

COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NA LUTA CONTRA O CRIME. TRANSFERÊNCIA DE CONDENADOS. EXECUÇÃO DE SENTENÇA PENAL ESTRANGEIRA. NOVO CONCEITO

JOÃO MARCELLO DE ARAUJO JUNIOR¹

Professor Titular de Direito Penal na UERJ

1. Evolução histórica e comparativa — 2. A legislação brasileira atual — 3. A necessidade de homologação das sentenças estrangeiras para que tenham eficácia no Brasil — 4. Conclusão.

1. Evolução Histórica e Comparativa

Lembra Donnedieu de Vabres,² que foi com o advento dos Códigos francês e alemão do século passado que as legislações passaram a manifestar interesse pelo julgamento de crimes cometidos fora de seu âmbito territorial. A partir daí, diversas teorias foram desenvolvidas

relativamente à aplicação extraterritorial da lei penal, a tal ponto, que algumas delas, como destaca Bassiouni, citando Feller,³ foram acolhidas, tanto pelas legislações nacionais, quanto pelo próprio Direito Internacional.

A esse movimento não ficou alheio o Código Penal brasileiro de 1890, que, ao lado do princípio da territorialidade, instituiu algumas regras sobre a aplicação extraterritorial da lei penal, baseadas no princípio real ou da proteção.

A predominância da regra da territorialidade, entretanto, segundo Galdino Siqueira,⁴ decorrida de um arraigado sentimento de soberania, pois, como já o afirmara Bento de Faria⁵ “a lei sendo a expressão da soberania nacional deve ser aplicada em toda a extensão do território em que se exerça essa soberania. Esse princípio é universalmente consagrado pelas nações cultas como uma resultante da respectiva soberania”.

1. João Marcello de Araujo Junior é Professor Titular de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ. Professor Titular de Criminologia da FBCJ. Professor Convidado da Faculdade de Direito da Université de Pau. Doutor Honoris Causa da Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Secretário-Geral Adjunto da Association Internationale de Droit Pénal (AIDP). Diretor do Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali (ISISC). Presidente do Instituto Superior Ibero-americano de Estudos Criminais (ISIEC). Membro do Comitê Científico do Instituto Latino Americano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD). Membro da Comissão de Reforma do Código Penal brasileiro. Procurador de Justiça, RJ. Presidente do Conselho Consultivo do International Center of Economic Penal Studies.

2. Henri F. Donnedieu de Vabres, *Introduction à l'Etude du Droit Pénal International*, Paris, L. Tenin, 1922, p. 12.

3. M. Cherif Bassiouni, *Derecho Penal Internacional*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 52.

4. Galdino Siqueira, *Direito Penal Brasileiro*, v. I, Parte Geral, 2.^a ed., Rio, Jacyntho, 1932, p. 78.

5. Antonio Bento de Faria, *Anotações Theorico-Práticas do Código Penal do Brasil*, v. I, Rio, Francisco Alves, 1913, p. 24.

Assim, no Brasil, no século passado, a cooperação internacional na luta contra o crime limitava-se a algumas poucas regras sobre extraterritorialidade e a outras sobre extradição, que em nosso País, surgiu no ano de 1847, quando o segundo Barão de Cayru, Bento da Silva Lisboa, Ministro das Relações Exteriores, expediu, no dia 4 de fevereiro, uma famosa Circular implantando o chamado sistema administrativo da extradição.⁶

Como se sabe, o Código Penal de 1890 não foi um primor de técnica, bem como, não se ajustava à ciência penal de seu tempo. Por isso, já no ano de 1899, no Projeto de Código Penal de João Vieira de Araujo, seu autor, que era homem ligado à atividade científica internacional,⁷ no art. 8.º do Projeto, pela primeira vez entre nós, previu uma norma dando eficácia à sentença prolatada no estrangeiro.

Por sua precedência histórica o art. 8.º do Projeto Vieira de Araujo merece ser aqui transcrito: "Se contra cidadão brasileiro, por crime não político, nem conexo com este, cometido em território estrangeiro, for aí proferida condenação que, segundo a lei brasileira, importe — como pena ou efeito penal — a interdição de direitos; a autoridade judiciária poderá, sob requerimento do Ministério Público, declarar que a sentença proferida no estrangeiro produz no País a sobredita interdição: salvo ao condenado o direito de requerer que antes da decisão da autoridade judiciária — se renove o julgamento procedido no estrangeiro".

6. João Marcello de Araujo Junior, "L'Extradition dans la Constitution Brésilienne de 1988"; in *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 62, ns. 1/2, 1991, p. 567.

7. João Vieira de Araujo foi um dos representantes do Brasil na histórica União Internacional de Direito Penal, fundada por von Lizst, van Hamel e Prins, em Viena no ano de 1889, hoje Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), com sede em Paris.

Estava aberto o caminho para uma eficiente cooperação internacional na luta contra o crime. Infelizmente, o Projeto Vieira de Araujo não prosperou e o Projeto seguinte, de 1913, de autoria de Galdino Siqueira, não contemplou a inovação, preferindo trilhar o mesmo caminho pelo qual enveredou o Código de 1890.

Já o Projeto de Código Penal de Virgílio de Sá Pereira, de 1928, retomou a idéia de Vieira de Araujo, o mesmo acontecendo com o Projeto Alcântara Machado, de cuja revisão nasceu o Código Penal de 1940.

Finalmente, o Código Penal de 1940 recepcionou a idéia, consagrando-a em seu art. 7.º, nos seguintes termos: "A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei brasileira produz na espécie as mesmas conseqüências, pode ser homologada no Brasil para: I — obrigar o condenado à reparação do dano, restituições e outros efeitos civis; II — sujeitá-lo às penas acessórias e medidas de segurança pessoais. Parágrafo Único: — A homologação depende: a) para os efeitos previstos no n. I, de pedido da parte interessada; II — para 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 Ministro da Justiça".

Como se pode facilmente observar dessa brevíssima resenha histórica, no período de pouco mais de um século, ou seja, de 1830 a 1940 a legislação penal brasileira evoluiu da absoluta ausência de preocupação com a cooperação internacional (Código de 1830), para a possibilidade da eficácia de sentenças penais estrangeiras, embora não se tivesse reconhecido a possibilidade, com a homologação, serem aqui executadas as penas principais. Seja como for, o progresso legislativo, a despeito de lento, foi significativo, pois embora parcialmente, como afirmava a Exposição de Motivos, o Código acolheu o critério da interna-

cionalização da sentença penal, também inspirado no sentido de solidariedade universal contra os criminosos.

Em razão de tal solidariedade, o Código de 1940 foi mais longe, pois em sua Parte Geral admitiu que a sentença estrangeira surtisse alguns efeitos, independentemente de homologação. Era o caso, por exemplo, da determinação da reincidência (art. 46), no qual, a condenação no estrangeiro, permitia o reconhecimento da recidiva no Brasil. Da mesma forma, a condenação no exterior era causa impeditiva da suspensão condicional da pena (art. 57).

Na evolução do nosso direito verificamos que alguns pontos ficaram muito bem remarcados, a saber: a) é preciso que a lei brasileira produza, no caso concreto, as mesmas consequências da sentença estrangeira e, b) é preciso que tal paralelismo seja declarado pela autoridade judiciária brasileira, mediante a homologação.

Este era o quadro de 1940.

Ocorre que de lá até hoje, a realidade social mudou profundamente. Os modernos meios de transporte permitiram uma crescente mobilidade dos indivíduos, propiciando aos antípodas inverter suas posições em questão de horas. Com isso, o mundo, como que, se tornou menor e os povos verificaram, que a idéia de soberania petrificada não mais atendia às necessidades de justiça, de cooperação internacional em matéria de defesa social e, principalmente, de garantia dos direitos fundamentais do homem.

Em consequência, primeiro a Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), que em seu Congresso de Hamburgo de 1905 já votara uma Resolução sobre a luta contra a criminalidade internacional;⁸ no de 1961, em Lisboa, tratou

a aplicação do Direito Penal estrangeiro pelos tribunais nacionais; no de Haia (1966), do qual foi relator Jescheck, estudou os efeitos internacionais dos julgamentos penais e no de 1994, no Rio de Janeiro, cuidou da cooperação internacional e regional contra o crime, e, depois, a Organização das Nações Unidas sentiram a necessidade de promover estudos e trabalhos no sentido da aproximação das legislações em todo o mundo e levar a efeito um grande esforço de cooperação internacional.

As Nações Unidas, a AIDP, e outras organizações internacionais, como a Associação Internacional dos Magistrados, que em 1963 realizou em Haia o seu 2.º Congresso, dedicado aos efeitos internacionais da sentença penal, mostraram ao mundo que a extradição e as normas de aplicação extraterritorial das leis penais internas eram insuficientes para atender às novas realidades vivenciadas pela sociedade internacional. Wilkitzki chegou mesmo a afirmar que “a cooperação internacional em matéria de Direito Penal é um verdadeiro *leitmotif* de todos os Congressos da ONU para Prevenção do Delito e Tratamento do Criminoso”.⁹ Por isso, como alude Bassiouni,¹⁰ atualmente, uma série de tratados (particularmente entre os Países-membros do Conselho da Europa) se ocupam de regular o reconhecimento de decisões penais estrangeiras; a transferência de processos penais em curso; a execução de sentenças no estrangeiro; a prestação de depoimentos de testemunhas em Países diversos daquele onde corre o processo, e outras medidas.¹¹

9. Peter Wilkitzki, “La Prévention du Crime et le Traitement des Délinquants”; contribuição da República Federal da Alemanha para o 8.º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, Havana, 1990, p. 49.

10. M. Cherifi Bassiouni, ob. cit. p. 52.

11. Para uma visão global do assunto veja-se Grützner: “International assistance Judicial

8. D. van der Landen, “Résolutions votées lors des congrès de l'Union Internationale de Droit Pénal”; in *Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 61, ns. 1/2, 1990, p. 350.

Dentre esses tratados podemos destacar: a Convenção Européia para a vigilância de pessoas sob suspensão condicional da pena e sob livramento condicional, de 30.11.64; a Convenção Européia sobre a validade internacional das sentenças penais, de 28.5.70; a Convenção da Benelux; a Convenção dos Países escandinavos, que permite a execução de multas; os acordos firmados entre a França e determinados Países africanos; a Convenção entre os Estados Unidos, o México e o Canadá sobre transferência de presos; além dos tratados assinados pelo Brasil com a Espanha e com o Canadá.¹²

Para que se tenha idéia do interesse dos organismos internacionais em relação à transferência de presos, basta dizer que as Nações Unidas, atendendo a uma recomendação de seu 7.º Congresso, realizado em Milão em 1985, aprovada pela Assembleia Geral pela Resolução 40/32 de 29.11.85, elaborou um Modelo de Convenção de Transferência de Presos destinado a facilitar a realização de tratados bilaterais por parte dos Países-membros. A preocupação da ONU voltou a manifestar-se no 8.º Congresso, realizado em Havana em 1990, no qual a Decisão 11/104 determinou estudos para a formulação de uma convenção internacional ampla

and Cooperation in Criminal Matters"; in Bassiouni e Nanda: *A Treatise on International Criminal Law* e Universidad católica del Uruguay, Instituto Superior Ibero-Americano de Estudos Criminais e International Center of Economic and Penal studies: Curso de Cooperación Penal Internacional; Carlos Alvarez, Editor, Montevideu, 1994.

12. Para uma visão panorâmica das preocupações no seio da International Law Association, veja-se L. Kos Rabcewicz Zubkowski: "Transferências das Pessoas Acusadas ou Condenadas e o Valor Internacional das Sanções Penais", in João Marcello de Araujo Junior (org.) *Ciência e Política Criminal em Honra de Heleno Fragoso*, Rio, Forense, 1992, p. 397.

sobre a cooperação em temas relativos à delinquência, consolidando entre outras coisas, os tratados existentes ou em vias de serem celebrados, cuidando da extradição, da assistência recíproca, da transferência de presos estrangeiros, da transferência de vigilância sobre delinquentes estrangeiros sujeitos a condenação condicional ou em livramento condicional, e o cumprimento das sentenças penais e dos mandados judiciais de apreensão de ativos obtidos de forma ilícita.¹³ É importante citar, também, a Recomendação n. R(92)18 do Conselho da Europa, adotada pelo Comitê de Ministros em 19.10.92, que complementa as anteriores, de 1984 e 1988.

Muitos são os Países que já aderiram às novas idéias. Citaremos, para encurtar razões, apenas dois, escolhidos por possuírem regimes políticos diferentes e por serem um latino-americano e outro europeu, ambos de legislações recentes: Cuba e Itália, embora um exemplo notável seja, também, a Holanda, cuja legislação foi recentemente estudada por Désirée J. M. W. Paridaens.¹⁴

O Código Penal cubano, Lei 62, que entrou em vigor no dia 30.4.88, estabeleceu em seu art. 7.1: "Los extranjeros sancionados a privación de libertad por los tribunales cubanos podrán ser entregados, para que cumplan la sanción, a los Estados de los que son ciudadanos, en los casos y en la forma establecidos en los tratados. 2 — De modo correspondiente, los ciudadanos cubanos sancionados a

13. Comitê de Prevenção do Delito e Luta contra a Delinquência, informe sobre o 11.º período de Sessões (Viena de 5 a 16 de fevereiro de 1990), Conselho Econômico e Social Documentos Oficiais, 1990, Suplemento n. 10, Nações Unidas, Nova Iorque, 1990, p. 36.

14. Désirée Joanna Maria Wilhelmina Paridaens: "De overdracht van tenuitvoerlegging van strafvonnissen — Een orderzoek naar de voorwaarden naar Nederlands recht", *The transfer of execution of criminal judgments — A study of conditions according to Dutch law*, Universiteit Utrecht, Utrecht, 1994.

privación de libertad por tribunales extranjeros podrán ser recibidos para que cumplan la sanción en el territorio nacional, en los casos y en la forma establecidos en los tratados. El tribunal que, en Cuba, hubiera sido el competente para conocer en primera instancia el hecho, lo será para dictar la resolución determinando la sanción a cumplir, la cual se equipará a todos los efectos a la sentencia de primera instancia”.

Já o Código de Processo Penal italiano de 1988 (d.P.R. n. 447 de 22.9.88) em seu art. 731, que trata do reconhecimento de sentença penal estrangeira em razão de acordo internacional, dispõe: “1 — Il ministro di grazia e giustizia, se ritiene che a norma di un accordo internazionale deve avere esecuzione dello Stato una sentenza penale pronunciata all'estero o comunque che a essa devono venire attribuiti altri effetti nello Stato, ne richiede il riconoscimento. A tale scopo trasmette al procuratore generale presso la corte di appello nel distretto della quale ha sede l'ufficio del casellario competente ai fini della iscrizione, una copia della sentenza, unitamente alla traduzione in lingua italiana, con gli atti che vi siano allegati, e con la documentazione e le informazioni disponibili. Trasmette inoltre l'eventuale domanda di esecuzione dello Stato da parte dello stato estero ovvero l'atto con cui questo stato acconsente all'esecuzione. 1 *bis* — Le disposizioni del comma 1 si applicano anche quando si tratta dell'esecuzione di una confisca ed il relativo provvedimento è stato adottato dall'autorità giudiziaria straniera con atto diverso dalla sentenza di condanna.¹⁵ 2 — Il procuratore generale

promuove il riconoscimento con richiesta alla corte di appello. Ove ne ricorrano i presupposti, richiede che il riconoscimento sia deliberato anche agli effetti previsti dall'articolo 12 comma 1 numeri 1, 2 e 3 del codice penale”.

Como se acaba de ver, dois Países de características distintas, são acordes em admitir a execução de sentença estrangeira exigindo, ambos, que tal sentença seja previamente homologada. Em Cuba a homologação cabe ao tribunal de primeira instância, que seria o competente para o conhecimento da ação penal caso o crime tivesse sido cometido em território cubano, assumindo a homologação o caráter de sentença nacional, inclusive definidora da pena a ser executada. Na Itália, a homologação, a requerimento do Ministério Público, compete ao Tribunal de Apelação. À semelhança do que acontece em Cuba, também na Itália, por força do estabelecido no art. 735 do Código de Processo Penal, o Tribunal de Apelação determina a pena a ser executada, ajustando a sentença estrangeira à lei italiana no que diz respeito à quantidade e à qualidade da pena.

Vejamos, agora, a lei brasileira atual, cumprindo destacar que o Código Penal de 1969/75, não inovou na matéria, salvo quanto à exigência de homologação para fins de reconhecimento da reincidência e da habitualidade, o que, a nosso juízo, não representou avanço.

2. A legislação brasileira atual

Diante do quadro histórico e comparativo que acabamos de descrever era de se esperar que a reforma da Parte Geral de nosso Código Penal, levada a efeito em 1984, se mostrasse sensível às novas concepções. Infelizmente, isso não ocorreu, tanto assim que, o art. 9.º da nova Parte Geral, praticamente repetiu a norma de 1940, quando estatui: “A sentença estrangeira, quando a aplicação da lei

15. O n. 1 *bis* do art. 731 do Código de Processo Penal italiano foi mandado acrescentar pelo art. 7.º, 1, da Lei 328, de 9.8.93. Sobre à prisão cautelar no exterior, no Direito italiano, v. o recente estudo de Maria Riccarda Marchetti, in Mario Chiavario, *Commento al Codice di Procedura Penale*, UTET, Turim, 1993, p. 287.

brasileira produz na espécie as mesmas consequências, pode ser homologada no Brasil para: I — obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e outros efeitos civis; II — sujeitá-lo à medida de segurança. Parágrafo único: A homologação depende: a) para os efeitos previstos no inc. 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 Ministro da Justiça”.

Nossa doutrina contemporânea, por seu turno, não parece estar muito preocupada com a matéria. Assim, por exemplo, Damásio de Jesus¹⁶ limita-se a um breve comentário da lei sem apresentar nenhuma proposta de ampliação do âmbito de eficácia da sentença estrangeira. Assim, também, Paulo José da Costa Junior,¹⁷ para quem a “execução de qualquer sentença configura sempre um ato de soberania. Como regra, portanto, a sentença estrangeira não pode ser executada no Brasil, por ferir o princípio da territorialidade e a soberania nacional”. Mirabete¹⁸ não enfrenta a questão. Na mesma linha de Costa Júnior, está Mayrink da Costa,¹⁹ para quem, “em virtude do princípio da

soberania do Estado a sentença penal estrangeira não tem reconhecido efeito executório, tendo em vista o princípio da territorialidade”. Somente em Frágoso encontramos uma pequena referência às modernas posições, quando afirma: “A execução de sentença é ato de soberania e, assim, a sentença penal estrangeira não pode ser executada no Brasil, a isso se opondo também o princípio da territorialidade. A essa regra básica, o direito penal moderno vem opondo exceções, inspiradas também em mais ampla cooperação internacional e no interesse de mais eficiente repressão ao crime dentro das próprias fronteiras”.²⁰ Em nossos periódicos, encontramos no n. 6, de 1964, da *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal* algumas opiniões, modernas para o tempo, porém hoje já superadas. Do conjunto dos estudos ali apresentados, destacamos os de Angelo de Mattia (p. 121) e de H. Grützner (p. 129). No n. 7, da mesma Revista (1964) encontramos importante estudo de Armida Bergamini Miotto.²¹ Foi, porém, no saudoso e sempre atualizado Haroldo Valladão, que encontramos, em obra de 1978, daquilo que ele chamou de “notável passo no progresso da cooperação internacional nos processos criminais, a ser imitado por outros Estados”,²² ou seja, dá notícia do tratado celebrado entre os Estados Unidos e México, de 25.11.76, para transferência de presos para cumprimento de penas. Valladão informa, inclusive, quanto à alteração efetuada na Constituição mexicana, para permitir a execução de tal tratado.

20. Heleno Cláudio Frágoso, *Lições de Direito Penal, A Nova Parte Geral*, Rio, Forense, 11.^a ed., p. 141.

21. Armida Bergamini Miotto, “Efeitos da sentença penal estrangeira”; *RBCDP*, ano II (nova fase) n. 7, out.-dez./64, p. 109.

22. Haroldo Teixeira Valladão, *Direito Internacional Privado*, Rio, Freitas Bastos, v. III, Parte Especial, 1978, p. 276.

16. Damásio E. de Jesus, *Direito Penal*, 1.^o vol., Parte Geral, S. Paulo, Saraiva, 15.^a ed., 1991, pp. 119-120. Também em *Código Penal Anotado*, S. Paulo, Saraiva, 1989, pp. 23-24.

17. Paulo José da Costa Junior: *Comentários ao Código Penal, Parte Geral*, v. 1, S. Paulo, Saraiva, 1986, pp. 23-24. Idem em *Direito Penal Objetivo*, Rio, Forense Universitária, 1989, p. 13 e em *Curso de Direito Penal*, v. 1, Parte Geral, S. Paulo, Saraiva, 1991, pp. 36-37.

18. Julio Fabbrini Mirabete, *Manual de Direito Penal, Parte Geral*, S. Paulo, Atlas, 5.^a ed., 1990, p. 93.

19. Álvaro Mayrink da Costa, *Direito Penal, Parte Geral*, v. I, t. I, Rio, Forense, 1991, p. 399.

Como se vê, é chegado o momento de repensar-se o nosso direito positivo em matéria de cooperação internacional, no sentido de abandonarmos a velha e antiquada idéia de soberania petrificada. A admissão da execução de sentença penal estrangeira não importa em violação do poder de império nacional, pois, ao contrário, o reafirma. Quando um Estado decide executar em seu território uma decisão de tribunal estrangeiro, prolatada contra um seu nacional, está, isto sim, exercendo um ato positivo de soberania. Na literatura espanhola, País com o qual celebramos tratado, Polaino Navarrete afirma: "los convenios internacionales no va en perjuicio de las facultades del derecho de soberania de cada Estado interviniente, sino que constituye un medio instrumental puesto al servicio dela realización de las mismas".²³ Além disso, a execução no Brasil de julgado condenatório estrangeiro é um imperativo de humanização das penas e de garantia dos direitos humanos do condenado. O cumprimento de pena no estrangeiro, fora do ambiente natural e familiar do condenado, além de não contribuir para seu adequado reajustamento social, provoca um sofrimento extraordinário, além de importar em despesa inútil para o Estado.

Portanto, tudo aconselha e nada impede que o Brasil celebre com outros Estados tratados bilaterais ou multilaterais no sentido de estabelecer a transferência de condenados com o fim de, aqui, sujeitá-los ao cumprimento de penas privativas de liberdade e outras. Entretanto, a nosso juízo, é indispensável a adequação de nossa legislação penal e processual penal a essa moderna concepção de cooperação internacional, como aliás, prevêem os textos dos nossos tratados já firmados.

23. Miguel Polaino Navarrete: *Derecho Penal, Parte General*, t. I; Barcelona, Bosch, 1990, p. 180.

A primeira questão a discutir-se está ligada à necessidade ou não da homologação da decisão estrangeira.

3. A necessidade de homologação das sentenças estrangeiras para que tenham eficácia no Brasil

Não conseguimos alcançar como uma sentença condenatória prolatada fora do País, possa dar causa à instauração de um juízo executório penal, sem que passe, pelo menos, por um "juízo de delibação" para que sejam feitos os ajustes necessários à legislação nacional, embora sem qualquer indagação *de meritis*, para usarmos a expressão de Clóvis.²⁴

Tratando-se de dar força executória a um julgado prolatado em outro País, parece-nos indispensável que a lei determine que a nossa autoridade judiciária se manifeste sobre ele, com o fim de reconhecer a existência da dupla incriminação; declarar a validade formal da sentença; aferir seu ajustamento aos princípios fundamentais que informam o nosso Direito, e promover a adequação da pena ao sistema nacional de política criminal. Essa é a orientação seguida em todo o mundo pelas legislações, sob a denominação doutrinária de "reconhecimento".

Seja qual for a natureza jurídica que se atribua à sentença estrangeira ou às conseqüências que decorram da homologação, esta parece-nos indispensável, para que possa ensejar o encarceramento de alguém no Brasil. A execução da pena é efeito primário da condenação²⁵

24. Clóvis Bevilacqua, *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*, Rio, Freitas Bastos, 3.ª ed., 1938, p. 439.

25. Julio Fabbrini Mirabete, *Manual de Direito Penal*, S. Paulo, Atlas, 1.ª v., 6.ª ed., 1991, p. 323, denomina efeito principal àquele que importa na obrigação do cumprimento de penas e aos demais, sejam penais ou extrapenais, de secundários.

e, por isso, precisa ser consequência de manifestação judicial expressa, por importar na supressão temporária de um direito fundamental do homem, qual seja, a liberdade de ir e vir.

Face aos princípios regentes da cooperação internacional em matéria criminal, a homologação é dispensável, apenas, para os efeitos penais secundários da condenação,²⁶ tais como: determinar a reincidência; possibilitar ou impedir a suspensão condicional da pena ou do livramento condicional; compensar as penas (art. 8.º do CP); aplicar a lei brasileira a crimes cometidos fora do Brasil (extraterritorialidade). Em razão da reincidência: a) aumentar o prazo da prescrição; b) interromper a prescrição; c) revogar a reabilitação; d) revogar o *sursis* e o livramento condicional, e outros.

Além disso, como vimos quando da resenha histórico-evolutiva anteriormente levada a efeito, a homologação é da tradição do nosso direito e, por isso, deve ser mantida.

Resta examinarmos qual o sistema de homologação que devemos acolher.

Como se sabe, existem dois sistemas de homologação de sentenças penais estrangeiras.

O primeiro, importa na nacionalização da decisão, ou seja, a sentença estrangeira, uma vez homologada, passa a ser considerada como se fora prolatada por um juiz nacional de primeira instância, segundo a lei do País. Ela passa a ser igual a qualquer outra proferida em primeiro grau de jurisdição, em relação à qual podem ser manifestados os recursos normais.

Esta foi a solução adotada pela legislação cubana, como já vimos. Assim, o Código Penal cubano, ao determinar que a sentença será homologada pelo Tribunal de primeira instância e ao atribuir à homologação os mesmos efeitos de

uma sentença condenatória cubana, está nacionalizando a decisão estrangeira.

O sistema de nacionalização tem como consequência a possibilidade da modificação do mérito do julgado, através de recursos ou da revisão criminal, que serão julgados, sempre, pelas autoridades judiciárias do País que homologou a sentença.

O segundo sistema não importa em nacionalização, mas, simplesmente, na atribuição de efeitos à sentença, por considerá-la como mero fato jurídico histórico. Trata-se do chamado sistema de aplicação indireta da lei processual penal estrangeira.²⁷ O conteúdo desse sistema foi perfeitamente sintetizado no Acórdão 117.277, da 2.ª Seção do Tribunal de Cassação italiano, de 1971, segundo o qual "L'istituto del riconoscimento delle sentenze penali straniere non intende parificare l'atto giudiziale straniero a quello italiano, ma soltanto assumerlo quale fatto storico giuridico, per alcuni effetti tassativamente determinati dall'art. 12 CP".²⁸

A consequência desse sistema é a impossibilidade de o Tribunal que homologa poder alterar o mérito da decisão, seja na própria decisão homologatória, seja por via recursal ou de revisão criminal. Por tratar-se de fato jurídico histórico, que produz efeitos alhures, o País que executa a sentença penal estrangeira não se legitima para alterar o seu conteúdo. Por isso, segundo Frederico Marques, basta a "delibação incidental".²⁹ Destaque-se, entretanto, que

27. Haroldo Teixeira Valladão, *Direito Internacional Privado*; Rio, Freitas Bastos, v. III, Parte Especial, 1978, p. 245.

28. Frederico Stella e Giuseppe Zuccalà, *Comentario Breve al Codice Penale — Complemento Giurisprudenziale*, Padova, CEDAM, 1990, p. 12.

29. José Frederico Marques, *Curso de Direito Penal*; S. Paulo, Saraiva, v. I, 1954, p. 280.

26. Roberto Lyra Tavares, *Comentários ao Código Penal*, Rio, Forense, v. II, 1958, p. 344.

uma vez homologada a sentença estrangeira, o processo de execução se desenvolverá segundo o que estabelecer a lei nacional. Da mesma forma, será lícito ao País receptor, como fenômenos inerentes à execução penal que não alteram o mérito da sentença, conceder anistia, indulto, comutação ou qualquer outro benefício previsto em sua legislação. É preciso ficar bem esclarecido, que o instituto da transferência de presos para execução de sentença de outro País, não importa em aplicação direta do direito estrangeiro. A partir da homologação, o País receptor aplicará, apenas, o seu próprio direito, não havendo sequer que se falar em lei mais favorável.

Este é o sistema estabelecido pelos parceiros no Brasil nos tratados até agora assinados. Ambos têm como regras principais em seus direitos nacionais, os princípios da territorialidade e da aplicação indireta da lei processual estrangeira.

Relativamente ao Canadá, como ensinam Mestral e Williams, "En l'absence d'une juridiction criminelle universelle, il est bien établi que seul l'État dont le droit criminel a été violé peut juger la personne accusée de cette violation".³⁰

4. Conclusão

Por tudo quanto foi exposto, entendemos que será muito aconselhável que o Brasil celebre tratados bilaterais e multilaterais sobre transferência de presos, especialmente diante das novas perspectivas do Mercosul. Em consequência de tais tratados, as sentenças penais estrangeiras específicas deverão ser necessariamente homologadas pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos da Cons-

tituição, aplicando-se a tais homologações o sistema de aplicação indireta da lei processual penal estrangeira.

Por outro lado, será indispensável, também, que a legislação penal e processual penal sejam alteradas, de maneira a "estabelecer os procedimentos adequados, a fim de que, para os efeitos dos tratados, as sentenças prolatadas pelos tribunais das partes surtam efeitos jurídicos".³¹

Todo trabalho doutrinário, sempre que possível, deverá objetivar um resultado prático. Por isso, a título de ilustração, apresentamos, a este final, o texto da proposta de projeto de lei para a reforma legislativa mencionada, que elaboramos para o Ministério da Justiça, a fim de nos ajustarmos legislativamente aos tratados que já firmamos:

LEI N.º...

Dispõe sobre a execução dos tratados de transferência de presos e execução de sentenças penais estrangeiras e dá outras providências.

Art. 1.º. O art. 9.º do Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 7.209, de 11 de julho de 1984), passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 9.º. 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 à medida de segurança;
- III — sujeitá-lo aos efeitos previstos em convenções e tratados firmados pelo Brasil relativos à transferência de presos e execução de sentenças penais estrangeiras.

Parágrafo único. A homologação depende:

- a) para os efeitos previstos no n. I, de pedido da parte interessada;
- b) para os outros efeitos, da existência de tratado de transferência de presos e execução

30. Armand L. C. de Mestral e Sharon A. Williams: *Introduction au droit international public — tel qu'il est interprété et appliqué au Canada*, Toronto, Butterworths, 1982, p. 158.

31. Art. V, n. 9 do Tratado com a Espanha e art. V, n. 10, do firmado com o Canadá.

de sentenças penais estrangeiras com o país de cuja autoridade judiciária emanou a sentença e, em caso de execução de medida de segurança na falta de tratado, de requisição do Ministro da Justiça”.

Art. 2.º. A epígrafe do LIVRO V do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.931, de 11 de dezembro de 1941) passa a vigorar com a seguinte redação:

“LIVRO V — Da cooperação internacional em matéria criminal”.

Art. 3.º. O LIVRO V do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.931, de 11 de dezembro de 1941) fica acrescido do CAPÍTULO IV, com a seguinte redação:

“CAPÍTULO IV — Da Homologação de sentença estrangeira por força de convenção ou tratado internacional.

“Art. 791 — As sentenças penais estrangeiras proferidas contra brasileiro, cuja execução no Brasil seja conseqüente de convenção ou tratado internacional, deverão ser previamente homologadas pelo Supremo Tribunal Federal, mediante provocação do Procurador-Geral da República, para que produzam os efeitos do art. 9.º do Código Penal.

“Art. 792. A sentença penal estrangeira será homologada, quando a aplicação da lei brasileira produzir na espécie as mesmas conseqüências e concorrerem os seguintes requisitos:

a) ser o fato punível no Brasil e no país em que foi praticado;

b) estar o crime incluído entre aqueles pelos quais a lei brasileira autoriza a extradição;

c) ter a sentença transitado em julgado;

d) estar revestida das formalidades externas necessárias, segundo a lei do país de origem;

e) não ser contrária à ordem pública, aos bons costumes, nem aos princípios fundamentais que informam o ordenamento jurídico brasileiro;

f) haver sido proferida por juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, em processo no qual tenha havido citação regular, interrogatório levado a efeito em língua compreensível para o réu e garantido a este a ampla defesa patrocinada por defensor profissional, tudo segundo a legislação do país de origem;

g) não haver fundada suspeita de que a condenação tenha resultado de preconceito de nacionalidade, de língua, de sexo, de raça, de religião, de convicção política, ou qualquer outra condição pessoal ou social do réu;

h) não estar o condenado sendo processado ou já ter sido condenado no Brasil, pelo mesmo fato;

i) estar a sentença autenticada por cônsul brasileiro;

j) estar a sentença acompanhada de tradução feita por tradutor público;

l) haver o condenado manifestado livremente o seu consentimento;

m) faltar mais de seis meses para o cumprimento ou extinção da pena;

n) estar a sentença acompanhada de solicitação do país de origem.

“Art. 793. O Supremo Tribunal Federal, ao homologar sentença penal estrangeira em razão de convenção ou tratado internacional, ajustará a decisão ao direito brasileiro, fixando a pena que deverá ser executada no Brasil, bem como declarando os efeitos dela decorrentes para os fins do art. 92 do Código Penal.

“§ 1.º. Para os fins deste artigo, o Supremo Tribunal Federal converterá a pena imposta na sentença estrangeira, em outra prevista na legislação brasileira, segundo os critérios de aplicação estabelecidos no Código Penal.

“§ 2.º. Em nenhum caso a pena será fixada em quantidade superior ao máximo previsto na lei brasileira para o mesmo crime, nem superior à imposta na sentença estrangeira.

“§ 3.º. Caso a autoridade judiciária estrangeira tenha concedido a suspensão condicional da pena ou outra medida semelhante, o Supremo Tribunal Federal ajustará a decisão às normas do direito brasileiro.

“§ 4.º. O mesmo ocorrerá em caso de livramento condicional ou outra medida semelhante.

“§ 5.º. Em caso algum a decisão de homologação poderá agravar, a qualquer título, a situação do condenado.

“§ 6.º. Na determinação da multa, a conversão será feita para a moeda nacional pelo câmbio do dia da homologação, respeitados os princípios estabelecidos nos parágrafos deste artigo e os critérios previstos no Código Penal.

“§ 7.º. A pena fixada na sentença de homologação será executada exclusivamente segundo o disposto na legislação brasileira.

“Art. 794. A pena pecuniária deverá ser paga no Brasil, que a repassará ao país de origem, desde que garantida a reciprocidade.

“Art. 795. A sentença penal brasileira, prolatada contra estrangeiro, dependerá de autorização do Supremo Tribunal Federal para que possa ser executada fora do Brasil, que não a

negará quando o condenado, devidamente alertado das consequências, manifestar livremente o seu consentimento; a execução no exterior for necessária e conveniente para a repressão e prevenção do crime, e idônea a promover a harmônica inserção social do condenado.

“Art. 796. O consentimento do condenado deverá ser manifestado perante a autoridade judiciária brasileira. Se o condenado estiver no exterior, o consentimento poderá ser manifestado perante cônsul brasileiro ou da autoridade judiciária estrangeira que for competente para homologar a sentença brasileira.

“Art. 797. Em nenhum caso será permitida a transferência de preso para a execução de sentença penal brasileira no estrangeiro, se houver fundada suspeita de que o condenado será submetido a outro processo; discriminado em razão de condição pessoal ou social, ou submetido a tratamento cruel, desumano ou degradante.

“Art. 798. A execução penal no Brasil cessa com a transferência do preso para o país

estrangeiro e não poderá ser renovada caso a pena venha a ser lá, por qualquer título, declarada extinta.

“Art. 799. O Ministro da Justiça, sempre que tiver conhecimento de sentença estrangeira que possa ser executada no Brasil em razão de tratado ou convenção, enviará os expedientes necessários ao Procurador-Geral da República, que promoverá, junto ao Supremo Tribunal Federal, a sua homologação.

“Art. 800. O rito do processo de homologação, em face da concordância do condenado, será o abreviado, a ser estabelecido no regimento Interno do Supremo Tribunal Federal”.

Art. 4.º. O atual art. 791 do Código de Processo Penal fica renumerado para art. 801, renumerando-se sucessivamente os demais.

Art. 5.º. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília,...

O Presidente da República