

Opinião: Extradição e limites de pena na Lei de Migração

07/09/2022

Nas últimas décadas temas e problemas transnacionais têm sido a pauta de todas as nações da sociedade internacional. Se inicialmente a questão das relações comerciais e diplomáticas orientavam o compasso na formação de tratados e no estabelecimento de leis internas; hodiernamente, assuntos como proteção ambiental, direitos humanos, pandemia e combate ao crime e às organizações criminosas — em todas as suas faces de investigação, persecução, condenação e execução — são interesses reais. Nesse aspecto se destaca o direito penal internacional como nova área de diálogo entre o direito penal, processo penal, criminologia, direito constitucional e o direito internacional.



O direito penal internacional como área de estudos e de

práxis jurídica se destaca como sendo a área interdisciplinar jurídica em que o Estado tem o poder e o dever de aplicar suas leis e penas aos infratores mesmo quando cometidos em caráter de extraterritorialidade, ou seja, quando as infrações penais são praticadas por estrangeiros ou por nacionais para além dos limites da soberania. Para que o direito penal internacional possa cumprir seu papel é importante que a cooperação jurídica internacional, relações diplomáticas e os tratados entre as nações possibilitem meios e formas de realização de processos e de exigência de cumprimento de pena. Sem dúvida, a extradição é uma dessas principais formas.

Desde 2017 a Lei de Migração (Lei nº. 13.445/17) visa a regular os procedimentos referentes a esse tema; em substituição ao revogado Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80) e sua doutrina da segurança nacional e da presunção do estrangeiro como potencial risco ou inimigo. Ao contrário, os estrangeiros (ou não nacionais) possuem todos os direitos e garantias previstos no ordenamento jurídico, exceto àqueles reservados constitucionalmente aos brasileiros natos.

A Lei de Migração ao regular o procedimento de extradição (juntamente com o Decreto nº.9.199/17) como forma de cooperação jurídica internacional em temas penais estabelece algumas condicionantes legais cumulativas: não submeter o extraditando a prisão ou processo por fato anterior ao pedido de extradição; computar o tempo da prisão que, no Brasil, foi

imposta por força da extradição; comutar a pena corporal, perpétua ou de morte em pena privativa de liberdade, respeitado o limite máximo de cumprimento de 30 anos; não entregar o extraditando, sem consentimento do Brasil, a outro Estado que o reclame; não considerar qualquer motivo político para agravar a pena; e, não submeter o extraditando a tortura ou a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

Devemos destacar que a Lei de Migração ao estabelecer de modo expresso a previsão de limitar o tempo máximo de cumprimento de pena a 30 anos — segundo o artigo 96, III, da lei material — seguiu a previsão do Código Penal (artigo 75) como constava de seu texto em 2017. Ocorre que, em 2019 através da Lei 13.964/19 (denominado Pacote Anticrime) a previsão da lei penal fora modificada para 40 anos. Resta neste ponto a controvérsia legislativa, hermenêutica e jurisprudencial.

O Pacote Anticrime apenas efetuou a retificação e o aumento do limite das penas unicamente no Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/40). A mesma modificação não foi realizada na Lei Migração (Lei nº 13.445/17) que, embora tivesse o Código Penal como referência, fundamento e *mens legis*; todavia, a lei migracional não fez apenas remissão ao artigo 75 do Código Penal. Ao contrário, trouxe em seu texto normativo previsão quantitativa máxima de pena para fins de extradição, cujo montante ou limite não foi alterado pelo legislador através do Pacote Anticrime. Logo, desde a modificação realizada pelo Pacote Anticrime temos dois textos legislativos com previsão diversas e contraditórias sobre limites de pena: enquanto o Código Penal prevê que o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 anos; a Lei de Migração prevê que para extradição se faz imprescindível comutar a pena corporal, perpétua ou de morte em pena privativa de liberdade respeitado o limite máximo de cumprimento de 30 anos.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal fora provocado a se manifestar sobre essa divergência estabelecidas entre do Código Penal e a Lei de Migração. Para o Supremo Tribunal Federal (Ext. 1652) [1] para que o Brasil conceda a extradição, o país que está pedindo a medida deverá se comprometer, formalmente, em não permitir que o extraditando cumpra pena por tempo superior a 30 anos. E que, com o advento da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), e a modificação do art. 75 do Código Penal, esse prazo foi ampliado para 40 anos. Para o STF, contudo, que esse novo limite temporal de 40 anos se aplica somente para os crimes imputados ao extraditando praticados após a entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019.

Da *ratio decidendi* proferida pelo STF podemos extrair duas conclusões: a primeira, de que para crimes cometidos antes da entrada em vigor do Pacote Anticrime, permite-se a extradição desde que a pena a ser cumprida no exterior seja de no máximo 30 anos. E, como segunda conclusão, para o caso de crimes cometidos em extraterritorialidade, o Brasil permitiria a extradição para o cumprimento de pena com limite de 40 anos segundo a previsão da lei penal após as alterações de 2019.

A primeira conclusão do Pretório Excelso se coaduna com sua jurisprudência e com todo o sistema constitucional e de direitos humanos de garantias e proteções. Todavia, a segunda conclusão merece revisão e superação (*overruling*) por redundar em uma jurisprudência "*in malam partem*" que atenta contra os principais fundamentos do direito penal e dos direitos

humanos.

Primeiramente, deve-se destacar que ambas as leis — tanto o Código Penal quanto a Lei de Migração — são leis ordinárias e que não possuem grau de hierarquia ou sobreposição de uma sobre a outra. Logo, no confronto aparente de normas deve-se utilizar os princípios, regras de hermenêutica e as previsões normativas legislativas oriundas do direito positivo.

Em segundo, ainda que a Lei de Migração — quando de sua elaboração, aprovação e promulgação em 2017 — tivesse como norte interpretativo, referencial teórico-legislativo e fundamento o Código Penal e sua previsão de limites de penas em 30 anos é preciso destacar que a Lei nº 13.445/17 não se restringiu apenas a fazer remissão à lei penal, não. A Lei de Migração trouxe a previsão normativa expressa de limite de pena, para fins de extradição, em 30 anos. O fato de o Código Penal ter sido posteriormente modificado pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19) para aumentar o limite de pena para 40 anos, fê-lo apenas internamente. Sem a modificação ou alteração do artigo 96, III, da Lei de Migração — que expressamente estabelece limite menor — somente através de lei em sentido formal e material, derivada diretamente do legislador federal, qualquer outra interpretação ou aplicação do referido dispositivo é atentar contra pilares dos direitos fundamentais e da legitimidade persecutória penal, tornando-as ilegais, inconstitucionais e inconvenções.

Havendo, pois, uma divergência entre ambos diplomas normativos deve-se aplicar o pressuposto da especialidade. Sendo a Lei de Migração *lex specialis* referente aos temas de cooperação jurídica internacional em migrações e extradição, esta deve se sobrepor à aplicação do Código Penal, norma geral, mesmo com a modificação legislativa do Pacote Anticrime ao qual somente têm validade e eficácia nas execuções penais nacionais. Outros fundamentos, tão importantes, a somar a necessidade de modificação jurisprudencial e modificação do precedente penal são: o princípio e regra da legalidade e da taxatividade penal; e, o princípio *pro homine* ou da interpretação mais favorável aos indivíduos.

O princípio da legalidade penal estabelece que a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei [2]. Assim como a previsão do tipo de pena e da quantidade de pena tem, igualmente, existência e exurgimento somente através de lei. Junto ao princípio da legalidade deve se obedecer ainda — na tarefa legislativa, interpretativa e aplicativa — ao princípio da reserva legal onde a regulação de determinadas matérias e de duas incriminações deve ser feita, necessariamente, por meio de lei formal, de acordo com as previsões constitucionais a respeito. Assim, para a previsão de penas e seus limites é imperioso a existência de lei, seguindo o caminho constitucional do devido processo legislativo.

Para Luigi Ferrajoli as condições para exercício do direito penal e do processo se limitam e tem existência pelo *princípio da legalidade estrita*, isto é, na exata e clara determinação abstrata do que é punível. Este princípio exige duas condições: o caráter formal ou legal do critério de definição do desvio e o caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio legalmente definidas. A primeira condição equivale ao princípio da reserva legal em matéria penal e da consequente submissão do juiz à lei. A segunda condição comporta, além disso, o caráter absoluto da reserva da lei penal, em virtude da qual a submissão do juiz é somente à lei [3].

Ainda que se queira o intérprete e aplicador do direito em ampliar o *quantum* limitativo das penas para fins de extradição extrapolando para além dos limites da Lei de Migração com aplicação da previsão do Código Penal, o faz em contrariedade à lei e em patente desrespeito à legalidade. Afinal, se a lei de Migração prevê que a extradição se exige uma responsabilidade executório penal de, no máximo, 30 anos não cabe ao juiz (ou Ministros) estendê-lo além dos balizamentos do legislador ordinário criminal. Considerar que para a extradição o limite da lei migracional é inexistente ou não aplicável á atentar contra as garantias criminais e processuais penais. Isso redundaria e degenera ainda, invariavelmente, em denegação e ineficácia dos principais tratados e cartas de direitos humanos ratificados e reconhecidos pelo Brasil.

Por fim, a forma pela qual a jurisprudência brasileira tratou da questão dos limites das penas para fins de extradição confronta o princípio *pro homine* ou da norma mais favorável ao sujeito de direitos, na matéria de proteção internacional dos direitos humanos. Implica, pois, em reconhecer a superioridade das normas de direitos humanos, e, em sua interpretação ao caso concreto ou à hipótese fática de realidade *sub judice*, na adoção da interpretação que dê posição mais favorável ao indivíduo [4]. Logicamente, uma interpretação mais favorável ao extraditando, caso os demais princípios anteriores informados não fossem suficientes, seria a de que o Brasil autorizaria a extradição — se e somente se — qualquer pena corporal, perpétua, de morte converter-se-ia em privativa de liberdade de até 30 anos, pois assim prescreve a Lei de Migração: lei ordinária proferida pelo legislador constitucional com participação dos Poderes Legislativo e Executivos, estes sim os únicos capazes de participar dos processos de internalização de tratados e de aprovar assumir responsabilidades e compromissos gravosos aos interesses nacionais.

Seguindo, portanto, a tradição brasileira de efetivação e proteção dos direitos humanos na ordem internacional e os compromissos assumidos pelo Brasil deve a Lei de Migração afastar a aplicação do Código Penal em relação às condições para extradição: especialmente quanto ao limite máximo de pena a ser cumprida no exterior. Dessa forma, necessária modificação, revisão e superação da jurisprudência pátria para sua conformação a esta realidade até que sobrevenha lei ordinária, seguindo o devido processo legislativo constitucional, a modificar referidas condições e limites.

[1] STF. 1ª Turma. Ext 1652/Governo do Chile, relatora ministra Rosa Weber, julgado em 19/10/2021.

[2] BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Volume I: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 68.

[3] FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 30.



[4] RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 08 ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 120.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-set-07/opinioao-extradicao-limites-pena-lei-migracao/>