AUTORIA DE TCC

Eu, PAULO HENRIQUE RODRIGUES MOISES, acadêmico de Graduação do curso de DIREITO, matriculada sob nº 191-001492 no Centro Universitário Presidente Antônio Carlos/UNIPAC, declaro estar ciente do que é considerado utilização indevida, ilegal e/ou plágio, no desenvolvimento de um trabalho de conclusão de curso, e afirmo ter seguido o Manual de Orientação e Guia de Normalização de Trabalhos Acadêmicos do curso da UNIPAC/Barbacena/MG, apresentando meu Trabalho de Conclusão de Curso/TCC dentro dos padrões técnicos.

Declaro ser de minha total responsabilidade a autoria do texto referente ao meu trabalho de conclusão intitulado: O Conflito das Normas Internas e os Tratados Internacionais de Cooperação Jurídica: A Aplicação da Sentença Penal Estrangeira a Brasileiros Natos.

Por ser a expressão da verdade, firmo e dato o presente termo de responsabilidade e autoria.

Barbacena/MG ____/____/2023.

Assinatura do(a) Aluno(a)

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso faz uma abordagem sobre a possibilidade de aplicação do instituto da transferência de execução de pena privativa de liberdade, sob a ótica dos tratados internacionais de cooperação jurídica em face da legislação interna. Insta mencionar, que o objetivo do estudo é expor de forma específica a grande controvérsia dessa temática, tendo como foco principal a análise do caso do jogador Robinho, que condenado à pena de 9 anos pela justiça italiana, encontra-se domiciliado em território brasileiro. Assim, apresenta-se um estudo sobre a possibilidade de homologação pelo STJ do pedido efetivado pela Itália, com base na cooperação jurídica internacional, observando o seu reflexo no sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Cooperação Jurídica Internacional; Sentença Estrangeira; Lei de Migração.

ABSTRACT

This course conclusion work approaches the possibility of applying the institute of transferring the execution of a custodial sentence, from the perspective of international treaties of legal cooperation in the face of domestic legislation. It is worth mentioning that the objective of the study is to specifically expose the great controversy of this theme, having as its main focus the analysis of the case of the player Robinho, who was sentenced to 9 years by the Italian justice, and is domiciled in Brazilian territory. Thus, a study is presented on the possibility of approval by the STJ of the request made by Italy, based on international legal cooperation, observing its reflection in the Brazilian legal system.

Keywords: International Legal Cooperation; Foreign Judgment; Migration Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 ASPECTOS GERAIS DOS TRATADOS	8
2 A VALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO TERRITÓRIO BRASILEIRO	9
2.1 Os tratados internacionais e sua hierarquia no arcabouço legislativo brasileiro	10
3 A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL E SUA APLICAÇÃO AO CASO ROBINHO	14
3.1 <i>A carta rogatória penal</i>	15
3.2 <i>Auxílio direto</i>	15
3.3 <i>Extradição</i>	16
3.4 <i>Entrega ao tribunal penal internacional</i>	16
3.5 <i>Transferência de presos</i>	16
3.6 <i>Homologação de sentença penal estrangeira</i>	17
3.7 <i>Transferência de execução de pena</i>	18
4. O CASO ROBINHO	19
4.1 <i>Da inaplicabilidade da extradição executória e transferência de preso</i>	20
4.2 <i>Das possibilidades de aplicação do instituto de transferência de pena da nova Lei de Migração ao brasileiro nato</i>	21
4.2.1 <i>Aplicabilidade do instituto da transferência da pena</i>	22
4.2.2 <i>Inaplicabilidade do instituto da transferência da pena</i>	24
4.2.3 <i>Inaplicabilidade do instituto da transferência da pena (irretroatividade da lei penal)</i>	25
4.2.4 <i>Da aplicação do tratado de cooperação judiciária em matéria penal entre Brasil e Itália</i>	26
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	28
REFERÊNCIAS	30

INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico foi desenvolvido para fomentar e debater sobre a possibilidade de aplicação do instituto de transferência de pena previsto na nova Lei de Migração (13.445), em face dos tratados de cooperação jurídica em matéria penal, principalmente sobre a vertente de reconhecimento de sentença condenatória estrangeira e sua aplicação a brasileiro nato, no que se refere a execução de pena privativa de liberdade, o que é vedado pelo Código Penal.

Dentre os objetivos deste trabalho, estão o compulsar de um breve histórico dos tratados, em especial os de cooperação jurídica em matéria penal, sua aplicação e validade no ordenamento jurídico brasileiro, bem como sua hierarquia frente a legislação infraconstitucional interna. Apresentar e discorrer sobre as divergências doutrinárias referentes a tais pontos, e debruçar sobre um caso real e o divergente posicionamento da doutrina e jurisprudências pátrias relativas ao tema.

No tocante ao caso que será tratado, há divergências que serão trazidas ao contexto do trabalho, pois há conflitos entre o tratado celebrado com a Itália e a norma brasileira, bem como com a Constituição Federal, que permeiam a possibilidade de aplicação do instituto de transferência de pena, situação que será analisada sobre o prisma da soberania do Estado e dos direitos fundamentais.

Neste ínterim, vale ressaltar que, o presente estudo visa expor de forma breve a validade dos tratados de cooperação jurídica em matéria penal no ordenamento jurídico interno e seus reflexos em face das leis internas, destacando principalmente a possibilidade de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, de pedido de transferência de execução de pena privativa de liberdade para cumprimento em território nacional, e os reflexos do julgamento, uma vez que a matéria nunca foi apreciada pela corte.

Assim, para alcançar o objetivo aqui exposto, será utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, que consiste em coleta de dados em fontes bibliográficas, disponíveis em meios físicos e na rede de computadores.

Por fim, será almejado ao final do presente trabalho a solução para essa celeuma jurídica, que se instalou com a grande repercussão do caso e toda a divergência existente.

1 ASPECTOS GERAIS DOS TRATADOS

Inicialmente é de mister importância trazer algumas definições para melhor discernimento do tema a ser exposto. Neste sentido, para Accioly (2021, p. 56) “Por tratado entende-se o ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontades entre dois ou mais sujeitos de direito internacional”. Neste mesmo contexto, para Rezek (2022, p. 14) “Tratado é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”.

Deste modo, pode-se afirmar que os tratados são meios de Estados soberanos criarem uma relação obrigacional entre si, com o fito de regular as relações que permeiam seus interesses no cenário internacional. Mazzuoli (2023, p. 156) afirma que, “os tratados regulam matérias das mais variadas e importantes, tornando o Direito Internacional mais dinâmico, representativo e autêntico”. Para o doutrinador, Mazzuoli (2023), com o desenvolvimento substancial das sociedades, fez-se necessário buscar uma forma de criar laços e obrigações entre as nações, que antes externadas pelas normas costumeiras, atualmente passam a se consolidarem na norma positivada, que no cenário contemporâneo é considerada a fonte mais segura e concreta das obrigações do direito internacional.

Na esteira, ressalta-se que a evolução histórica dos acordos internacionais, abrange uma gama considerável de fatores. Pode-se dizer, que o seu processo de nascimento e crescimento é favorecido, sobretudo, pelos avanços tecnológicos, a expansão do comércio internacional, as maiores facilidades de transporte, a constituição de empresas globais, a rapidez com a qual a sociedade civil local e internacional se organiza, a constituição dos valores mundiais e crescimento do processo de globalização financeira.

Diante destes diversificados fatores de evolução histórica, é imperioso destacar, que antes de se firmarem no cenário mundial, os tratados existiam na Antiguidade de maneira informal. Mazzuoli (2023) afirma que naquele tempo, os tratados se baseavam na reciprocidade, boa-fé, e no *pacta sunt servanda*, fato que com a intensificação da solidariedade internacional, se tornaria inviável apenas tais premissas como base para fundamentar as relações obrigacionais, eis que não seriam fonte suficiente para sustentar a cooperação internacional.

Neste contexto, diante as mudanças expressivas na sociedade internacional, a padronização e estabilização de um direito mundial se fez essencial, pois trazia em seu bojo o objetivo de evitar um reflexo de ruínas e atritos entre os Estados soberanos. Diante deste cenário, emergiu a chamada Lei dos Tratados, Código dos Tratados ou ainda Tratado dos Tratados, nomes dados a Convenção de

Viena de 1969, que foi um importante documento que surgiu para estabelecer regras gerais de formulação dos acordos internacionais, com o principal intuito de regulamentar a criação de tratados.

Neste enquadramento, antes de passar a análise dos tratados de cooperação jurídica internacional, matéria afeta a este estudo, é necessário entender as características e demais vertentes referentes aos tratados em geral. Neste contexto, é importante referir, que para que possa gerar efeitos, os acordos internacionais necessitam de cumprir alguns requisitos, tais como: a capacidade das partes; a habilitação dos agentes signatários; o consentimento mútuo e o objeto lícito e possível.

Vale ressaltar também, que além dos referidos requisitos, a formulação dos tratados devem seguir fases ou etapas de elaboração, que serão as fases de negociação, redação do texto, assinatura, ratificação, promulgação, publicação e registro.

Nesta seara, vale destacar, que o Brasil celebra de forma constantes, tratados internacionais, no qual dentre eles pode-se destacar o de cooperação jurídica, comercial, de direitos humanos, dentre outros que trazem uma vasta legislação internacional para a aplicação em âmbito brasileiro. Vale esclarecer que conforme Acervo de atos internacionais do Brasil, o país desde 1822 celebrou 12156 (doze mil cento e cinquenta e seis) acordos das mais diversificadas áreas, fato extraído do site do Ministério das Relações Exteriores.¹

2 A VALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO TERRITÓRIO BRASILEIRO

A validade dos tratados no Brasil se dará pelo cumprimento de todos os procedimentos previstos para a celebração destes, conjuntamente com um procedimento específico interno. Tal processualística visa integrar ao direito interno normas que condizem com seus ditames constitucionais. Para isto, há uma integração de participação entre o executivo e legislativo, que juntos deliberarão e promoverão vigência ao ato internacional celebrado.

É válido ressaltar que a Constituição Federal é cristalina no que concerne a participação do executivo e legislativo na criação e análise dos tratados internacionais. Neste sentido, o art. 84, VIII assevera que competirá ao presidente da república celebrar tratados, convenções e atos internacionais, e faz ressalva quanto a participação do legislativo, eis que ressalta a submissão dos atos a referendo do Congresso Nacional.²

Nesta seara, cumpre destacar que enquanto cabe ao Poder Executivo presidir a política externa do país, ao Legislativo cumpre exercer o controle dos atos executivos, uma vez que àquele

¹ <https://concordia.itamaraty.gov.br/> acessado em 19 de maio de 2023.

² Art. 84 da Constituição Federal de 1988 “ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;”

incumbe a defesa da Nação no cenário internacional, e a esse resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional, (CF, art. 49, inc. I).

Deve-se destacar, principalmente no contexto deste trabalho, que no que concerne a atuação do Congresso Nacional, quando chamado a se manifestar, deve materializar o que ficou estabelecido sobre os tratados, acordos ou atos internacionais, por meio da elaboração de um decreto legislativo (CF, art. 59, inc. VI). Por meio desse instrumento o Congresso aprova o tratado no plano interno e, ato contínuo, autoriza o Presidente da República a ratificá-lo.

Concluídos todos os procedimentos acima listados, iniciam-se, então, a partir desse momento, os procedimentos cabíveis para a entrada em vigor no ordenamento jurídico pátrio dos tratados internacionais sujeitos à ratificação. Vale esclarecer que para os tratados bilaterais e os tratados multilaterais existem formas diferentes para sua ratificação, e efetivado tal ato o acordo começa a produzir os efeitos para os Estados aderentes, gerando direitos e obrigações no plano internacional bem como interno.

2.1 Os tratados internacionais e sua hierarquia no arcabouço legislativo brasileiro

A Constituição Federal de um Estado é sua principal fonte de segurança jurídica frente aos demais atos normativos, sendo certo que frente ao cenário internacional não é diferente.

No atual cenário mundial e frente às normas internacionais ratificadas pelo Brasil, é cristalino que a Lex Maior é soberana, e no que tange um eventual conflito com acordos internacionais sempre sobressairá. Na visão do STF, há o princípio da primazia da Constituição sobre o direito internacional comum, é um entendimento extraído do julgado da ADI nº 1.480/MC, senão vejamos:

“No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política. (...) O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio *pacta sunt servanda*, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público”.

Diante o trecho extraído acima, para os nobres julgadores a Constituição de um Estado é soberana e está acima de qualquer acordo firmado no âmbito internacional. Assim, em se tratando do ordenamento brasileiro, a primazia da Constituição de 1998 é o que prevalece, sendo considerado inconstitucional qualquer tratado celebrado após sua vigência que viole algum dispositivo do texto constitucional.

Contrário ao entendimento acima exposto, após incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, não se tem previsão expressa da equivalência dos tratados internacionais em face das normas infraconstitucionais. O presente trabalho não se firma em esgotar o assunto, tendo em vista ser um tema muito controvertido no direito pátrio, entretanto, será tecida alguns pontos que serão de suma importância para o entendimento do tema aqui proposto.

Assim, diante da falta de previsão legal sobre a hierarquia das normas, Mazzuoli (2023, p. 346) tece muitas críticas, no qual assevera que a:

“Constituição brasileira de 1988, em nenhum de seus dispositivos estatuiu com clareza a posição hierárquica dos tratados comuns perante o nosso Direito interno. Deixou essa incumbência para a opinião, necessariamente falível, da doutrina e da jurisprudência pátrias, legando a estas um problema que competia ao legislador constituinte evitar”.

Para ele houve falha ao deixar aos tribunais a incumbência de “legislar” por meio de jurisprudências sobre tal situação, fato que na própria visão do autor gera uma instabilidade jurídica, pois precedentes judiciais mudam, e com isso gera desequilíbrio desproporcional e desnecessário.

Na esteira, de forma diversa, Rezek (2022) e Aras (2023), asseveram que ao ingressarem no ordenamento jurídico brasileiro, os tratados equivalem a leis federais ordinárias. Para Rezek (2022, p. 37) sendo ainda mais assertivo, aduz que o tratado, “embora produzido em foro diverso das fontes legislativas domésticas, não se distingue, enquanto norma jurídica, dos diplomas legais de produção interna”. Para o doutrinador a aplicação e eficácia do tratado deve ser igual as normas internas, sem qualquer distinção, tendo em vista sua aprovação e incorporação no ordenamento jurídico pátrio.

Convergindo com o mesmo entendimento supracitado, o STF no RE nº 460.320, lembrou que, embora os tratados internacionais sejam espécies normativas infraconstitucionais distintas e autônomas, não se confundem com normas federais, porém possuem a mesma eficácia.

No mesmo entendimento, Aras (2023, p. 103, *apud* EXT nº 662, 1996), reproduzindo um precedente do STF aduz que:

“Essa é a posição histórica do STF, como se vê na EXT nº 662, julgada em 1996, na qual a Corte assentou que tratados e convenções internacionais “guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado brasileiro”. No que tange à hierarquia das fontes, os tratados situam-se “no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as leis internas do Brasil”. Esclareceu a Corte que eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno brasileiro somente ocorrerá – presente o contexto de eventual situação de antinomia com o ordenamento doméstico –, não em virtude de uma inexistente primazia hierárquica, mas, sempre, em face da aplicação do critério cronológico (*lex posterior derogat priori*) ou, quando cabível, do critério da especialidade”.

Nas palavras do jurista, os tratados têm a mesma força normativa das leis infraconstitucionais, devendo em casos de conflitos utilizar-se dos meios de especialidade e demais formas prevista no direito pátrio, para dirimir tais controvérsias.

Diante do conteúdo exposto, utilizando-se dos fundamentos trazidos, em linhas gerais, tratados e leis internas se paream e a eles se aplicarão todas as regras referentes a revogação, derrogação e dentre outros institutos previstos no direito brasileiro. Tal interpretação tem fundamento em decisão do STF, no qual deixando de lado antigos precedentes, que sustentavam que leis internas não poderiam revogar tratados anteriormente concluídos, a suprema corte preferiu ater-se à noção de que não há prevalência hierárquica entre tratados internacionais e leis internas e, sendo assim, um compromisso internacional poderia ver-se revogado, sem maiores consequências no plano do Direito interno, por legislação ordinária posterior.

Diante o entendimento exarado pelo STF, novamente acena Mazzuoli (2023, p. 349) contrário. Para ele, “Essa conclusão da Excelsa Corte, peca pela imprecisão. Ora, admitir que um compromisso internacional perca vigência em virtude da edição de lei posterior que com ele conflite (*treaty override*) é permitir que um tratado possa, unilateralmente, ser revogado por um dos seus Estados-partes, o que não é jurídico e tampouco compreensível”. No entendimento deste, os tratados têm um caráter de acordo entre Estados e deve ser cumprido, devendo, caso haja controvérsias, ser dirimidas pelos meios diplomáticos, de forma a revisar e cumprir o seu principal fundamento.

Vale esclarecer, ainda, que a referida relação entre as normas de direito interno e acordos internacionais ratificados pelo Brasil, são vistos também por outro aspecto, fato trazido pela doutrina como teorias do dualismo e do monismo.

Em uma breve síntese do que venha a ser as duas teorias, para a corrente dualista, o Direito Internacional e o Direito Interno são duas ordens legais distintas, totalmente independentes uma da outra, visto que uma trata da ordem externa, e a outra, da interna. Por conta da independência entre referidas normas, estas não teriam como conflitar uma com a outra.

Sintetizando bem a concepção dualista, Mazzuoli (2023, p. 69) afirma:

“Esta concepção dualista de que o direito internacional e do direito interno são ordens jurídicas distintas e independentes uma da outra emana do entendimento de que os tratados internacionais representam apenas compromissos exteriores do Estado, assumidos por Governos na sua representação, sem que isso possa influir no ordenamento interno desse Estado, gerando conflitos insolúveis dentro dele. Ou seja, os dois sistemas são mutuamente excludentes, não podendo um interferir no outro por qualquer motivo.[...]”

Por esse motivo é que, para os dualistas, esses compromissos internacionalmente assumidos não podem gerar efeitos automáticos na ordem jurídica interna, se todo o pactuado não se materializar na forma de diploma normativo típico interno com uma lei, um decreto, um

regulamento, ou algo do tipo. É dizer, a norma internacional só vale quando recebida pelo direito interno, não operando a simples ratificação essa transformação. Neste caso, havendo conflito de normas, já não mais se trata de contrariedade entre o tratado e a norma de direito interno, mas entre duas disposições nacionais, uma das quais internalizou a norma convencional”.

Por todo exposto, observa-se que, de acordo com tal teoria, não há possibilidade de conflitos entre o Direito Internacional e o Direito Interno. Na verdade, segundo o dualismo, o conflito será apenas de normas nacionais, pois tal norma deve ser “internalizada” formalmente pelo Direito Interno por meio de lei interna e distinta.

Na esteira, a teoria monista se funda na unidade das normas jurídicas, e se baseia na ideia que há apenas uma ordem jurídica, com normas interligadas na ordem externa e interna. Desta forma, não seria necessária a elaboração de uma nova norma para que o tratado fosse incorporado, entendimento totalmente diverso da teoria dualista.

Para Accioly (2021, p. 81):

“A doutrina monista não parte do princípio da vontade dos estados, mas sim de norma superior. O direito seria apenas um só, quer se apresente nas relações de um estado, quer nas relações internacionais. A vertente monista se distingue em dois caminhos opostos: para uns, em caso de dúvida, prevalece o direito internacional: é a tese do primado do direito internacional; já os outros defendem a tese do primado do direito interno”.

No que concerne a teoria monista, há uma grande discussão referente a lacuna deixada, tendo em vista a coexistências das normas externas e internas, dúvida pelo qual conforme supracitado, os doutrinadores suprem com duas vertentes: o monismo internacionalista e o monismo nacionalista.

Basicamente, no monismo internacionalista, há a sustentação de uma unicidade da ordem jurídica com o primado do direito externo, ou seja, o direito interno deriva do direito internacional, sendo este último com hierarquia jurídica superior ao direito interno, e no monismo nacionalista, o Direito Interno prevalece, em razão do valor absoluto da soberania de cada Estado.

É válido esclarecer que no aspecto doutrinário ainda existem várias outras teorias que buscam explicar a sistemática de hierarquia e aplicação das normas internacionais frente às normas internas, estudo que merece um trabalho mais aprofundado e com uma vasta fonte de pesquisa, fato que não será abordado neste texto, tendo em vista ter finalidades diversas.

Diante de toda teoria apresentada, ainda não se pode afirmar qual a hierarquia entre as normas internacionais e o direito infraconstitucional interno, fato que se percebe da ausência normativa da Constituição sobre determinado assunto, e os diversos e amplos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários sobre o assunto. Neste cenário, se instala uma insegurança jurídica, o

qual se reflete nas relações entre os nacionais de Estados diferentes e principalmente nas relações cooperacionais entre as nações soberanas, fato que será estudado a seguir.

3 A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL E SUA APLICAÇÃO AO CASO ROBINHO

Inicialmente, é imperioso definir a cooperação jurídica internacional em matéria penal para, enfim, submeter a análise da problemática trazida pelo presente estudo. Neste contexto, Abade (2013, p. 7) aduz que: “A cooperação jurídica internacional em matéria penal consiste no conjunto de medidas e mecanismos pelos quais órgãos competentes dos Estados solicitam e prestam auxílio recíproco para realizar, em seu território, atos pré-processuais ou processuais que interessem à jurisdição estrangeira na esfera criminal”.

Na mesma linha, Bechara (2011, p. 16) assevera que “A cooperação jurídica internacional pode ser definida como o conjunto de atos que regulamenta o relacionamento entre dois Estados ou mais, ou ainda entre Estados e Tribunais Internacionais, tendo em vista a necessidade gerada a partir das limitações territoriais de soberania”.

Assim, em linhas gerais, na essência, a cooperação jurídica internacional em matéria penal consagra um conjunto de regras que regem a facilitação do direito de acesso à justiça penal, por meio da colaboração entre Estados. Vale ressaltar, que é uma das mais comuns formas de colaboração entre Estados soberanos, e que se manifestam em diversas espécies.

É de grande relevância destacar, que o Brasil tem sido atuante na realização de tratados internacionais referentes a esta matéria. Neste contexto, para melhor ilustrar a informação supramencionada, segundo dados extraídos do site do Ministério da Justiça e Segurança Pública, o Brasil faz parte de 21 (vinte e um) tratados bilaterais de cooperação jurídica internacional em matéria penal, e 14 (quatorze) tratados multilaterais que versam sobre o mesmo tema. No que tange aos acordos de extradição, atualmente, estão em vigor no Brasil 30 (trinta) acordos bilaterais e outros 7 (sete) multilaterais. No que se refere aos acordos de Transferência de Pessoas Condenadas, o Brasil possui 17 (dezessete) Tratados bilaterais em vigor, e 4 (quatro) multilaterais. Vale ressaltar que com os demais países não constantes nas informações do site, o Estado brasileiro mantém por meios diplomáticos promessas de reciprocidade, fato jurídico que assegura e sustenta os pedidos de cooperação jurídica internacional.

Destarte, diante toda informação aqui colecionada, é imperioso destacar que os tratados se instrumentalizam por intermédio de ferramentas ou espécies. No Brasil, há dois instrumentos básicos que concretizam a assistência jurídica internacional: carta rogatória (tradicional) e o auxílio

direto. Lado outro, existem outras modalidades de cooperação penal, sendo a extradição, entrega ao Tribunal Penal Internacional, transferência de apenados, homologação de sentença penal estrangeira, e por fim o novo instituto que é a transferência de execução de pena com inovação da nova Lei de Migração.

No tocante a tais espécies, vejamos de forma resumida cada uma para em momento posterior aplicar ao caso concreto que será apresentado.

3.1 A carta rogatória penal

A carta rogatória é o instrumento pelo qual se solicita a atuação de outra jurisdição para dar, em geral, cumprimento a ato referente ao bom desenvolvimento de um processo cível ou criminal. Veicula pedidos de assistência jurídica, que, na área criminal, podem consistir em atos relativos à fase pré-processual (investigação penal), à fase citatória ou à fase probatória de um processo criminal.

A carta rogatória pode, ainda, conter atos de cunho cautelar extremamente comuns no processo penal, como o arresto e sequestro de bens. Vale destacar, que poderá ser de caráter ativo, quando o Estado brasileiro solicita o auxílio, ou passivo, quando o Estado brasileiro é requerido.

Em suma, a carta rogatória representa um pedido formal de auxílio, feito pela autoridade judiciária de um Estado a outro, visando à instrução do processo, e terá o Superior Tribunal de Justiça, como o Tribunal competente para a apreciação do pedido, nos termos do artigo 105, inciso I, da Constituição Federal Brasileira, com a redação dada pela Emenda Constitucional no. 45/2004.

3.2 Auxílio direto

O auxílio direto é um mecanismo de cooperação jurídica internacional, diferente da carta rogatória. Será por meio dele que o pedido direto internacional, buscar-se-á produzir uma decisão judicial doméstica e, como tal, não se sujeitará ao juízo de delibação.

Em linhas gerais, é um procedimento nacional, iniciado por solicitação de Estado estrangeiro para que, caso seja necessária uma ordem judicial, um juiz nacional conheça de seu pedido e seja iniciada uma demanda interna, pelo órgão competente, que na área criminal é o Ministério Público Federal. Insta ressaltar, que o segundo informações extraídas do site do Ministério da Justiça e Segurança Pública, o próprio ministério, por intermédio do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça (DRCI/Senajus) atua como Autoridade Central para a Cooperação Jurídica Internacional, em especial para receber e enviar os pedidos e direcioná-los para análise das autoridades competentes.

Vale ressaltar também, que o juiz nacional competente para analisar e julgar o pedido é o juízo federal, à luz do art. 109, III da Constituição, que será competente para julgar as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional.

3.3 Extradicação

A extradicação nas palavras de Abade (2013, p. 13) “consiste em espécie da cooperação jurídica internacional em matéria penal que visa a entrega de indivíduo para determinado Estado solicitante, para fins de submissão a processo penal ou à execução de pena criminal”.

No mesmo sentido, Mazzuoli (2023, p. 707) aduz que “denomina-se extradicação a medida de cooperação internacional pela qual um Estado entrega à justiça repressiva de outro, a pedido deste, indivíduo nesse último processado ou condenado criminalmente e lá refugiado, para que possa aí ser julgado ou cumprir a pena que lhe foi imposta”.

Assim, pode-se afirmar que o objetivo do instituto é a submissão do estrangeiro à aplicação da lei penal do seu país de origem. Vale ressaltar, que na Constituição Federal 1988, no art. 5º, inciso LI, veda extradicação de brasileiros natos e naturalizados, por crimes que sejam posteriores à naturalização. No caso de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes, por exceção constitucional, o brasileiro naturalizado pode ser extraditado por crimes cometidos após a naturalização.

Neste diapasão, firma esclarecer que a autoridade competente para análise do pedido é o Supremo Tribunal Federal, que deliberará sobre o pedido. Vale esclarecer, que o brasileiro nato em hipótese alguma se sujeitará a extradicação, conforme prevê a Carta Magna de 1988.

3.4 Entrega ao tribunal penal internacional

Inicialmente cumpre destacar que tal instituto não é muito usual, tendo em vista que as hipóteses de entrega de pessoas ao tribunal penal internacional é bem específica e restrita.

Nesta seara, entrega ao Tribunal Penal Internacional consiste no ato jurídico pelo qual o Estado requerido entrega indivíduo processado ou condenado por crime de atribuição do órgão jurisdicional internacional, do qual o próprio Estado requerido faz parte. Trata-se de mecanismo que tem por objetivo a repressão dos crimes em que leva a competência ao TPI.

3.5 Transferência de presos

Transferência de presos consiste em ato bilateral internacional por meio do qual se transporta à fase de cumprimento de pena, em regra privativa de liberdade, do país onde se encontre o estrangeiro para o de sua nacionalidade, em caso de concordância do indivíduo envolvido. Tal

instituto tem cunho humanitário, pois permite que o cumprimento de pena privativa de liberdade ocorra no meio familiar e social do condenado.

A transferência de presos pode ser analisada sob dois enfoques distintos, sendo ativa ou passiva. No que concerne a ativa, pode se dizer que ocorre quando um brasileiro preso em outro país, cumprindo pena, imposta por sentença estrangeira, já transitada em julgado solicita ser transferido para estabelecimento carcerário do Brasil, próximo de seus familiares, bem como de seu ambiente social. Lado outro, a passiva ocorrerá quando um estrangeiro preso no Brasil requer o traslado para seu país de origem, a fim de cumprir o restante da pena a ele imposta, por sentença prolatada, pela justiça brasileira.

Vale registrar que no Brasil o procedimento vem sendo disciplinado pela LEI Nº 13.445, de 24 de maio de 2017, e no que couber os tratados referentes a esta matéria. Insta mencionar também, que o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) é o órgão do Ministério da Justiça e Segurança Pública (MJSP) responsável pelos trâmites de todos os processos administrativos para fins de transferência de pessoas condenadas e é ele quem realiza a análise de admissibilidade do pedido.

3.6 Homologação de sentença penal estrangeira

Tal instituto tem como objetivo dar validade a uma decisão estrangeira no território brasileiro. Sem este processo, e sem a devida homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, órgão responsável por processar este pedido, a decisão estrangeira não poderá ser executada no Brasil.

Em outras palavras, sem a devida homologação, mesmo que a decisão penal seja válida no território em que foi proferida, ela não terá, em regra, efeito no Brasil, eis que o conjunto legislativo brasileiro, em especial, o Código Penal, não prevê aplicação de sentença penal estrangeira sem a devida homologação.

É de bom alvitre destacar, que nem toda sentença penal estrangeira poderá ser homologada no Brasil, pois há requisitos e regras específicas a serem observadas que acarretarão ou não a sua validade. Neste contexto, no que concerne o ordenamento jurídico brasileiro, a legislação pátria não admite homologação de sentença penal estrangeira para fins de privação de liberdade, mas para obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis, inclusive confisco, e para sujeitá-lo a medida de segurança.³

3 Art. 9º do Código Penal “A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para: I - obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis; II - sujeitá-lo a medida de segurança. Parágrafo único - A homologação depende: a) para os efeitos previstos no inciso I, de pedido da parte interessada; b) para os outros efeitos, da existência de tratado de extradição com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença, ou, na falta de tratado, de requisição do

Na esteira, além do código penal, o código de processo penal não faz menção à permissão de homologar sentença estrangeira para fins de aplicação de pena privativa de liberdade, entretanto, ressalva a possibilidade de tratados regularem sobre o tema.

Neste diapasão, cumpre ressaltar que existem alguns tratados de cooperação jurídica penal que permitem a execução da pena de forma subsidiária quando há a impossibilidade de efetivação da extradição. É um procedimento geralmente aplicado para efetivar os atos executórios penais com o principal fito de não se perpetuar a impunidade. É importante destacar que para efetivação de uma homologação de sentença estrangeira, é necessário a obediência aos mandamentos constitucionais, à ordem pública, e também análise das leis infraconstitucionais, com o intuito de preservar a soberania do Estado e efetivar a aplicação de seu ordenamento jurídico interno.

3.7 Transferência de execução de pena

Este instituto prevê a transferência da execução da pena de um sentenciado em Estado estrangeiro para o local onde ele esteja. Tal ferramenta é uma novidade na legislação brasileira no qual está disposta no art. 100 da Lei de Migração (Lei 13.445/2017), no qual autoriza que um nacional cumpra pena privativa de liberdade oriunda de uma sentença internacional.

Em linhas gerais, a transferência de execução de pena é o meio legal para executar uma pena atribuída a uma pessoa que tenha fugido do país onde foi condenada para o Estado de sua nacionalidade, para evitar o cumprimento da sentença. Neste diapasão, o Estado que emitiu a condenação pode solicitar ao país para o qual a pessoa se evadiu, a transferência da execução da pena, para que esse último assuma a execução da pena.

Neste caso, não há necessidade do consentimento da pessoa condenada, sendo executada uma medida compulsória para que o condenado no país estrangeiro cumpra a pena no país de sua nacionalidade. Essa medida evita a impunidade de condenados que cometeram crimes no exterior e retornaram aos seus países.

É de bom alvitre destacar, que tal instituto tem gerado uma significativa discussão no direito brasileiro, eis que o legislador ao produzir o dispositivo permissivo, utilizou de um termo inconclusivo, o que tem produzido interpretações diferentes pelos aplicadores do direito. Tal problemática é evidente e tem como principal crítico o professor e jurista Valério Mazzuoli, lado outro tem Vladimir Aras como defensor da aplicação do instituto ao brasileiro nato.

Diante o exposto supra, tal discordância será tratada no tópico seguinte, no qual fará uma análise de um caso concreto e todas suas vertentes sob a ótica do novo instituto, que ainda não há um entendimento firmado pelo judiciário.

4 O CASO ROBINHO

Inicialmente vale salientar, que o caso chama atenção mundial, eis que se trata de pessoa pública e tem em especial uma grande discussão em pauta. A busca pela persecução penal pela Itália chega às autoridades brasileiras, no qual terão que decidir sobre questão nunca decidida pela corte especial do Superior Tribunal de Justiça.

Robson de Souza, conhecido como “Robinho”, é jogador de futebol e foi condenado em última instância pelos tribunais italianos por crime de estupro cometido contra uma jovem em uma boate na Itália. Tal fato se deu quando o atleta ainda atuava pelo Milan, time da primeira liga de futebol italiano.

Segundo dados extraídos da decisão monocrática da Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (HDE nº 7986 / IT, 2023), presidente do Superior Tribunal de Justiça, o jogador Robinho foi acusado de, no dia 22 de janeiro de 2013, praticar o crime de estupro contra uma mulher albanesa, de 23 anos, conjuntamente a cinco amigos, em um estabelecimento situado na cidade de Milão. O processo teve seu regular processamento e seu trânsito em julgado na data de 19 de janeiro de 2022, por meio da qual ficou estabelecida ao brasileiro nato à pena de 9 (nove) anos de reclusão fundamentado em crime de estupro coletivo (violência sexual de grupo, art. 609-octies do Código Penal italiano).

Diante este cenário, com o fito de prosseguir na persecução penal e execução da pena imposta ao jogador, tendo em vista que após os fatos, o mesmo se estabeleceu no Brasil, a Itália por intermédio de suas autoridades centrais formalizou, pedido de extradição fundado no Tratado Bilateral de Extradição entre Brasil e Itália. Ocorre que, o pleito de extradição fora indeferido, isso porque, a Constituição de 1988 possui uma regra imutável; uma cláusula pétrea, a qual trata da impossibilidade de extraditar brasileiro para países estrangeiros, conforme se observa no artigo 5º, LI da Constituição.

Diante da negativa da extradição executória, o Estado italiano apresentou requerimento de homologação da sentença penal para fins de execução da pena no território brasileiro. O pedido foi encaminhado ao Ministério da Justiça brasileiro, o qual verificou o pleito e encaminhou a solicitação ao STJ, órgão competente para apreciar a questão.

Vale esclarecer, que ação de homologação de sentença estrangeira apresentada pela República da Itália, com o consequente pedido de transferência de execução de pena do nacional brasileiro ROBSON DE SOUZA, foi fundada no artigo 6º, 1, do Tratado de Extradução firmado entre Brasil e Itália, promulgado pelo Decreto nº. 863, de 9 de julho de 1993. A autoridade central brasileira recebeu o pedido e deu prosseguimento submetendo a análise do STJ, com fundamento no artigo 100 da Lei nº 13.445/2017 (Lei de Migração), lei que prevê a possibilidade da transferência da pena de um Estado estrangeiro para o Brasil.

Assim, é uma breve síntese do caso, o que já efetivamente fornece uma base robusta para uma análise do instituto da transferência de pena, sob o prisma da nova Lei de Migração, em face dos tratados de cooperação jurídica mantidos com a Itália e os ditames da Constituição Federal de 1988.

Por derradeiro, vale esclarecer que é um tema relativamente novo no cenário nacional, e que ainda não foi debatido frente às inovações legislativas, o que faz surgir diversas teorias e correntes, o que será tratado e exposto a seguir.

4.1 Da inaplicabilidade da extradição executória e transferência de preso

Inicialmente, é necessário dizer que não caberá ao caso apresentado a extradição executória, tampouco a transferência do condenado. Este entendimento se baseia no fato de impossibilidade de aplicação destas espécies de cooperação internacional ao brasileiro nato residente no Brasil.

Tal situação se apresenta, tendo em vista o mandamento constitucional de não extradição de brasileiro nato, bem como qualquer medida que configure a entrega de nacional a Estado estrangeiro. É um entendimento extraído do artigo 5º, LI da CF/88 no qual aduz:

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

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

Diante o texto constitucional, é cristalina a impossibilidade de extradição de um brasileiro nato, questão também tratada na Lei de Migração em seu artigo 82, I, e incontroversa na doutrina bem como na jurisprudência pátria. Logo, perante o caso em tela, é indiscutível a impossibilidade de aplicação da extradição e por consequência qualquer ato que implique a entrega de nacional a outro Estado, como por exemplo a transferência de preso, outro instituto também existente na cooperação jurídica internacional (artigo 105, §2º Lei de Migração).

Na esteira, vale ressaltar, que o instituto de transferência de execução de pena, que é inovação na legislação brasileira, é outra forma de cooperação e no que se refere ela, há uma considerável discussão na doutrina, fato que ensejará um tópico específico para tratar sobre o tema.

4.2 Das possibilidades de aplicação do instituto de transferência de pena da nova Lei de Migração ao brasileiro nato

Inicialmente, é necessário esclarecer que não há ainda um entendimento firmado sobre a possibilidade de aplicação do instituto ao caso Robinho, fato que evidencia 4 principais correntes que fundamentam a possibilidade ou impossibilidade de aplicação da transferência da execução da pena.

Primeiramente, faz mister contextualizar o novo instituto para que doravante se possa analisar as correntes doutrinárias. O instituto da transferência de pena surgiu com a entrada em vigor da Lei da Migração (Lei nº 13.445), que foi publicada em 24 de maio de 2017 e começou a vigorar em 24 de novembro do mesmo ano. Com ela ficaram revogados os diplomas legais: Lei nº 818/1949, que regula a aquisição, perda e reaquisição da nacionalidade, e a perda dos direitos políticos, e a Lei nº 6.815/1980 – antigo Estatuto do Estrangeiro.

A nova legislação inovou quando em seu artigo 100, previu a possibilidade de aplicação de sentença estrangeira pela justiça brasileira para fins de execução de pena privativa de liberdade, fato que não era tratado de forma clara pela legislação revogada. Neste contexto, para fins de esclarecimento, na égide da legislação revogada, não havia uma forma positivada que dirimia esta problemática, ficando muitas vezes o brasileiro nato ou naturalizado domiciliado no Brasil sem cumprir a pena imposta no exterior. Tal conclusão se percebe dos acórdãos relativos a pedidos de cooperação jurídica internacional, que foram julgados pela Suprema Corte, na qual ao não ser possível a extradição nem outra medida, o sentenciado ficaria impune em terras nacionais.

Nesta seara, insta mencionar a título de demonstração, um caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 22.11.2011 (Ext 1.223/DF), no qual o Governo do Equador solicitou ao Governo brasileiro a extradição de um brasileiro naturalizado, condenado pela prática de crime de estupro em terras equatorianas, para fins de cumprimento de pena (extradição executória) de 12 anos de reclusão.

Em voto, o relator Ministro Celso de Mello (Ext 1.223/DF, 2011) tornou inacolhível o pleito extradicional formulado por Estado estrangeiro, argumentando que o evento delituoso que daria suporte à demanda extradicional ocorreu em momento posterior ao da naturalização da pessoa

reclamada, assim, sendo esta considerada nacional e não sendo o crime de estupro uma das causas justificativas de extradição de naturalizado, o pedido não poderia prosperar.

No mesmo voto o senhor Ministro ressaltou também a impossibilidade de proceder-se a novo julgamento no Brasil dos fatos ali narrados. Neste ponto, o douto julgador asseverou do seguinte modo:

“No caso em exame, o ora extraditando já foi processado e condenado, com trânsito em julgado, pela prática do delito de estupro, por ele cometido em 27/04/2007, circunstância essa que impede, considerado o que dispõe o Artigo 14, n. 7, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a instauração, em nosso País, de nova “*persecutio criminis*” pelo mesmo fato que ensejou, na República do Equador, a prolação de sentença penal condenatória contra Ruben Ernesto Guerrero Obando, sob pena de transgressão ao postulado que veda o “*bis in idem*”.”

Diante do exposto, firmou-se o entendimento de que, latente a impossibilidade de extradição e contendo existência de trânsito em julgado de processo criminal em outro país, não poderia o Brasil exercer a extraterritorialidade prevista no Código Penal e presente como forma subsidiária nos tratados internacionais.

Insta salientar, que antes da nova lei de Migração, alguns casos em que não houvesse tratado ou promessa de reciprocidade com a expressa previsão de possibilidade de transferência de pena, se tornaria efetivada a impunidade, eis que não se vislumbrava alternativa para efetivar a persecução penal do Estado solicitante. Assim, tem-se até nos dias atuais que, com aqueles Estados em que há tratado ou promessa de reciprocidade permitindo a possibilidade de aplicação do instituto, não se cria óbice à efetivação da sentença estrangeira, contudo, sem tal sistemática, a impunidade se perpetua.

Vale ressaltar por fim, que mesmo sendo uma matéria antiga, tem trazido ao longo dos anos diversos entendimentos, em que não há firmado no Brasil, um segmento único, o que tem gerado na doutrina e na jurisprudência, diversas correntes, que passamos a expor no tópico a seguir.

4.2.1 Aplicabilidade do instituto da transferência da pena

Em primeiro lugar, é de relevante importância citar a primeira corrente, que é sustentada por Vladimir Aras, que é Procurador Regional da República, professor e grande jurista sobre o tema, e que foi externada pelos meios de comunicação, em especial as redes sociais, no qual o doutrinador recorrentes postagens sobre conteúdo jurídico. Para o jurista, há a possibilidade da homologação da sentença italiana para fins de execução da pena no Brasil.

O primeiro fundamento utilizado pelo professor é que a transferência de execução penal (TEP), como espécie do reconhecimento de decisões estrangeiras, funciona como uma alternativa à extradição, notadamente quando esta não é factível, ou seja, inadmitida a extradição, aplicar-se-á a

TEP. Para elucidar tal entendimento, cita o fato de diversos tratados internacionais em cooperação seguirem esse modelo de alternatividade.

De fato, com o impedimento constitucional de extradição de brasileiro nato, faz prevalecer em favor deste que comete o ato ilícito em território internacional, uma espécie de escudo, que na ausência de alternativa para a efetivação da persecução penal pelo Estado estrangeiro, enseja a impunidade, o que pode gerar um efeito negativo.

Diante desta situação, Aras (2022) assevera que não há nenhuma regra constitucional que proteja/impeça o sentenciado da transferência de uma sentença penal condenatória imposta no exterior com a observância do devido processo legal. Para ele, inclusive, a lei brasileira (Lei da Migração), como não poderia deixar de ser, adota o padrão de aplicabilidade do instituto internacional em sede de cooperação, sem qualquer ofensa a Lei Maior, quando estabelece em seu artigo 100 a possibilidade de aplicação da execução da sentença em território brasileiro.

Neste contexto, para Aras (2022) o caput do referido artigo não impede a aplicação do instituto ao brasileiro nato quando aduz “nas hipóteses em que couber solicitação de extradição executória (...)”. Vale esclarecer, que no seu entendimento, o termo “solicitação de extradição executória” diz respeito à condição da sentença estrangeira, refletindo o essencial status de transitado em julgado e não ao real fato de aplicação da extradição.

Seguindo a mesma linha de Aras, Davi Tangerino (2022, p. 4) reafirma o posicionamento do jurista e aduz:

“Assim, entendo que 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; e que a referência a nacional engloba tanto o nato como o naturalizado. A preponderar esse entendimento, a pena de Robinho cumpriria os requisitos formais da transferência penal.”(GRIFO NOSSO)

Por derradeiro, a corrente fundada no entendimento de Vladimir Aras se firma ao fundamento de que o art. 100 da Lei 13.445/17 exige é a possibilidade de solicitação de extração executória, e a solicitação, em si, é cabível no caso do Robinho, porque já há condenação transitada em julgado (extradição executória, portanto, e não meramente instrutória), ainda que viesse a ser indeferida pela condição de brasileiro nato do jogador. Assim, frente a permissiva legal, não há óbice à aplicação da execução da pena no Brasil. Outro fator que influencia na corrente do jurista é a análise ampla do instituto, que visa afastar a impunidade do brasileiro nato, fator que está presente também nas convenções de Palermo, Mérida, Viena de 1988 e outras.

Por fim, o jurista assevera também como fundamento a impossibilidade de qualquer outra medida para efetivação da execução da pena, tendo em vista filiar-se ao entendimento do STF e de

alguns diplomas legais, nos quais asseveram quanto ao princípio do “*ne bis in idem*”, e a impossibilidade de constituir outro processo criminal no Brasil. Vale ressaltar, que doravante será estabelecido comentários sobre esta corrente de forma mais minuciosa.

4.2.2 Inaplicabilidade do instituto da transferência da pena

Na esteira, diante do exposto é crível apresentar a segunda corrente, no qual é sustentada pelo jurista e professor Valério Mazzuoli, na qual foi externada em diversos artigos publicados bem como na sua obra Curso de Direito Internacional Público edição 2023.

Neste diapasão, totalmente contrária a tese de Aras, Mazzuoli (2023) aponta uma corrente de impossibilidade de aplicação do instituto ao caso do jogador Robinho. Em sua obra, ele elenca diversos fundamentos para tal entendimento, e ao final ainda apresenta uma outra vertente, tal seja o conflito do tratado internacional frente a uma lei federal brasileira.

Inicialmente, é importante estabelecer o entendimento do jurista quanto à matéria, para daí aprofundar nas teorias sustentadas por ele e outros doutrinadores. Primeiramente, Mazzuoli assevera sobre a impossibilidade de aplicação do instituto com base na interpretação do caput do artigo 100 da Lei de Migração. Para ele, o texto é claro ao externar que quando não couber extradição executória (caso dos brasileiros natos), também não cabe a transferência da execução da pena.

Ao referir-se ao sentido da norma, o professor traça uma interpretação dos fundamentos da lei, fazendo uma análise do dispositivo com base nos ditames da Constituição Federal. Para melhor ilustrar tal interpretação, Mazzuoli (2023, p. 729) aduz:

“O art. 100, caput, da Lei de Migração **não se aplica, evidentemente, aos brasileiros natos**, pois há impeditivo constitucional (CF, art. 5º, inc. LI) de que sejam extraditados, quer para responderem a processo no exterior (extradição instrutória) ou para cumprirem pena quando já condenados em Estado estrangeiro (extradição executória). Nos termos do art. 100, caput, da Lei, um brasileiro nato que foi condenado em país estrangeiro, estando em território brasileiro, não poderá cumprir a sentença estrangeira em nosso país pela via da transferência da execução da pena, **pois não cabe solicitação de extradição executória a brasileiro nato.**”(GRIFO NOSSO)

Diante o exposto, o professor é categórico em afirmar que não há a possibilidade de aplicação do instituto, pois fere os ditames constitucionais e vai contra a própria lei de migração.

Na esteira, ao passar a análise da lei e de toda sua complexidade, o doutrinador assevera que todos os outros institutos de cooperação penal previstos no texto legal, traz em seu espírito a regra da não extraditabilidade de brasileiros natos, e não expondo de forma expressa em sentido contrário, inviabiliza qualquer possibilidade de solicitação.

Passada a esta primeira vertente trazida pelo professor, insta ressaltar, que há uma possibilidade da aplicação do instituto, que nas palavras do jurista é a exceção. Para Mazzuoli a única possibilidade de aplicação da sentença penal estrangeira para fins de cumprimento de pena privativa de liberdade, seria a celebração ou existência de tratado internacional que de forma específica permita a utilização da medida.

Nesta seara, o Brasil mantém alguns acordos internacionais que autorizam a medida ou que de certa forma influenciam os países a adotarem, como por exemplo a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas (Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991), no qual assevera em seu artigo 6º, 10 a possibilidade de aplicação da pena no caso de denegação de extradição. Outro acordo que trata sobre o assunto é a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004), no qual em seu artigo 16, §12 revela o mesmo mandamento acima referido.

Vale esclarecer, que os tratados acima referidos fazem menção a possibilidade e permissão de lei interna do país para que se possa executar a pena. Lado outro, diante das pesquisas efetivadas, até a presente data, foi encontrado apenas um tratado que de forma expressa verse sobre a possibilidade de transferência da pena. Neste contexto, o Decreto nº 7.906, de 4 de fevereiro de 2013, que versa sobre o Tratado de Transferência de Pessoas Condenadas e Execução de Penas Impostas por Julgamentos entre a República Federativa do Brasil e o Reino dos Países Baixos, firmado em Haia, em 23 de janeiro de 2009, dispõe expressamente sobre a possibilidade de aplicação do instituto, o que na corrente de Mazzuoli seria suficiente para a efetivação da transferência da pena.

4.2.3 Inaplicabilidade do instituto da transferência da pena (irretroatividade da lei penal)

Assim, após exposição das duas principais correntes trazidas pelo jurista, passa-se a analisar a terceira, que seria a impossibilidade de aplicação da lei ao caso do jogador tendo em vista a irretroatividade da lei penal.

É de bom alvitre destacar, que esta última corrente não é exclusivamente do professor Mazzuoli, mas sim de um conjunto de internacionalistas e criminalistas brasileiros. A principal tese é a impossibilidade de aplicação da lei ao caso, tendo em vista sua data de entrada em vigor ser posterior ao crime, configurando assim a retroatividade da lei prejudicando o sentenciado.

Em linhas gerais, a Nova Lei de Migração traz em seu bojo um caráter predominantemente processual, eis que visa instrumentalizar as medidas relativas aos imigrantes, emigrantes e demais

indivíduos que são atingidos pela norma. Contudo, em seu texto há dispositivos que efetivam um caráter material, como por exemplo o artigo 100.

Nesta seara, considerando esta sistemática, alguns doutrinadores têm entendido que a lei tem sua natureza jurídica de cunho híbrida, ou seja, abarca conteúdo material e processual. Neste sentido, se evidente a dúplici natureza da nova lei, haverá desde logo a impossibilidade da retroatividade da lei maléfica, ferindo assim disposto no art. 5º, inciso XL da CFRB.

Na esteira, Fernando Capez (2022), grande doutrinador e professor de direito penal, faz também esta ressalva quanto à questão da natureza jurídica da Lei de Migração. Em suas redes sociais, onde posta aulas referentes ao conteúdo penal, fez menção a esta problemática, sem a princípio tomar uma posição, deixando a cargo do STJ julgar e firmar o entendimento.

No mesmo sentido, Mazzuoli (2022, p. 304) faz referência a impossibilidade de aplicação da lei, o que se faz pelos motivos de irretroatividade, situação demonstrada e fundamentada no artigo publicado em julho de 2022, *in verbis*:

“Não é necessário muito esforço para verificar que a Lei de Migração é norma também de cunho material, de retroatividade vedada a atingir situações pretéritas. Por exemplo, o art. 115 da Lei de Migração alterou o Código Penal para inserir o art. 232-A ao *Codex*, prevendo o crime de “Promoção de migração ilegal”, que se consubstancia no ato de “Promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a entrada ilegal de estrangeiro em território nacional ou brasileiro em país estrangeiro”, com pena de reclusão de dois anos a cinco anos e multa.”

Insta ressaltar por fim, que tal posicionamento é sustentado ainda por diversos outros aplicadores do direito, inclusive da Associação Nacional de Advocacia Criminal (ANACRIM) (HDE nº 7986 / IT, 2023), que na ocasião se habilitou no processo como *AMICUS CURIAE*, adotando de forma firme a impossibilidade da retroatividade da Lei de Migração para alcançar e produzir efeitos ao caso do jogador, devendo o Estado italiano buscar de outra forma a convalidação da pena imposta ao esportista.

4.2.4 Da aplicação do tratado de cooperação judiciária em matéria penal entre Brasil e Itália

Diante de todas as teses e correntes apresentadas supra, percebe-se que o caso Robinho se apresenta como um paradigma para o novo instituto. É uma situação que ultrapassa as fronteiras nacionais e pode gerar efeitos na comunidade internacional.

Neste diapasão, para finalizar todas as correntes que podem ser aplicadas ao caso, apresenta-se a aplicação do tratado de cooperação judiciária entre Brasil e Itália, no qual deve ser aplicado ao pleito de homologação da sentença estrangeira. Explique-se.

Conforme estudado em tópicos anteriores, os tratados internacionais são disposições de vontades de dois Estados soberanos, no qual instrumentalizam por intermédio dos tratados, disposições que visam tutelar seus interesses. Neste contexto, diante o caso apresentado para análise, o crime ocorreu na Itália e esta por força da relação internacional com o Brasil externada pelo tratado de cooperação judiciária e de extradição, solicitou a extradição, sendo inadmitida e por consequência a homologação da sentença, para que se proceda no território nacional a execução da pena.

Nesta seara, o pedido conforme já externado supra, foi fundamentado no artigo 6, 1 do tratado de extradição (Decreto Nº 863, de 9 de julho de 1993), no qual ostenta em seu texto a alternativa em caso de impossibilidade de extradição, no qual assevera que não sendo concedida a extradição, a Parte requerida, a pedido da Parte requerente, submeteria o caso às suas autoridades competentes para eventual instauração de procedimento penal.

Vale destacar, que o tratado fala especificamente em “procedimento penal”, algo totalmente diverso do pedido de homologação da sentença estrangeira, que na ocasião segue rito processual cível. Neste contexto, não é de se considerar para fins de julgamento do pedido, o referido acordo, e sim o de cooperação judiciária, tendo em vista ser o procedimento de homologação de sentença estrangeira uma medida de cooperação judicial, conforme já referido em tópico específico.

Insta mencionar, que há regras específicas para uma sentença penal estrangeira tenha validade no território brasileiro. Vale esclarecer que vários diplomas estabelecerão requisitos, como nos termos do art. 216-D do Regimento Interno do STJ (RISTJ), no qual elenca que para que possa ser homologada no Brasil, a decisão estrangeira deverá cumprir os requisitos nele estabelecidos. O Código de Processo Penal também faz menção a requisitos, nos quais estão elencados nos artigos 787 e seguintes.

Outro diploma que faz referência a requisitos a serem observados é a própria lei de Migração, no qual em seu artigo 100, parágrafo único, prevê outros requisitos a serem observados para a homologação da sentença estrangeira e posterior aplicação da transferência da pena. Vale destacar, o inciso V, que revela a necessidade de existência de tratado ou promessa de reciprocidade para a aplicação do instituto.

Neste contexto, no que se refere ao tratado de cooperação judiciária (Decreto Nº 862, de 9 de julho de 1993), o qual deve ser utilizado como fundamento para a solicitação da homologação da sentença italiana, acena no sentido de vedar expressamente qualquer objeto de cooperação que tenha caráter de execução de medidas restritivas da liberdade pessoal e execução de condenações

(artigo 1º, 3), ou seja, o referido acordo prevê que a cooperação nele estabelecida não poderá ter fins de execução de condenações criminais.

Assim, o pleito intentado pelo Estado italiano não é compatível para com o acordo internacional firmado com o Brasil. Tal entendimento é extraído das palavras de Mazzuoli (2023, p. 730), no qual assevera que o referido tratado é um exemplo de acordos que proíbem expressamente medidas restritivas de liberdade pessoal ou a transferência de execução da pena.

Por derradeiro, deve-se analisar todas as vertentes, e em um eventual entendimento pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a possibilidade de aplicação do instituto de transferência de pena, qual diploma legal se aplicaria? O tratado internacional que veda ou a lei interna que permite?

Neste contexto, partindo do pressuposto de que no Brasil não há um entendimento consolidado sobre a hierarquia das normas, existindo uma doutrina divergente e uma jurisprudência não condizente com a evolução das sociedades, essa lacuna se estende e permite perseverar a insegurança jurídica interna e por conseguinte internacional.

Diante de todo o exposto, ficará a cargo do STJ, em julgar o caso apresentado, e nos apresentar o seu entendimento acerca dessa problemática.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todas as informações aqui colecionadas, é evidente a impossibilidade de aplicação da sentença estrangeira ao jogador Robinho, eis que o conjunto normativo relativo ao tema, acena totalmente contrário à homologação da sentença para fins de execução da pena privativa de liberdade.

Todas as vertentes e posicionamentos expostos no presente estudo, caracterizam uma falha que tem sido recorrente na construção de um arcabouço legislativo, eis que o legislador não se molda aos acontecimentos contemporâneos e por conseguinte, não produz textos legais condizentes com a real necessidade da sociedade.

O caso Robinho é um reflexo de uma aberração jurídica, no qual o legislador cria um texto legislativo inconclusivo, e totalmente contrário a um tratado internacional, situação que gera dúvidas e uma total insegurança jurídica.

Evidente é, portanto, que a mudança inicialmente, deve partir do Congresso Nacional, pois no seu dever constitucional, não deve se omitir quanto a produção de leis compatíveis com os compromissos assumidos internacionalmente, bem como com o dever de proteção dos interesses dos nacionais.

A celeuma jurídica está instalada, e agora caberá ao Superior Tribunal de Justiça interpretar todo o conjunto normativo, sob as diversas óticas e vertentes aqui apresentadas, proceder à interpretação das legislações aplicáveis e buscar estabelecer critérios para julgar o pedido italiano, eis que trata-se de situação jurídica nova e sem precedentes efetivos. A tarefa não será fácil, pois para a efetivação da “justiça”, deverá a corte especial quebrar com posicionamentos pretéritos, e reconstruir um novo entendimento compatível com a Carta Magna, e todo o arcabouço jurídico aplicável.

A impunidade pode mais uma vez se perpetuar, fato inadmissível no mundo atual. É necessário ressaltar, que não há soluções fáceis, principalmente para compatibilizar a harmonia nas relações internacionais e a cooperação internacional penal, pois, de um lado tem-se a soberania, a confiança e a estabilidade das situações jurídicas tuteladas pela lei brasileira, de outro um Estado que, buscará a confirmação de sua soberania e proteção de seus interesses.

Assim, vale ressaltar, por óbvio, que as garantias individuais devem ser observadas e as ferramentas jurídicas essencialmente aplicáveis, efetivadas, pois, não pode apoiar-se o Estado brasileiro em diplomas legais ineficientes, seja de caráter nacional ou internacional, para se esquivar da sua principal função, tal seja, a busca do bem comum da sua população e a integração e harmonia com a sociedade internacional.

REFERÊNCIAS

ABADE, Denise N. Direitos fundamentais e cooperação jurídica internacional: extradição, assistência jurídica, execução de sentença estrangeira e transferência de presos Editora Saraiva, 2013. E-book. ISBN 9788502187092. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502187092/>. Acesso em: 22 mai. 2023.

ACCIOLY, Hildebrando; CASELLA, Paulo B.; SILVA, Geraldo E. do N. MANUAL DE DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555594836. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555594836/>. Acesso em: 22 mai. 2023.

ARAS, Vladimir. Caso Robinho. 19 jan. 2022. Twitter: @VladimirAras. Disponível em: <https://twitter.com/i/status/1483980358680985605>. Acesso em: 12 jun. 2023.

ARAS, Vladimir. Caso Robinho. 19 jan. 2022. Twitter: @VladimirAras. Disponível em: <https://twitter.com/VladimirAras/status/1483838534024896524>. Acesso em: 23 mai. 2023.

ARAS, Vladimir. Direito Internacional Público. (Coleção Método Essencial) Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646500. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646500/>. Acesso em: 19 mai. 2023.

BECHARA, Fábio R. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produz no exterior Editora Saraiva, 2011. E-book. ISBN 9788502135246. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502135246/>. Acesso em: 23 mai. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 jun. 2023.

BRASIL. Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm. Acesso em: 24 jun. 2023.

BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm. Acesso em: 24 jun. 2023.

BRASIL. Decreto nº 7.906, de 4 de fevereiro de 2013. Promulga o Tratado de Transferência de Pessoas Condenadas e Execução de Penas Impostas por Julgamentos entre a República Federativa do Brasil e o Reino dos Países Baixos, firmado em Haia, em 23 de janeiro de 2009. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7906.htm. Acesso em: 24 jun. 2023.

BRASIL. Decreto nº 862, de 9 de julho de 1993. Promulga o Tratado sobre Cooperação Judiciária em Matéria Penal, entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, de 17/10/1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0862.htm. Acesso em: 24 jun. 2023.

BRASIL. Decreto nº 863, de 9 de julho de 1993. Promulga o Tratado de Extradicação, entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, de 17 de outubro de 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0863.htm. Acesso em: 24 jun. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Institui a Lei de Migração. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm. Acesso em: 24 jun. 2023.

BRASIL. Ministério Público Federal. Secretaria de Cooperação Internacional. Temas de cooperação internacional / Secretaria de Cooperação Internacional. – 2. ed., rev. e atual. – Brasília : MPF, 2016. Disponível em: http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/158081/SCI_TCI_v2.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 09 jun. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HDE nº 7986/IT, Rel. Min. Francisco Falcão, Corte Especial, autuada em 22.02.2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, ADI nº 1.480/MC, Rel. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 04.09.1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, EXTRADIÇÃO 1.223/DF, Rel. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 22.11.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE nº 460.320, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 05.08.2020.

DAVI TANGERIANO. Caso Robinho: pode-se cumprir decisão estrangeira no Brasil contra brasileiro nato?. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/robinho-sentenca-condenatoria-estrangeira-20012022>. Acesso em: 09 jun. 2023.

HENKIN, Louis apud PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 44. <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502187092/>. Acesso em: 22 mai. 2023.

MAZZUOLI, Valério de O. Curso de Direito Internacional Público. Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN9786559645886. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645886/>. Acesso em: 09 jun. 2023.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Cooperação jurídica internacional. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/sua-protecao/cooperacao-internacional>. Acesso em: 23 mai. 2023

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. DRCI. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/a-informacao/perguntas-frequentes/ativos_cooperacao/recuperacao-de-ativos-e-cooperacao-internacional#orgao_responsavel Acesso em: 23 jun. 2023

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. Concórdia. Disponível em: <https://concordia.itamaraty.gov.br/>. Acesso em: 19 mai. 2023

REZEK, Francisco. Direito Internacional Público: Curso Elementar. Editora Saraiva, 2022. E-book. ISBN 9786555596403. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596403/>. Acesso em: 19 mai. 2023.