

KELEN CRISTINA WEISS SCHERER

**A NOVA CONFORMAÇÃO JURÍDICO TRANSNACIONAL DA
EXTRADIÇÃO EM FACE DOS DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação do Curso de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

São Leopoldo, RS
2007

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

KELEN CRISTINA WEISS SCHERER

**A NOVA CONFORMAÇÃO JURÍDICO TRANSNACIONAL DA EXTRADIÇÃO EM
FACE DOS DIREITOS HUMANOS**

Orientador: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

São Leopoldo, outubro, 2007

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS**Reitor: Marcelo Fernandes de Aquino****Vice-Reitor: Aloysio Bohnen**

Scherer, Kelen Cristina Weiss
S326e A Extradicação e os Direitos Humanos na Sociedade Mundial /
Kelen Cristina Weiss Scherer. -- São Leopoldo: UNISINOS,
2007.
179 f.; 30 cm.
Orientação: Prof. Dr. Leonel Severo Rocha.
Dissertação (mestrado) – UNISINOS, Programa de Pós-
Graduação em Direito, 2007.
1. Extradicação. 2. Criminalidade Transnacional. 3. Tribunal
Penal Internacional 4. Sistema Social 5. Direito Internacional. I.
Rocha, Leonel Severo II. Universidade do Vale do Rio dos
Sinos. III. Título.

Programa de Pós-Graduação em Direito
Av. Unisinos, 950
Bairro Cristo Rei
CEP 93.022-000
São Leopoldo RS - Brasil
+55 (51) 3591 1122 Fax: +55 (51) 3590

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL Mestrado

A dissertação intitulada: “**A Extradção, Direitos Humanos e Sociedade Mundial**”, elaborada pela aluna Kelen Cristina Weiss Scherer, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 19 de setembro de 2007.

Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador Executivo
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Leonel Severo Rocha



Membro: Dr. Florisbal de Souza Del'Omó



Membro: Dra. Deisy de Freitas Lima Ventura



AGRADECIMENTOS:

Ao meu orientador, Prof. Dr. Leonel Severo Rocha, que me orientou em toda a tarefa de elaboração deste trabalho, estimulando sempre a observar os caminhos do conhecimento.

Ao meu marido, Victor, pelo carinho, incentivo e colaboração em todos os momentos.

Aos meus pais, Miguel e Ossônia, que sempre acreditaram em mim.

Aos meus sogros, Victor e Isis, pelo carinho e compreensão.

A toda a minha família, pelo apoio.

A todos os professores deste Curso de Pós-Graduação, pelos seus conhecimentos e dedicação.

Aos meus amigos, Ricardo e Cícero, pelos incentivos e conhecimentos compartilhados sempre em momentos oportunos.

RESUMO

A globalização ampliou e possibilitou a mobilidade social, potencializou o desenvolvimento da criminalidade transnacional. A nova forma de projeção dos delitos tradicionais devido aos aportes contemporâneos da tecnologia e comunicação e, fundamentalmente, com o surgimento de novas modalidades delitivas de estrutura transnacional deixam os Estados em situação de impotência policial e judicial. Não há como deixar de reconhecer a relevância da ajuda mútua entre os Estados que não são auto-suficientes o bastante para exercer a *persecutio criminis* em sentido universal. Sendo assim, aliado à Teoria dos Sistemas Sociais Autopoiéticos, torna-se importante o estudo do instituto da extradição como instrumento de cooperação judicial internacional na luta contra o crime e no combate a impunidade, e o surgimento do Tribunal Penal Internacional que tem a pretensão de garantir maior respeito aos Direitos Humanos.

Palavras-chaves: Extradicação; Criminalidade Transnacional; Tribunal Penal Internacional; Sistema social; Direito Internacional.

RESUMEN

La globalización amplia y posibilita la movilidad social, potencializando el desarrollo del crimen transnacional. La nueva forma de proyección de los delitos tradicionales debido a los aportes contemporáneos de la tecnología y comunicación, fundamentalmente, con el surgimiento de las nuevas modalidades delictivas de la estructura transnacional dejan a los Estados en una situación de impotencia policial y judicial. No se puede dejar de reconocer la relevancia de ayuda mutua entre los Estados que no son auto suficientes para ejercer a *“persecutio criminis”* en un sentido universal. Siendo así, aliado a la Teoría de los Sistemas Sociales Autopoieticos, se torna importante el estudio del instituto de la extradición – como un instrumento de cooperación judicial internacional en la lucha contra el crimen y el combate a la impunidad, conjuntamente con una análisis del Tribunal Penal Internacional que tiene el propósito de garantizar el respecto a los Derechos Humanos.

Principales palabras: Extradición; Criminalidad Transnacional; Tribunal Penal Internacional; Sistema Social; Derecho Internacional.

SUMÁRIO

1. A SOCIEDADE COMO SISTEMA SOCIAL MUNDIAL E A CRIMINALIDADE TRANSNACIONAL	19
1.1. A Evolução Social	19
1.1.1. A Sociedade Globalizada.....	22
1.1.2. Estado, Soberania e Globalização.....	25
1.1.3. A Teoria dos Sistemas e a Ruptura Epistemológica.....	33
1.1.4. Sociedade como Sistema Social Autopoiético	38
1.1.4.1. Sociedade e Comunicação	39
1.1.4.2. Autopoiesis do Sistema Social.....	45
1.1.4.3. As Estruturas dos Sistemas Sociais: Normativa e Cognitiva	49
1.1.5. O Direito como Sistema Social Autopoiético	54
1.2. A Criminalidade Transnacional.....	57
1.2.1. A Crescente Criminalidade	57
1.2.1.1. O Crime Organizado.....	61
1.2.1.2. O Tráfico de Mulheres, Crianças e de Órgãos Humanos.	63
1.2.1.3. Terrorismo	66
1.2.2. Direitos Humanos Agredidos	69
2. EXTRADIÇÃO: DOGMÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA E MECANISMO DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL.....	73
2.1. O Instituto da Exatradiação	73
2.1.1. Considerações Gerais e Antecedentes Históricos.....	73
2.1.2. Conceito, Natureza Jurídica e Fundamentos	76
2.1.3. Requisitos Extradicionais	81
2.1.4. A Importância do Instituto da Exatradiação.....	86
2.1.5. Classificação	88
2.1.6. Fontes do Direito Extradiciona.....	91
2.2. A Exatradiação no Brasil.....	92
2.2.1. Antecedentes Históricos Brasileiros	92
2.2.2. A Legislação	97
2.2.3. O Procedimento de Exatradiação	99
2.2.3.1. Prisão Preventiva	105
2.2.3.2. Direitos e Garantias Constitucionais	109
2.2.3.3. A Entrega do Exatraditando	111
2.2.4. Pessoas passíveis de Exatradiação	113
2.2.5. Crimes passíveis de Exatradiação	118
2.2.5.1. A Dupla Tipicidade e a Pena mínima aplicada ao Crime.....	119
2.2.5.2. Crimes Políticos e demais Fatos Criminosos Insuscetíveis à Exatradiação.....	120
2.2.5.3. Prescrição.....	123
3. EXTRADIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS	125
3.1. Exatradiação, Criminalidade Transnacional e Cooperação Internacional.....	125
3.1.1. O Sistema Jurídico e a Criminalidade Transnacional.....	125

3.1.2. Extradução e a Cooperação Penal Internacional	127
3.1.3. Extradução e Direitos Humanos	132
3.1.3.1. O Caso Pinochet	137
3.2. O Tribunal Penal Internacional, Direitos Humanos e a Extradução.....	140
3.2.1. O que é o Tribunal Penal Internacional?	140
3.2.2. Os Desafios ao Tribunal Penal Internacional	145
3.2.3. Conflitos entre Constituição Federal e o Estatuto de Roma	146
3.2.3.1. A Imunidade de Jurisdição e a Soberania	150
3.2.3.2. Prisão Perpétua	151
3.2.3.3. Extradução e Entrega	153
3.2.4. O Acoplamento Estrutural e o Combate à Impunidade	155
CONSIDERAÇÕES FINAIS	157
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	165

INTRODUÇÃO

A globalização ampliou e possibilitou a mobilidade social, potencializando o desenvolvimento da criminalidade transnacional. A toda hora, novas práticas delitivas surgem e ‘velhas’ práticas criminosas são aperfeiçoadas, exigindo o estudo da extradição como instrumento de cooperação judicial internacional na luta contra o crime e no combate à impunidade. Sendo assim, pretende-se analisar o instituto da extradição, sob a ótica da Teoria dos Sistemas, como forma de redução de complexidade do sistema social.

Entende-se que a relevância deste tema está na intensificação e diversificação das práticas criminosas, em especial às de caráter transnacional, que desafiam o Direito a produzir novas respostas jurídicas. O deslocamento dos indivíduos com o fim precípua de fugir do julgamento e condenação, após a prática deletéria, levou ao surgimento do instituto da extradição que, atualmente, diante da crescente globalização do crime, tem-se tornado um mecanismo de cooperação jurídica internacional para diminuir os índices de impunidade e, conseqüentemente, reprimir o crime.

O produto desta dissertação está situado na área de concentração pertencente à Teoria do Direito, dentre as disciplinas do Programa de Pós-Graduação do Mestrado da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Abordar-se-á o instituto da extradição aliado à Teoria dos Sistemas, buscando efetuar uma consulta ampla daquilo que se entende pertinente e relevante ao estudo do instituto da extradição. Objetiva-se desenvolver a leitura e a análise da bibliografia necessária à reflexão da extradição na sociedade atual, buscando-se a edificação do conhecimento, que resulte na possibilidade de extrair conclusões da pesquisa as quais venham a contribuir para o Direito e, em especial, para o instituto em estudo.

Por razões meramente metodológicas, opta-se em dividir o trabalho em três partes intituladas da seguinte forma: Primeira parte, “A sociedade como um sistema social mundial e a crescente criminalidade transnacional”; Segunda parte, “Extradição: dogmática jurídica brasileira e mecanismo de cooperação internacional”; e a Terceira parte, “Extradição como instrumento de proteção dos Direitos Humanos”. Salienta-se que as três partes do trabalho - subdivididas em dois subtítulos - não possuem a pretensão de ser estanques, mas interdependentes.

Na primeira parte da dissertação, analisar-se-á a sociedade moderna como um sistema social mundial. Para tanto, parte-se da análise da evolução social e do fenômeno da globalização. Pretende-se demonstrar que a sociedade moderna – que é globalizada – é fruto da evolução social e, por isso, paradoxal. A sociedade moderna, cuja característica é a diferenciação funcional, é paradoxal porque se distingue funcionalmente como forma de reduzir complexidade social e, desta forma, amplia as suas relações e diversifica as suas possibilidades, o que aumenta a complexidade e a contingência social.

Hoje, portanto, torna-se difícil imaginar uma sociedade que não seja diferenciada funcionalmente, ou seja, uma sociedade sem sistemas sociais parciais, como a economia, a ciência, a religião, a política, o Direito, etc.

A evolução social não chegou ao seu limite. A sociedade moderna transformou as relações econômicas, sociais e políticas, mas sobretudo, alterou as concepções de tempo e de espaço. Na sociedade globalizada não há mais como calcular os riscos decorrentes da própria complexidade social. É uma sociedade da incerteza, imprevisibilidade e rica em possibilidades que garantem a evolução social.

A *globalização* se afirma em todas as áreas do sistema social, transformando as bases conceituais das estruturas e dos processos da sociedade. As mudanças ocorrem com extrema rapidez; o desenvolvimento das telecomunicações e da biotecnologia talvez sejam os exemplos mais visíveis da intensificação das mudanças, demonstrando que na sociedade moderna as fronteiras territoriais são rompidas.

De fato, a globalização destrói as certezas, os espaços e o tempo. Os limites territoriais, pelos quais os Estados tanto lutaram entre si, desaparecem, principalmente em termos econômicos e sociais. Alteram-se as relações de poder e o Estado enfraquece, da mesma forma que se evidencia o erro de se pensar separadamente os assuntos internos e externos dos países, em todos os âmbitos. Observa-se a desterritorialização das relações sociais e a perda do poder regulatório por parte do Estado que deixa de ser o fundamento único de validade do Direito. O conceito de soberania, como vontade absoluta, una, indivisível, inalienável e imprescritível, não possui mais espaço na sociedade globalizada. As relações sociais intensificam-se e a complexidade cresce conjuntamente com o aumento da circulação de capitais, de bens, de pessoas, de informações. Conseqüentemente, o cotidiano individual sofre mudanças significativas.

Com o avanço da ciência e do industrialismo, a sociedade alterou seus métodos de produção, criando, as condições para a aceleração do uso dos recursos naturais. Com isso, a economia global cresceu rapidamente, mas, em contrapartida, desencadeou inúmeros problemas sociais, dentre eles o desemprego, a exclusão social, o aumento dos riscos ecológicos e a intensificação da criminalidade, com o surgimento de novos crimes, imprevisíveis e incalculáveis.

O Estado: ao mesmo tempo em que os Estados são largamente fragmentados, devem ser fortes o suficiente para implementar reformas necessárias, por exemplo, à economia. Pode-se dizer que o surgimento das pretensões universais da humanidade, referida pela emergência dos Direitos Humanos, é a fonte do questionamento em soberania estatal. Ademais, a globalização evidenciou o contexto de interação em escala mundial. As relações econômicas, por exemplo, interligam todas as partes do mundo; um fato local pode ter repercussão mundial.

Por outro lado, a globalização produz uma gama muito grande de comunicação, aumentando sensivelmente as possibilidades de escolha e de evolução social. Dessa forma, as estruturas da sociedade ganham novos contornos teóricos e deixam muitos 'em aberto', eis que a sociedade moderna é uma realidade em mutação constante e altamente complexa.

A sociedade global, portanto, emerge envolvendo Direitos Humanos, criminalidade transnacional, proteção do meio ambiente, dívida externa, saúde, educação, meios de comunicação em massa, satélites e outros itens, evidenciando-se que não se pode mais pensar em sociedades territoriais (sociedade brasileira, sociedade americana, etc), a não ser como subsistemas da sociedade mundial. A sociedade, portanto, é uma só, é uma sociedade mundial.

Neste sentido, entende-se que a Teoria dos Sistemas Autopoiéticos possui algumas vantagens na sua utilização, pois parte do pressuposto de que a sociedade é composta puramente de comunicação e não de pessoas. A teoria sistêmica adota como ponto de partida a diferenciação entre sistema e ambiente e concebe o universo como um complexo de operações não homogêneas. Assim, o mundo é formado por distintas classes de sistemas, de acordo com seu objeto de análises, o que obriga ao observador indicar o que pretende conhecer. Em qualquer processo de conhecimento, é importante uma comparação entre o diferente e o não-diferente. Porém, na concepção sistêmica, o objetivo dessa comparação não é identificar o que é idêntico, e sim observar a distinção entre identidade e diferença.

O sistema é a unidade da diferenciação entre identidade e não-identidade. A forma sistêmica possui dois lados: o interno, que é o sistema no sentido estrito, e o externo, que é seu ambiente. Apesar de seu fechamento no plano operacional, o sistema desenvolve relações cognitivas com seu ambiente. Assim, somente um acoplamento entre os dois lados da forma pode produzir a unidade da distinção entre diferença e identidade, o que implica afirmar que não há sistema sem ambiente. Essas características são próprias dos sistemas autopoiéticos.

A autopoiesis de um sistema consiste na possibilidade de auto-observação, que é a capacidade de estabelecer contato consigo mesmo e observar as irritações internas provenientes das relações cognitivas com seu ambiente (auto-referência); de auto-regulação, que é a capacidade de regular as diferenças entre sistema e ambiente; e de auto-reprodução, que significa poder produzir seus próprios elementos, processos e estruturas.

A sociedade é um sistema social autopoiético composto exclusivamente de comunicação, ou seja, é uma realidade emergente apta a produzir novas comunicações e sua formação decorre

da diferenciação produzida no interior das estruturas sociais, que tornam possível a redução de complexidade.

O sistema social é estruturado mediante a diferenciação funcional, ou seja, na tentativa de reduzir a complexidade bruta do mundo, a comunicação social se diferencia do seu ambiente e se especializa, formando os sistemas sociais, dentre eles o Direito, a Economia, a Política, etc. Estes, por sua vez, desenvolvem uma alta sensibilidade em relação aos problemas da sociedade, de forma que as temáticas sociais sejam observadas diferentemente por cada função. Cada sistema social tem uma função, e um não pode usurpar a competência do outro. Os preços dos bens e serviços, por exemplo, somente podem ser definidos pelo próprio sistema econômico. Isso não pressupõe um isolamento dos sistemas sociais, pois eles são fechados no plano operativo, mas abertos no plano cognitivo. A autopoiesis do sistema social é garantida pelo acoplamento estrutural, que permite a cada sistema uma abertura cognitiva com o seu ambiente.

Na sociedade moderna, portanto, não há limites territoriais para a comunicação, o que significa dizer que os problemas também se tornam globalizados. A exemplo, cita-se o crime organizado, cuja estrutura passou a ter caráter, predominantemente, transnacional, envolvendo outras práticas criminosas como o tráfico de drogas, de armamentos, à exploração sexual, lavagem de dinheiro, dentre outras, formando, efetivamente, um sistema criminal transnacional. Este sistema, além de violar gravemente os Direitos Humanos, causa revolta à sociedade pela alta taxa de impunidade, uma vez que seus autores utilizam-se das fronteiras territoriais dos Estados para fugir do ordenamento jurídico penal.

O desenvolvimento da criminalidade transnacional (perdendo apenas para os efeitos no meio ambiente) é um dos mais perversos efeitos da globalização, que se desenvolve por meio da atividade econômica das grandes corporações multinacionais¹, em nível transnacional ou mesmo planetário. A magnitude dessas interações criminosas transnacionais e o elevado percentual de

¹ Por empresa multinacional entende-se aquela que atua em vários países através de suas filiais. Normalmente nasce de uma empresa nacional com características bem definidas em função de seu país de origem e da comunidade onde primeiro se estabeleceu. Já, uma empresa transnacional é aquela que tem sua produção descentralizada e espalhada por vários países. Pode surgir de uma empresa nacional, mas também pode já nascer como empresa transnacional ou global, ou seja, produz mercadorias num país somente para vender em outros. Não costuma estabelecer vínculos fortes com qualquer comunidade em especial.

impunidade têm um impacto considerável sobre o Direito. O Direito, como estrutura dessa sociedade, está com dificuldades de desempenhar a sua função de redutor da complexidade social, pois está adstrito ao espaço nacional. Espaço este que não existe em relação a outros subsistemas sociais, nem tampouco para a criminalidade transnacional. Por isso, a teoria do Direito depende, na atualidade, de uma teoria da sociedade.

Ou seja, em plena forma da sociedade globalizada, tem-se uma Teoria do Direito limitada à noção kelseniana de Estado e de norma jurídica. A perspectiva kelseniana, normativista - dependente de uma noção forte de Estado e cuja normas jurídicas são articuladas em termos hierárquicos - tem sua efetividade crescentemente desafiada pelo aparecimento de regras, espontaneamente, geradas nos diferentes ramos e setores da economia. A teoria dos sistemas, portanto, aliada às categorias risco, contingência e complexidade, pode ser uma opção para a abordagem mais sofisticada da complexidade social, eis que a observação do Direito - e em especial do instituto da extradição - dentro da globalização, implica relacioná-lo com a complexidade e com todos os processos de diferenciação e regulação que estão surgindo.

Sendo assim, faz-se a abordagem de alguns crimes transnacionais que violam os Direitos Humanos e que causam ‘perturbações’ à sociedade e ao sistema jurídico. O crime organizado, por sua vez, é identificado como “crime globalizado” e se desenvolve de diversas formas, sendo que a primeira é o tráfico de drogas e o contrabando de armas de fogo. O tráfico de mulheres, o de crianças e o de órgãos humanos causam repúdio a sociedade e geralmente são conseqüências de outras práticas criminosas - igualmente perversas - como a prostituição, o turismo sexual e o tráfico de drogas. Para realizá-los, associam-se ainda outras práticas delitivas tais como: a formação de quadrilha, a falsificação de documentos e a evasão de divisas.

Os crimes transnacionais, incluindo-se aí o terrorismo violam os Direitos Humanos, causam revolta à sociedade e ao sistema jurídico pela alta taxa de impunidade, exigindo-se o estudo do instituto da extradição como um dos meios para combater essa impunidade internacional, razão pela qual se faz a análise da dogmática jurídica brasileira do instituto da extradição.

Opta-se por fazer, inicialmente, algumas considerações gerais e históricas para, posteriormente, estudar os conceitos, os fundamentos e requisitos extradicionais no Brasil e no mundo. Efetua-se uma busca dos antecedentes históricos brasileiros e, em seguida, a análise das características da extradição, tanto na doutrina como nas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro. O objetivo é fornecer uma visão ampla e interdisciplinar do instituto da extradição no ordenamento jurídico brasileiro como mecanismo de cooperação jurídica internacional.

Ao longo da história, as noções de extradição, deportação e expulsão eram muitas vezes confundidas, sendo estes institutos utilizados para o mesmo fim: retirar o estrangeiro do território. O asilo, da mesma forma: era freqüentemente concedido pelos Estados que – negando de forma reflexa a extradição - acolhiam a pessoa acusada ou já condenada em seu país por delitos de natureza política. Embora largamente utilizado no passado, é no século XX, com a consolidação do fenômeno da globalização e do conseqüente aumento de crimes transnacionais que a extradição passa a ocupar uma posição de destaque na sociedade mundial, com o fim específico de reprimir práticas delitivas que operam sem fronteiras.

O instituto da extradição está inserido tanto no Direito Internacional como no Direito interno dos diferentes países contemporâneos e fundamenta-se na cooperação internacional entre todas as organizações estatais do sistema social mundial. No Brasil, o instituto jurídico da extradição está disciplinado na Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980 (artigos 76 a 94), na Constituição Federal de 1988 (artigo 5º, incisos LI e LII, art. 22, inciso XV e artigo 102, inciso I, alínea ‘g’) e no Regimento Interno do STF (artigos 207 a 214), possuindo a peculiaridade de ser tratada basicamente ao nível jurisprudencial, isto é, através das decisões do Supremo Tribunal Federal.

As controvérsias em sede de extradição emanam das posições sustentadas pelo Supremo Tribunal Federal e os debates são concernentes às questões da nacionalidade do extraditando, do respeito ao devido processo legal, da ressalva da comutação da pena de morte e pena de prisão perpétua, da prisão preventiva, bem como dos efeitos da cláusula permissiva de entrega de brasileiro naturalizado para outro país.

Sob bandeira de combater a impunidade e refrear a criminalidade, o Brasil celebrou diversos tratados internacionais, eis que a realização dos Direitos Humanos é fundamental para a consecução de um Estado e condição de inserção internacional de um país. O desafio a ser superado pela extradição é passar de simples assistência judiciária internacional para obrigação jurídica internacional.

Na terceira e última parte deste trabalho de pesquisa, analisa-se a extradição como meio de combate à impunidade e como forma de assegurar expectativas normativas e, conseqüentemente, de implementação dos Direitos Humanos.

A nova forma de projeção dos delitos tradicionais devido aos aportes contemporâneos da tecnologia e comunicação e, fundamentalmente, o surgimento de novas modalidades delitivas de estrutura transnacional deixam os Estados em situação de impotência policial e judicial. Há um conflito de caráter espacial entre a competência do Estado e do Direito, que é limitada ao território nacional, e a alcance da criminalidade, que extrapola as fronteiras do Estado nacional. Conseqüentemente, o Direito não consegue produzir comunicação suficiente para diminuir a complexidade da sociedade globalizada e reduzir os índices de impunidade.

Desse contexto, o Direito precisa captar o dinamismo e a interdependência presente na sociedade globalizada, a qual não concebe um Direito imutável ou isolado às transformações sociais, pois o sistema jurídico pertence à sociedade e a realiza. Nesse sentido, os Tratados Internacionais – em especial os referentes à extradição – efetuam o acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e político, através do Estado, e passam a constituir um elemento de ambos os sistemas, representando expectativas normativas e políticas (cognitivas).

Deve-se reconhecer a relevância da ajuda mútua entre os Estados que não são auto-suficientes o bastante para exercer a *persecutio criminis* em sentido universal. Mais do que isso, porém, não se pode deixar de reconhecer a obrigação jurídica internacional, perfectibilizada pelo Tratado Internacional ou promessa de reciprocidade, assente na necessidade de se efetivar a proteção à pessoa humana.

Diante da crescente criminalidade, se confere ao Direito a expectativa de transformador social, exigindo-lhe a tomada de decisões a partir da programação finalística, que permite ao Direito antecipar o futuro, decidir diferente, produzir tempo. Por essa razão, entende-se pertinente observar a extradição do ex-ditador chileno Augusto Pinochet, que configurou um avanço do instituto e, por conseguinte, do Direito Internacional.

Ademais, o sistema jurídico e político diferenciam-se funcionalmente, com o objetivo de combater a impunidade e tornar efetiva a jurisdição, elegendo formas jurídicas de cooperação internacional e efetivar o combate à impunidade. Nesse contexto, o Estatuto de Roma, que cria um Tribunal Penal Internacional permanente, representa uma evolução social do sistema jurídico.

O Tribunal tem por objetivo julgar crimes internacionais que atentem contra os Direitos Humanos, apresentando-se como uma resposta aos obstáculos opostos à extradição. A Corte Permanente reforça a necessidade da cooperação judicial internacional e requer respeito aos Direitos Humanos. Por isso, faz-se a análise de certas questões que se colocam ao Direito com a incorporação do Tratado no ordenamento jurídico brasileiro, dentre elas: se a soberania pode conviver com essa nova jurisdição da Corte Penal, que elide qualquer possibilidade de invocação da imunidade de jurisdição por parte daquele que cometeu o crime contra a humanidade; se a previsão de prisão perpétua não se torna um obstáculo ao Brasil, já que a Constituição Federal proíbe a aplicação de pena superior a 30 anos; e, por fim, a questão de saber se o instituto da entrega se choca com a proibição constitucional de extraditar nacionais.

1. A SOCIEDADE COMO SISTEMA SOCIAL MUNDIAL E O SISTEMA CRIMINAL TRANSNACIONAL

1.1. A Evolução Social

A sociedade moderna tem como característica a diferenciação funcional. A diferenciação funcional, cada vez mais complexa, marca a diferença em relação às sociedades arcaicas, cuja característica era a segmentação, e às sociedades antigas, estratificadas a partir de hierarquias. A sociedade moderna é fruto da evolução social, ou seja, de um verdadeiro paradoxo, eis que a sociedade aumenta a sua complexidade como forma de reduzir a complexidade bruta do mundo e as contingências sociais². Por conseguinte, aumenta a complexidade e os riscos sociais. Dito de outra maneira, a sociedade cada vez mais se diferencia em subsistemas ou sistemas parciais, como a economia e o Direito que, por sua vez, diferenciam-se internamente, a exemplo, Direito civil, ambiental, penal, etc., desenvolvendo mecanismos sofisticados de comunicação. Com este processo, o sistema social amplia suas relações e diversifica as suas possibilidades.

Fruto da evolução social e caracterizada pela ruptura de ordens tradicionais e por ser funcionalmente diferenciada, a modernidade³ emergiu no século XVII como uma nova organização social. Hoje se torna difícil imaginar uma sociedade que não seja funcionalmente diferenciada, uma sociedade sem economia, política, religião, ciência e Direito⁴.

A evolução social, entretanto, não chegou no seu limite. A modernidade não é o auge da evolução. De acordo com Niklas Luhmann, o processo de evolução social apenas garante que a sociedade de amanhã será diferente e mais complexa. Enfatiza o autor que “a teoria da evolução

² LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, p. 45-46.

³ Segundo GIDDENS, “Modernidade refere-se a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência”. GIDDENS, Anthony. *As Conseqüências da Modernidade*. Trad. de Raul Fiker. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1991, p. 11.

⁴ Luhmann entende que dificilmente haverá alternativa para substituir a função da diferenciação funcional. (LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la Modernidad: Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997, p.46).

já abandonou a concepção de causas determinantes e de caminhos previamente traçados para um desenvolvimento linear e contínuo; a probabilidade da evolução reside exatamente no fato de ela poder ocorrer de diferentes modos”⁵. O presente é marcado, portanto, por incerteza, imprevisibilidade e riqueza de possibilidades que garantem a evolução social – sem condições de se prever um futuro melhor ou pior, apenas diferente de hoje – e, conseqüentemente potencializam o risco de uma decisão não corresponder às expectativas.

Beck⁶ diferencia a evolução em três fases: a sociedade pré-industrial, sociedade industrial e sociedade de risco global. Na sociedade pré-industrial, os perigos são externos e decorrentes da ação da natureza, sendo os problemas considerados inevitáveis, eis que independem de decisões. Na sociedade industrial, os riscos são decorrentes da própria ação humana (acidentes de trabalho, desemprego), fazendo com que se adotem mecanismos de cálculos dos riscos e que se criem instituições e leis com o fulcro de eliminar ou diminuir os impactos dos riscos localizados. Na sociedade de risco global, atinge-se um nível de complexidade onde não é mais possível calcular os riscos decorrentes da própria complexidade social⁷.

Constata-se certa continuidade na evolução das instituições sociais. “A história começa com culturas pequenas e isoladas de caçadores e coletores, movimenta-se através do desenvolvimento de comunidades agrícolas e pastoris e daí para a formação de estados agrários, culminando na emergência de sociedades modernas no Ocidente”⁸. Todavia, na sociedade moderna⁹, as mudanças ocorrem com extrema rapidez; o desenvolvimento das

⁵ LUHMANN, *Sociologia do direito I*. Op. cit., p. 193.

⁶ BECK, Ulrich. *Teoria social e ambiente*. Trad. de Ana Maria André. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, p. 233-234.

⁷ Beck inicialmente havia denominado a terceira fase como sociedade do risco. Posteriormente, devido à intensificação do processo de globalização, Beck passou a denominar a sociedade do risco global. (Ver, nesse sentido, sua obra sobre a sociedade do risco: BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Trad. de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo veintiuno de espana editores, 2002).

⁸ GIDDENS, *As conseqüências da Modernidade*. Op. cit., p. 15.

⁹ Em que pese discussões e estudos em torno da existência de uma fase pós-moderna na sociedade contemporânea, Niklas Luhmann afirma que tudo se passa no plano da semântica: “Considero a discussão em torno da modernidade e da pós-modernidade como extremamente infeliz e unilateral. Tudo se passa no plano da semântica, sobre o significado do que seja ‘pós-modernidade’, não descendo ao exame das estruturas sociais. No entanto, se pensarmos sobre como as sociedades modernas se distinguem das sociedades tradicionais, então os traços dominantes da modernidade continuam presentes nas sociedades atuais, não se verificando nenhuma ruptura com ela e passagem a uma pós-modernidade. Sem dúvida, há uma elaboração diversa de certos efeitos, por exemplo no campo do Direito, ou novas formas de financiamento na economia, bem como uma crise do Estado-Nação, que não foram perceptíveis no século XIX.” (Cf. LUHMANN, Niklas. Entrevista realizada no dia 7.12.1993, Recife, PE. In: GUERRA FILHO,

telecomunicações e da biotecnologia talvez sejam os exemplos mais visíveis da intensificação das mudanças. Da mesma forma, o escopo da mudança esteja no fato de que na sociedade moderna não há fronteiras territoriais; as transformações econômicas, os riscos ecológicos e a criminalidade são exemplos que não se prendem à dimensão espacial¹⁰.

De fato, a sociedade moderna não parou no tempo e cada vez mais 'irritada' pela complexidade de seu ambiente, reagiu e produziu novas formas sociais, aumentando a sua complexidade e a de seu ambiente. De acordo com Beck¹¹, a evolução social distinguiu a modernidade em duas fases: a primeira, caracterizada pelo Estado-nação, pelos limites territoriais, pela crença no progresso, no controle, na certeza jurídica; e a segunda, fundada na globalização, na individualização, no subemprego, nos riscos globais, no desemprego, na ameaça de colapso dos mercados financeiros mundiais, na criminalidade transnacional.

A ciência, a técnica, as relações econômicas operam no plano mundial. Acontecimentos locais podem repercutir mundialmente. A criminalidade e a degradação ecológica são exemplos desse tipo de problema: embora decorram de ações localizadas, normalmente afetam todo o sistema global. Destarte, a intensidade das transformações ocorridas enfraquecem o Estado e o sistema jurídico, por sua vez, passa a viver a exaustão paradigmática de seus principais modelos teóricos e analíticos, impondo a necessidade de se procurar alternativas.

Desta forma, faz-se necessário aclarar no que consiste a sociedade globalizada, bem como os fundamentos da crise da soberania estatal e para o sistema jurídico.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p.98).

¹⁰ GIDDENS, *As conseqüências da Modernidade*. Op. cit., p. 15-16.

¹¹ BECK. *La sociedad del riesgo global*. Op. cit., p. 2.

1.1.1. A Sociedade Globalizada

O termo globalização descreve várias transformações que ocorreram de forma marcante, principalmente na passagem do século XX para o século XXI, quando não há mais lugar para um mundo dividido. O século XX foi marcado por diversidades: de um lado, a miséria, a guerra, exclusão social; de outro, o progresso tecnológico e científico, a difusão mundial dos Direitos Humanos. Tais diversidades ocorreram no seio da globalização¹². De fato, a “globalização é um processo generalizado, que interessa a todas as disciplinas porque cobre todos os campos das atividades humanas”¹³.

O sistema capitalista emerge como modo de produção na sociedade globalizada que se forma, se expande e se transforma em moldes internacionais. Tais transformações se registram nos âmbitos econômicos, políticos, tecnológicos e culturais e aquilo que anteriormente era assunto adstrito à esfera nacional, torna-se preocupação internacional, externa, referente à harmonia da sociedade global¹⁴. O alcance mundial do capitalismo, que se esboça desde os seus primórdios, desenvolve-se de maneira particularmente aberta no século XX. Assim, anuncia o declínio do Estado-nação; ainda: a internacionalização da produção, a globalização das finanças e seguros comerciais, a mudança da divisão internacional do trabalho, a expansão crescente das multinacionais, a intensificação dos acordos comerciais entre nações que formam blocos econômicos regionais, hegemonia dos conceitos neoliberais no que se refere ao sistema econômico, a tendência à democratização e o aparecimento de atores supranacionais e transnacionais, dentre outras mudanças.

A globalização, antes de tudo, identifica-se com a intensificação crescente de interação social, alterando as relações de poder e evidenciando o erro de se pensar separadamente os assuntos internos e externos dos países, em todos os âmbitos. A sociedade global, portanto, emerge envolvendo Direitos Humanos, narcotráfico, proteção do meio ambiente, dívida externa,

¹² BARRETO, Vicente de Paulo. Globalização e Democracia Cosmopolita. *In Revista da Faculdade de Direito*. V.1.-n. 6 e 7, Rio de Janeiro: UERJ, 1998-1999, p. 349.

¹³ ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização: lições de Filosofia do Direito e do Estado*. Trad. Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 28.

¹⁴ IANNI, Octavio. *A sociedade Global*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1998, p. 43.

saúde, educação, meios de comunicação em massa, satélites e outros itens. No entanto, “ao contrário do que possa parecer não gera ‘ordem global’ (coesão social, uniformidade, unidade, estabilidade, harmonia), mas produz ‘desordem global’ (contradições, riscos, tensão, complexidade, desordem, contingência, desintegração, desigualdade)”¹⁵.

De fato, a globalização e seus impactos não são homogêneos e, por isso, qualquer análise desse fenômeno deve ter em mente que se trata, efetivamente, de um processo irregular, que não é vivido nem experimentado de maneira uniforme¹⁶. O próprio termo globalização é ambíguo e vago, existindo diferentes visões e definições a seu respeito. Alguns autores a consideram simplesmente como um fenômeno econômico que se reporta quase que exclusivamente à integração de mercados financeiros e comerciais. Outros procuram dar mais atenção aos aspectos relativos à dimensão de comunicação do evento ou então a dimensões culturais, tecnológicas, migratórias ou ecológicas para afixarem a existência de um processo de interdependência mundial.

O sociólogo Octavio Ianni procurou definir a globalização como um novo surto de universalização do capitalismo, como modo de produção e processo civilizatório, pois para o autor, a globalização seria um processo que simultaneamente “desafia, rompe, subordina, mutila, destrói ou recria outras formas sociais de vida e de trabalho, compreendendo modos de ser, pensar, agir, sentir e imaginar”¹⁷.

Na doutrina internacional, Néstor García Canclini assevera que a globalização não se confunde com o processo de internacionalização e transnacionalização. Na internacionalização da economia todas as mensagens e bens consumidos em cada país se produzem ali mesmos; as informações e objetos externos que enriqueciam a vida cotidiana deviam passar pelas aduanas, submeter-se às leis e controles que protegiam a produção própria. Já a transnacionalização, é um

¹⁵ MARTINS, Flávio Alves. “Globalização” e Contemporaneidade. In: *Curso de Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luís Ivani de Amorim Araújo pelo seu 80º aniversário*. (Org.) Florisbal de Souza Del’Olmo. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 340.

¹⁶ “A Integração, embora regional, convive com a Globalização, de alcance mundial, que a prática demonstrou trazer maiores benefícios aos países centrais e não aos periféricos. (...) Em certas áreas a Globalização aumenta o nível de emprego (de certo tipo sofisticado de emprego) mas, na quase-totalidade das vezes ela gera desemprego estrutural, apartheid tecnológico e crises sociais, gerando aumento de custo e corrupção, o que ensejou uma Convenção Internacional sobre a matéria”. (MATTOS, Adherbal Meira. Soberania e a nova ordem mundial. Op. cit., p. 3 a7).

¹⁷ IANNI, Octavio. *A Sociedade Global*. Op. cit., p.19.

processo que vai se formando através da internacionalização da economia e da cultura, possuindo alguns avanços a mais - desde a primeira metade do século XX -, pois engendra organismos, empresas e movimentos cuja sede não é exclusiva de nenhuma nação. A exemplo o autor cita a Philips, Ford e Peugeot que abarcam vários países e se movem com bastante independência pelo mundo. Não obstante, o movimento de interconexão com os Estados e as populações respectivas levam a marca das nações originárias. Hollywood transmitiu ao mundo a visão dos Estados Unidos a respeito das guerras e as novelas do Brasil emocionaram os italianos e muitos outros com a maneira pela qual concebiam a coesão e as rupturas familiares¹⁸. A produção, circulação e consumo se tornaram mais complexas e interdependentes.

Para Canclini¹⁹, a globalização foi preparada nestes dois processos prévios através de uma intensificação de dependências recíprocas, o crescimento e a aceleração de redes econômicas e culturais que operam em escala mundial e sobre uma base mundial. As “dimensiones económicas, financieras, migratorias y comunicacionales de la globalización son reunidas por varios actores (Appadurai, 1996; Giddes, 1999; Sassen, em prensa) al afirmar que la globalización es un régimen de producción del espacio y el tiempo”²⁰.

De fato, em que pese os diversos conceitos e posições axiológicas a respeito do termo globalização, tem-se que este fenômeno não é apenas uma interdependência econômica, mas uma transformação na forma da sociedade, refletindo também uma transformação no tempo e no espaço em nossas vidas. Nada é estanque ou eterno na sociedade globalizada. As estruturas da sociedade ganham novos contornos teóricos e deixam muitos “em aberto”, eis que a sociedade moderna é uma realidade em mutação e altamente complexa.

(...) A globalização econômica é um fenômeno altamente seletivo, contraditório e paradoxal, jamais podendo ser tomado como sinônimo de universalização no que se refere, por exemplo, à partilha equitativa de seus resultados materiais e ao acesso de todos ao que é comum. Portanto, por globalização se entende basicamente essa integração sistêmica da economia em nível supranacional, deflagrada pela crescente diferenciação estrutural e funcional dos sistemas produtivos e pela subsequente ampliação das redes empresariais, comerciais e financeiras em escala mundial, atuando de modo cada vez mais independente

¹⁸ CANCLINI, Néstor García. *La globalización imaginada*. Buenos Aires: Paidós, 2000, p. 45-46.

¹⁹ Idem, *Ibidem*, p. 46-47.

²⁰ Idem, *Ibidem*, p. 46-47.

dos controles políticos e jurídicos ao nível nacional, esse fenômeno, como afirma Habermas, acaba comprometendo mortalmente a “idéia de republicana de comunidade”. Desenvolvida a partir da ‘praxis da autodeterminação coletiva’, numa ‘dimensão ético-cultural’, essa foi a idéia em torno da qual forjou-se, organizou-se e institucionalizou-se o Estado-nação – aquele que, em outras palavras, ‘vigia quase neuroticamente suas fronteiras’. Globalização significaria, nesta linha de raciocínio, violação, quebra, transgressão e ruptura²¹.

O mundo ficou menor, as distâncias assumiram outra perspectiva e o contato entre os seres humanos se tornou muito mais efetivo do que antes. “Reforçam-se simultaneamente segurança e insegurança, determinação e indeterminação, estabilidade e instabilidade”²².

(...) Trata-se da produção de simultaneidade entre a presença e a ausência que somente é possível devido a sua impossibilidade. Este paradoxo é constitutivo da nova forma de sociedade que começamos a experimentar, e, nesse sentido, é um convite a reinventar, uma vez mais, o político e o Direito²³.

O paradoxo desencadeado pela globalização também se verifica em relação ao Estado que, apesar de altamente fragmentado – a soberania una, indivisível e imprescritível não condiz com os aportes globais – deve ser soberano o suficiente para implementar reformas às novas necessidades da economia²⁴.

1.1.2. Estado, Soberania e Globalização

A existência do Estado é registrada milenarmente pela história. Embora o estudo mais sistemático do Estado esteja associado à emergência do Estado Moderno, a preocupação com a organização Política é bem antiga, remontando à antiguidade clássica e já sendo tratada nas obras de Platão (428-437 a. C.) e Aristóteles (384-322 a. C.)²⁵. É possível afirmar que as mudanças na

²¹ FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 52, 53.

²² DE GIORGI, Raffaele. *Direito, Democracia e Risco: vínculos com o Futuro*. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 192.

²³ ROCHA, Leonel Severo. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed, 2005, p. 45.

²⁴ CAMPILONGO, Celso. *O Direito na Sociedade Complexa*. Op. cit., p. 120.

²⁵ Maquiavel foi o primeiro a utilizar e a denominar o Estado (*Stado*) para referir-se ao poder político organizado. A preocupação de Maquiavel era como conservar, reforçar e, eventualmente, reformular o Estado. Não questionava acerca do que era, nem porque existia o Estado. O Estado era de interesse político, conquistá-lo e mantê-lo eram as

estrutura da sociedade são reflexos nos diferentes períodos históricos²⁶. Ou seja, da evolução social resultam alterações também na concepção de Estado e do Direito.

Observa-se que, inicialmente, a idéia de Estado era ligada à idéia de poder divino, ou seja, baseada em fundamentos teocráticos, que mantinham na Antigüidade a monarquia universal, realizável à base da submissão das Nações estrangeiras²⁷. Entretanto, a partir da Revolução Industrial, houve uma grande transformação nas estruturas sociais, sobretudo no sistema econômico e no sistema político. Na economia, a burguesia, motivada pelo lucro, intensificou as relações comerciais e promoveu o capitalismo, que, por sua vez, contribuiu para o desenvolvimento do Industrialismo. Giddens, concordando com Marx, afirma que a emergência do capitalismo precedeu o desenvolvimento do industrialismo e forneceu muito do ímpeto para sua emergência²⁸. Na política, com a conquista do poder por parte da burguesia, houve a consolidação do Estado nacional, que deve ser racionalizado integralmente segundo os interesses da sociedade. Essa racionalização era requerida essencialmente pelas necessidades de cálculo e

questões principais dos governantes. (MAQUIAVÉL, Nicolau. *O Príncipe*. In: Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova cultural, 1999, p. 148 a 150).

²⁶ As transformações ao longo dos séculos XIV, XV e XVI, com a gradativa superação do sistema de produção feudal e com o advento do capitalismo mercantil, forçaram a redefinição do Estado em si, tornando-o forte e centralizado. (PETERSEN, Aurea. *O Estado*. In Ciências Políticas: textos introdutórios. Porto Alegre: Mundo Jovem, 1997, p. 53.) No final de século XVII, com Locke, e no século XVIII, com Rousseau, passou-se a defender a postura de um Estado Liberal e contra-ataque ao Estado Absolutista da época. Advogavam-se as idéias burguesas – já detentora do poder econômico - que buscavam a participação no poder político, defendendo a máxima racionalização e delimitação legal da autoridade. Locke, por exemplo, elucidava que os homens – livres e iguais – delegavam ao Estado, através de um contrato social, poderes para que aquele assegurasse os seus Direitos naturais, assim como a sua propriedade. Já Rousseau, aclarava que os homens não podem renunciar os seus bens mais essenciais do Estado Natural: a liberdade e a igualdade. A desigualdade entre os homens compromete toda a liberdade individual, sendo a propriedade privada a origem de todos os males da humanidade.(ROUSSEAU, Jean Jackes. *O Contrato Social e outros ensaios*. São Paulo: Ed. Cultrix, 1978, p. 175). Assevera-se que no final do século XVII, a lei divina que fundamentava a hierarquia política é substituída pela formulação sistemática dos direitos naturais e a atribuição ao Estado da tarefa de realização do bem comum. O Iluminismo destruiu o Estado Medieval – que tinha sua legitimação baseada na argumentação de que o poder do Estado advinha de Deus -, trazendo a máxima de que tudo pode ser explicado pela razão. Assim, o Estado passou a ser obra dos homens e sua legitimidade advinha da vontade popular. O poder do soberano desvinculou-se do patrimônio; o soberano passou a ser mandatário do povo. O comum nas idéias de Locke e Rousseau é que ambas caracterizavam as pretensões da burguesia no século XVIII, qual seja: chegar ao poder político. “O Estado surgiu como a Revolução Gloriosa representava as principais aspirações da burguesia”. (COSTA, Nelson Nery. *Ciência política*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 118).

²⁷ “Não havia entre aqueles povos uma comunidade de valores, em escalonamento hierárquico, na qual se pudesse basear uma estimativa geral de concordância, fundamentalmente necessária ao seu assento normativo”.(BOSON, Gerson de Britto Mello. *Constitucionalização do Direito Internacional*. Internacionalização do Direito Constitucional. Direito Constitucional Internacional Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 103).

²⁸ GIDDENS, A. *As Conseqüências da Modernidade*. Op. cit., p.67.

segurança inerentes à produção capitalista²⁹. E como diz Giddens: “Se o capitalismo foi um dos grandes elementos institucionais a promover a aceleração e expansão das instituições modernas, o outro foi o Estado-Nação”³⁰.

No século XX, as mudanças ocorridas no mundo em razão da globalização desencadearam a crise do Estado. O Estado³¹ concebido, tradicionalmente, “como uma ordem jurídica relativamente centralizada, limitada no seu domínio espacial e temporal de vigência, soberana e globalmente eficaz”³², caracterizada, portanto, pela presença de três elementos constitutivos: poder, povo e território, está enfraquecido, fragilizado. Esta concepção kelseniana, a qual os elementos constitutivos do Estado somente podem ser conceituados juridicamente, ou seja, “eles apenas podem ser apreendidos como vigência e domínio de vigência (validade) de uma ordem jurídica” e onde esta tem como fundamento único de validade, o Estado, contrasta com a realidade contemporânea.

²⁹ De acordo com Grau: “O Direito posto por esse Estado moderno, Estado burguês, encontra seu fundamento de legitimidade exclusivamente na violência, sem nenhum compromisso ético... Por isso mesmo é que a justiça não é um assunto a ser tratado no quadro do direito moderno”. (GRAU, Eros Roberto. Mercado, Estado e Constituição. *In Diálogos Constitucionais*. Brasil/Portugal. Antônio José Avelãs Nunes, Jacinto de Miranda Coutinho (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 211-213.

³⁰ GIDDENS, A. *As Conseqüências da Modernidade*. Op. cit., p.68.

³¹ A doutrina conceitua o Estado da seguinte forma: Para Kelsen, o Estado “define-se como uma ordem jurídica relativamente centralizada, limitada no seu domínio espacial e temporal de vigência, soberana ou imediata relativamente ao Direito Internacional e que é, globalmente ou de um modo geral, eficaz”. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de Joaquim Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 318 a 321). Segundo Meirelles, o conceito de Estado varia segundo o ângulo em que é considerado. (MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª ed. rev. atual. Por Eurico de Andrade Azevedo, Décio Balestero, Aleixo e José Manuel Burtle Filho. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 54). Do ponto de vista político, “o Estado é uma associação humana (povo), radicada em base espacial (território), que vive sob o comando de uma autoridade (poder) não sujeita a qualquer outra (soberana)”. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 45). Sob o prisma constitucional, CANOTILHO leciona que o “Estado é, assim, uma forma histórica de organização jurídica do poder dotada de qualidades que a distinguem de outros ‘poderes’ e ‘organizações de poder’”. (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 89). Na concepção de SILVA, o Estado é uma ordenação que tem por fim específico e essencial a regulamentação global das relações sociais entre os membros de uma dada população sobre um dado território. Em sua definição, o doutrinador destaca os quatro elementos constitutivos, entre os quais o termo ordenação dá a idéia de poder institucionalizado, governo constitucional. (SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 42). Na seara do Direito Internacional, Accioly e Silva, definem o Estado como sendo um agrupamento humano, estabelecido permanentemente num território determinado e sob um governo independente”. Segundo o autor, é necessária a existência de um governo soberano, isto é, de um governo não subordinado a qualquer autoridade exterior e cujos únicos compromissos sejam pautados pelo próprio DI”. (ACCIOLY, Hildebrando e SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. *Manual de Direito Internacional Público*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 83/84).

³² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 46.

Conforme destaca Canotilho³³, o modelo descrito caracteriza o Estado emergente da Paz de Westefália (1648), que está em crise em razão da globalização, da internacionalização e da integração interestatal, mas que operativamente continua sendo modelo de comunidade juridicamente organizada.

A intensificação de situações de interdependência em escala mundial “desterritorializa” as relações sociais³⁴. Os próprios Direitos Humanos relativizam o papel do Estado-nação, que possui - dentre os seus traços característicos - a territorialidade como unidade privilegiada de interação. O primeiro elemento da formação nacional é o território³⁵ e, de acordo com Streck e Morais³⁶, a sua noção está ligada à idéia de soberania, pois é dentro dos limites territoriais que ela – a soberania – poderá ser exercida na sua plenitude, inclusive como limitação à ação externa.

³³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 7ª ed. Coimbra : Livraria Almedina, 2003, p. 90.

³⁴ FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 15.

³⁵ A palavra território tem sua origem nos verbos “*terrere*” e “*territare*”, que significam intimidar e espantar. O conceito de território, ao longo da História, esteve, na grande maioria das vezes, ligado a idéia de propriedade ou de direito real. No período medieval, o tamanho do território era proporcional ao poder e a riqueza, que integravam os pertences do soberano. Posteriormente, a concepção patrimonial em favor do príncipe perdeu espaço em razão da defesa dos interesses dos particulares. Atualmente, o território perde importância e surgem teorias que tentam explicar o fenômeno. Pode-se dizer que, atualmente, a teoria do território-objeto, defendida por Rui Barbosa, substituiu a idéia medieval do território em poder do príncipe transferindo-o ao poder do Estado. Por essa razão, foi e é alvo de inúmeras críticas. Já, a teoria do território-sujeito, que tem como o principal defensor George Jellinek, advoga a idéia de que o Estado não possui domínio sobre o território, mas apenas um poder de império. Violar o território estatal, segundo ela, é atingir a personalidade do Estado. Entretanto, para Mello, embora não se negue o território como elemento do Estado (que desaparece quando o Estado desaparece por completo), a presente teoria vai de encontro aos diversos fenômenos da vida internacional, a exemplo, as cessões territoriais. Portanto, o território não é uma qualidade do Estado. Ora, no caso de cessão internacional, o território é alterado, sem que se altere a personalidade do Estado. (MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1116). Para a teoria do território-limite, o território é o limite de validade dos atos emanados do Estado e é defendida por juristas franceses. Entretanto, cabe ressaltar que o Estado exerce competência fora do seu território. A teoria do território-competência defendida por Kelsen determina que o território é onde o Estado exerce as competências que lhe são outorgadas pelo Direito Internacional. Não obstante, tal teoria não satisfaz totalmente, eis que para ela o alto-mar seria também território estatal. Para Kelsen, o território em sentido amplo, “é o espaço onde (...) os domínios de validade territoriais de diferentes ordens jurídicas nacionais se interpenetram”. E, como domínio espacial de uma ordem jurídica, desaparecendo o Estado (desaparecendo a ordem jurídica) pode-se afirmar que a existência do Estado também desaparece no tempo, pois a existência temporal do Estado está limitada ao domínio temporal da vigência da mesma ordem jurídica. (KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de Joaquim Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 320). Por fim, a teoria da soberania territorial, desenvolvida por Verdross e Jiménez Aréchaga. A “soberania territorial é a expressão habitualmente adotada para designar o direito de todo Estado ao gozo pleno do território próprio e a excluir dele a penetração e ação dos demais Estados”.(Jiménez Aréchaga *et al* MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 1129).

³⁶ STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 152.

A globalização, entretanto, unida à concentração do poder econômico tem ocasionado a perda do controle por parte do Estado de suas fronteiras. Consta-se que os limites territoriais são facilmente permeáveis, impossibilitando o Estado de controlar as informações, os capitais, as mercadorias que se tornaram *transfronteiriços* e, conseqüentemente, dificultam a regulação da política econômica³⁷.

Ademais, com a perda do poder regulatório por parte do Estado – organismo comum ao sistema jurídico e ao sistema político – o mesmo deixa de ser o fundamento único de validade do Direito. Segundo Ianni, “dissolvem-se as fronteiras. A verdade é que declina o Estado-Nação, mesmo o metropolitano, dispersando os centros decisórios por diferentes lugares, empresas, corporações, conglomerados, organizações, agências transacionais”.³⁸ Tal situação é exemplificada por Streck e Bolzan, segundo os quais com o surgimento do MERCOSUL, NAFTA, União Européia, operou-se uma “radical transformação nos poderes dos Estados-Membros, eis que as normas jurídicas de direito internacional estão sujeitas à apreciação de Cortes de Justiça supranacionais”³⁹.

A globalização tem restringido o conceito de soberania definido por Jean Bodin⁴⁰. Pode-se dizer que o surgimento das pretensões universais da humanidade, referida pela emergência dos Direitos Humanos, é fonte da crise da soberania estatal.

No plano internacional, embora vigente entre os Estados o princípio da igualdade jurídica e o princípio da não-intervenção em assuntos internos, disposto no artigo 2º da Carta das Nações

³⁷ “La desterritorialización se traduce en una disminución o pérdida del poder de control del Estado sobre sus fronteras. La distinción interno/externo ha sido una dicotomía estructural del pensamiento político moderno y las fronteras han servido para delimitar el territorio sobre el que se ejerce la soberanía en su ámbito interno.”(ARAÚJO, José A. Estevez. Crisis de la soberanía estatal e constitución multinivel. In: *Revista Direito FGV*, v. 2, n. 2, jul-dez 2006. Rio de Janeiro: FGV, p. 150).

³⁸ IANNI, Octavio. *A Sociedade Global*. Op. cit., p. 89.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Op. cit., p. 132.

⁴⁰ De acordo com Mello, nunca houve uma soberania realmente absoluta na prática, pois ela tornaria inviável as relações internacionais e implicaria no desaparecimento da sociedade internacional. Segundo o autor, não se pode esquecer que o próprio Jean Bodin ao formular a teoria soberana afirmou que ela tinha o direito natural e o direito das gentes acima delas. Para Bodin, a soberania possui quatro poderes que a caracteriza, formando um sistema que a constitui, qual sejam: o poder de declarar guerra, o poder de decidir em última instância e o poder de suspender a vigência das leis. A soberania assim concebida é indivisível. (MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. O §2º do artigo 5º da Constituição Federal. In: *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Ricardo Lobo Torres (org.) 2ª ed., rev., e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 22).

Unidas – o que concede aos Estados a qualidade de entes iguais, podendo-se exercer livremente sua ação soberana no exterior⁴¹. Assim, a não-ingerência em assuntos internos não é interpretada de modo a limitar os mecanismos de monitoramento internacional em sede de proteção aos Direitos Humanos, porque estes dizem respeito a toda a comunidade internacional. Segundo Mazzuoli⁴², muitos autores chegam a negar a soberania internacional, no interesse geral da humanidade, o que resulta no entendimento de que não existe só um Direito Internacional, mas também um Direito Humano supranacional, estando a liberdade do Estado circunscrita tanto por um quanto por outro.

De fato, a soberania descrita por Bodin, ou ainda a descrita por Duguit⁴³, como aquela que é expressão de vontade que se determina por ela própria, que não conhece outra superior nem concorrente, sendo uma vontade ilimitada e absoluta, una e indivisível, inalienável e imprescritível, não possui mais espaço na sociedade globalizada. Eclodiu uma sociedade mundial altamente complexa, com inúmeras possibilidades e mais contingente. Segundo Niklas Luhmann:

(...) É evidente o fato de um contexto global de interação em escala mundial.
(...) As relações econômicas ligam todas as partes do planeta terrestre, possibilidades de comparação em escala mundial fazem parte do cálculo econômico, e as independências daí decorrentes transmitem perturbações e crises.⁴⁴

A soberania poderia ser vista como um poder exercido apenas dentro do seu território, eis que não encontra outro maior, tendo força para produzir e executar suas decisões, suas leis. A globalização, entretanto, transformou a sociedade em um sistema rico de possibilidades e abundante em variações. Dito de outra forma, a intensificação da complexidade e da contingência impelem mudanças na estrutura da sociedade. Com isso, o conceito de soberania – ligado ao Estado-nação e a idéia da sociedade moderna do século XVII – sofre alterações.

⁴¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. As Novas Perspectivas da Soberania. Reflexos no Direito Interno, no Direito Internacional e no Direito Comunitário. In: *Direito e Poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Heleno Taveira Tôres (coord). Barueri/SP: Manole, 2005, p. 343.

⁴² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados Internacionais: (com comentários à Convenção de Viena de 1969)*. 2ª ed., rev, ampl. e atual. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 9.

⁴³ BARACHO, José Alfredo de Oliveira, et al. As novas perspectivas da soberania. Reflexos no direito interno, no direito internacional e no direito comunitário. Op. cit., p. 341.

⁴⁴ LUHMANN. *Sociologia do Direito I*. Op. cit., 45.

Ademais, a economia mundial transforma também os contornos da criminalidade. De acordo com Ferrajoli⁴⁵, a criminalidade internacional é um dos mais perversos efeitos da globalização, sendo que os atos realizados e os sujeitos envolvidos demonstram o desenvolvimento da criminalidade – não apenas em um país ou território nacional – mas a par da atividade econômica das grandes corporações multinacionais, em nível transnacional ou mesmo planetário. Dessa forma, pode-se afirmar que os Estados nacionais deixam de ser independentes e passam a ser interdependentes para aguerrir contra a impunidade e a criminalidade que opera transnacionalmente. Tredinnick afirma que “Hoy, la soberania sigue existiendo pero en un marco más claro y adecuado al mundo interdependiente y ávido de progreso y desarrollo sostenible”.⁴⁶

Os novos desafios encontrados na área da economia, da ecologia, da complexidade tecnológica, bem como o aumento das desigualdades sociais e dos excluídos sociais, a intensificação das diferenças entre países ricos e pobres, o aumento da criminalidade, dentre outros fatores, gera o esvaziamento das possibilidades reais de um Estado soberano. Conseqüentemente, o enfraquecimento de sua capacidade de regular o trabalho, promover o bem-estar social, garantir o acesso à educação, assegurar a assistência à saúde e, sobretudo, garantir a segurança pública e controlar a violência.

Com efeito, o aumento da mobilidade, para níveis inimagináveis há bem pouco tempo, veio encurtar o espaço. E se, ainda hoje, vivemos dentro do paradigma de um Estado, de um direito estadual em um território, certo é que, cada vez mais, se defende e propugna menos Estado e cresce em igual ou maior proporção, um direito que nasce dos interstícios das relações intra-estaduais ou mesmo supra-estaduais (v. g. o direito comunitário). Mas mais do que isso. A ausência de definição de um território e a proliferação de plúrimos territórios ou a própria consolidação de uma verdadeira e real *utopia* (enquanto ausência de lugar, ausência de todos os lugares e não projecção de um imaginário lugar idealizando como queriam Morus ou Campanella) mostram-se como plasma e tecido conjuntivo onde proliferam, não só o terrorismo sem rosto e sem Estado mas também lugar onde se gera a assunção de todas as guerras defensivas. Se tudo pode estar em qualquer lugar, se o ataque mais devastador pode suceder no mais recôndito e escondido dos sítios, então, quem tem o poder efectivo e real e se assume como guardião é tentado a dizer que pode e deve agir, sem aviso prévio

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. Criminalità e globalizzazione. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 11, n. 42. Número especial. São Paulo. Janeiro/março 2003, p. 79.

⁴⁶ TREDINNICK, Felipe. El Estado, ese desconocido. In: *Curso de Direito Internacional Contemporâneo*. Op. cit., p. 320.

para prevenir. Mais. Que o pode fazer em qualquer lugar. Se não há coordenadas espaciais para o ataque muito menos deverá havê-las para defesa ⁴⁷.

Entretanto, nem tudo é 'lágrimas'. A globalização não põe fim ao Estado e ao Direito. Por promover uma gama de comunicação, a globalização estabelece um salto qualitativo nas alternativas de escolha, de possibilidades de decisões. O eixo da sociedade globalizada é produzir diferença. A produção da diferença é a viga mestra da evolução social. Por isso, pode-se afirmar que globalização não é incompatível com a diferenciação funcional dos sistemas, ou seja, não é incompatível com o Direito, com o Estado ou com a soberania.

Ao contrário, a globalização continuará a exigir, cada vez mais, um sistema político relativamente autônomo e Estados nacionais. Requererá, igualmente, um sistema jurídico operativamente fechado e tribunais. Daí a enorme variabilidade a que estão expostos os dois sistemas no atual momento de adaptação institucional à nova ordem ⁴⁸.

O primado da sociedade não é a diferenciação regional, mas a diferenciação por funções. Somente o sistema jurídico e o político podem ser diferenciados regionalmente, mas ainda assim, tal diferenciação não é absoluta, quando mais no intuito comum dos Estados de desenvolver mecanismos de combate à impunidade e de repressão ao crime.

Diante do exposto, constata-se que as transformações ocorridas na economia mundial alteraram a forma da sociedade. O mundo mudou, as relações sociais intensificaram-se e a complexidade cresceu, fazendo-se necessária uma teoria da sociedade adequada para explicar o funcionamento do mundo atual. Diante da complexidade da modernidade, os problemas não podem ser observados e descritos sem um instrumental teórico que seja capaz de observar as diferenças produzidas no interior das estruturas sociais. Na concepção de Rocha, "a teoria dos sistemas de Luhmann, aliada à categoria risco, pode ser boa pista para uma abordagem mais sofisticada da complexidade social" ⁴⁹. Portanto, apresenta-se a seguir uma introdução à Teoria da Sociedade.

⁴⁷ COSTA, José de Faria. Em redor do *nomos* (ou a procura de um novo *nomos* para o nosso tempo). In: *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. Antônio José Avelãs Nunes, Jacinto de Miranda Coutinho (orgs.) . Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 82.

⁴⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. Op. cit., p. 125.

⁴⁹ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2ª ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2001, p. 89 e 90.

1.1.3. A Teoria dos Sistemas e a Ruptura Epistemológica

A investigação empírica, apesar dos avanços, não caminha para a formação de teoria específica de sua matéria. A sociologia, como ciência empírica, deve comprovar as suas afirmações mediante informações obtidas da realidade, no entanto, ainda hoje a sociologia clássica mostra-se incapaz de observar e descrever o funcionamento da sociedade moderna, altamente complexa, e de superar os obstáculos prevaletentes na teoria do conhecimento. Por essa razão, Niklas Luhmann investe inicialmente numa crítica radical aos clássicos e a teoria da ação⁵⁰, as quais são construídas sobre o conceito de indivíduo antropológico e pouco preciso.

De acordo com Luhmann⁵¹, o fracasso da sociologia pode ser apontado para a imensa complexidade social e a ausência de uma metodologia que se possa utilizar para tratar os sistemas altamente complexos e diferenciados: uma metodologia capaz de tratar da chamada complexidade organizada. Sendo assim, Luhmann propõe a ruptura epistemológica com o paradigma clássico⁵² da Teoria do Conhecimento, com o objetivo de superar conceituações tradicionais, semânticas e instrumentos de conhecimento ultrapassados, tais como: o prejuízo humanista, o conceito de unidades ou fronteiras territoriais e o obstáculo da objetividade social.

O prejuízo humanista pressupõe que a sociedade é constituída de pessoas ou de relações entre elas. Por conseguinte, obriga a teoria a trabalhar com pessoas concretas dentro dos sistemas sociais, como parte do sistema social, ou seja, com cabelos, braços, neurônios, consciência, etc. Isso implica trabalhar com conceitos imprecisos que necessita ser renunciado. É um afastamento

⁵⁰ Como veremos adiante, com o conceito de ação é quase impossível evitar referências externas, pois a ação pressupõe um sujeito, indivíduo. Por isso, Luhmann utilizar-se-á do conceito de comunicação para conceituar o sistema social como autopoietico, pretendendo, desta forma, construir uma teoria sociológica adequada à sociedade moderna.

⁵¹ LUHMANN, Niklas e DE GIORGI, Raffaele. *Teoría de la Sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. Jalisco: Univesidad de Guadalajara, 1993, p. 31.

⁵² “En el primer cambio de paradigmas, el antiguo paradigma de todo/partes es reemplazado por el de sistema/entorno. Este cambio se produce en los inicios de la moderna teoría de los sistemas. Cuando von Bertalanffy ofrece su modelo de sistema abiertos a su entorno, supera la antigua visión de los sistemas como entidades cerradas, caracterizadas por estar compuestas por elementos y relaciones entre estos elementos que hacían que el todo fuera más que la suma de las partes. La incorporación del antiguo paradigma en la nueva conceptualización implica que las partes son vistas como diferencias sistema/entorno al interior de un sistema”. (LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Trad. de Javier Torres Nafarrate e colaboração de Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Felipe Segura. México : Universidade Iberoamericana, 2002, p. 37).

metodológico, pois a pessoa forma o ambiente do sistema - sem o qual ele não existiria -, contudo, não é o sistema.

O segundo obstáculo epistemológico a ser superado consiste na pressuposição de uma multiplicidade territorial de sociedades, pretendendo-se, assim, que a sociologia se resolva pela geografia. As fronteiras entre os Estados (Brasil, Paraguai, etc) seriam fronteiras territoriais e/ou políticas. O Brasil é uma sociedade; o Paraguai é outra; e assim por diante. Entretanto, para Luhmann, todo o empenho para se adquirir qualidade nas delimitações fracassou, independentemente de se orientarem pela organização estatal, pela linguagem, pela cultura ou tradição. Não se nega a existência de diferenças culturais, por exemplo, entre as regiões, mas entende-se que o reconhecimento das diferenças entre os territórios precisa ser explicado 'na sociedade' e não 'entre as sociedades'.

Por fim, o terceiro obstáculo é decorrente da Teoria do Conhecimento e refere-se à objetividade social, ou seja, a separação entre o sujeito e o objeto. O que resulta dessa separação é a observação de um mundo *ab extra*, entendendo-se que apenas os sujeitos têm o privilégio da auto-referência; os objetos são como são, e, desta forma, a sociedade (como objeto de conhecimento) poderia ser descrito objetivamente através de um sujeito. Qualquer manifestação do vínculo entre sujeito e objeto era afastada por ser considerada uma descrição ideológica, eis que válido era apenas o conhecimento adquirido sem qualquer inter-relação circular do sujeito com o objeto. Alguns pensavam em renunciar a uma conceituação de sociedade e limitar-se a uma análise estritamente formal das relações sociais. Outros defendiam a possibilidade de realizar uma ciência rigorosamente positiva dos fatos sociais e da sociedade. Já Luhmann afirma que "El aislamiento del objeto, sin embargo, implicaba también el aislamiento del sujeto y, consecuentemente, las alternativas que se perfilaban no podían sino oscilar entre el cientificismo ingenuo y el trascendentalismo."⁵³

Na sociedade moderna não se pode mais pensar em verdades absolutas, necessárias ou impossíveis, mas somente o possível. Está-se diante, portanto, de uma visão construtivista: o conhecimento não se baseia no descobrimento de uma realidade pré-posta; pelo contrário,

⁵³ LUHMANN, Niklas e DE GEORGI, Raffaele. *Teoría de la Sociedad*. Op. cit., p. 28.

constrói-se, a partir da observação de segunda ordem, a realidade. Neste sentido, a sociedade é um objeto que se auto-descreve e, por isso, com aporte universal⁵⁴. O seu conceito precisa ser constituído autologicamente⁵⁵, precisa conter-se a si mesmo; passando a ser condição de possibilidade para a própria cognição social. Teorias da sociedade são teorias na sociedade sobre a própria sociedade. Qualquer maneira que se pretenda definir o objeto, a definição mesma já é uma operação do objeto. São, portanto, teorias auto-referenciais e conferem-se a si mesmas um sentido limitado.

Sendo assim, a partir da ruptura epistemológica com a teoria ‘clássica’ do conhecimento, torna-se possível a construção de uma teoria da sociedade adequada para observar e descrever o mundo globalizado. Desta forma, sob as bases da teoria dos sistemas, Niklas Luhmann elabora uma teoria sociológica universal, analisando cada contato social como um sistema. Com o auxílio da teoria geral dos sistemas autopoieticos e de conceitos de outras disciplinas, tais como a Biologia e a Cibernética⁵⁶, Luhmann oferece um arcabouço teórico - a Teoria da Sociedade - que facilita a observação e a descrição dos problemas da sociedade complexa. Trata-se de uma teoria que é sustentada sobre os fundamentos de cinco teorias gerais: “A Sociedade como Sistema”, “Teoria da Comunicação”, “Teoria da Evolução”, “Teoria da Diferenciação da Sociedade” e “Teoria da Auto-descrição da Sociedade”. Magalhães enfatiza que, “de uma postura construtivista, a Teoria da Sociedade descreve como os sistemas sociais se constituem e,

⁵⁴ A universalidade da teoria de Luhmann está no fato de que a mesma nunca reclama para si mesma o reflexo total da realidade do objeto de conhecimento, nem tampouco pretende o esgotamento de todas as possibilidades de conhecimento do objeto. Como não poderia ser de outra forma – sob pena de contradizer-se -, sua teoria não requer a exclusividade na pretensão da verdade. A universalidade está na forma de apreensão do objeto de conhecimento, ou seja, este é observado no todo e não em seus segmentos. Por exemplo, observa-se a sociedade moderna e não particularidades dela. Aliás, este é o ponto comum da sociologia tradicional: renunciar pensar a sociedade como um todo. LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales: lineamentos para una teoría general*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Alianza Editorial/Univesidad Iberoamericana, 1991, p. 11.

⁵⁵ Expressão que advém da análise lógica da lingüística.

⁵⁶ A Cibernética é também uma “teoria das máquinas”, mas não aborda coisas, mas modos de comportar-se. Não inquire “o que é esta coisa?”, mas “o que ela faz?”. Assim, está muito interessada numa proposição como “esta variável sofre uma oscilação harmônica simples”, e preocupa-se muito pouco se a variável é a posição de um ponto numa roda ou um potencial num circuito elétrico. É, assim, essencialmente funcional e comportamental. [...]. O conceito mais fundamental da cibernética é o de “diferença”, ou que duas coisas são reconhecidamente diferentes, ou que uma coisa mudou como o tempo. (ASHBY, W. Ross. *Introdução à Cibernética*. Tradução por: Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 1970, p.1 e 11).

portanto, como estes adquirem sua especificidade. O seu primeiro pressuposto, nesta sua tarefa, é a substituição da idéia de ‘objetos’ pela noção de ‘distinções’”⁵⁷.

A teoria de sistema funcional-estrutural é caracterizada pela diferença entre sistema e ambiente. Elege-se o método científico funcionalista que permite tomar cada fenômeno como contingente e confrontável com os demais. Na análise funcionalista, todo o dado se converte em um problema que abre diversas possibilidades de solução (complexidade), as quais são contingentes. Ou seja, o funcionalismo se opõe ao pressuposto ontológico de que todo o ser atual excluía necessariamente o não ser (outras possibilidades de ser). “La función es, entonces, un esquema de confrontación entre varias soluciones a problemas, soluciones que aparecen como intercambiables en cuanto son equivalentes con respecto a la función misma”⁵⁸.

A preocupação luhmaniana não está na manutenção ou não da estrutura do sistema, mas principalmente para a continuação ou interrupção da reprodução de seus elementos, de suas operações, ou seja, da clausura operacional do sistema. O importante é a contínua modificação da estrutura. A diferenciação, segundo Luhmann,

ultrapassa problemáticas clássicas porque revida tanto a teoria do sujeito como a teoria do objeto. Ela pode formular a questão do desacoplamento através do fechamento como uma questão de diferenciação de sistemas e pode substituir a premissa de um mundo comum por uma teoria da observação de sistemas de observação⁵⁹.

A observação é uma atividade fundamental dos sistemas, e consiste em eleger um dos dois lados que compõem a diferença com o intuito de descrever o que se vê de acordo com esse lado escolhido⁶⁰.

⁵⁷ MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O Uso Criativo dos Paradoxos do Direito: a Aplicação dos Princípios Gerais do Direito pela Corte de Justiça Europeia. In: ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos da Auto-observação: Percursos da Teoria Jurídica Contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997, p. 246-247.

⁵⁸ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena e BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Prefacio de Niklas Luhmann. Traducción de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Bajo la coordinación de Javier Torres Nafarrate. Barcelona: Anthropos, México DF: Universidad Iberoamericana; Guadalajara: Iteso, 1996, p. 86.

⁵⁹ LUHMANN, Niklas. Conhecimento como construção. In: NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas*. Op. cit., p. 93-111.

⁶⁰ IZUZQUIZA, Ignacio. Introducción: la urgencia de una nueva lógica. In: LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, 1997, p. 20.

Na concepção sistêmica, o problema essencial da modernidade é o aumento de sua própria complexidade, isto é, o aumento da sua diferenciação. Há na sociedade moderna uma superabundância de relações, de possibilidades, de conexões, de forma que não é possível estabelecer uma correspondência unívoca e linear de elemento com elemento. Luhmann⁶¹ reconhece isto, e faz da sua teoria uma arma para reduzir a complexidade social, admitindo que só o aumento da complexidade no sistema pode reduzir a complexidade ambiental a bases de ação, o que resulta num paradoxo⁶². Luhmann diz que, para que isto aconteça:

(...) o sistema tem que produzir e organizar uma seletividade de tal forma que ele capte a alta complexidade e seja capaz de reduzi-la a bases de ação, passíveis de decisões. Quanto mais complexo é o próprio sistema, tanto mais complexo pode ser o ambiente no qual ele é capaz de orientar-se coerentemente⁶³.

A sociedade moderna (foco central da teoria de Luhmann) tem como características principais a complexidade⁶⁴ e a diferenciação funcional⁶⁵. A sociedade é determinada pela diferença: diferenças de sentido. O sistema define-se por diferença ao ambiente, através de um mecanismo de seleção de equivalentes funcionais para a redução de complexidade, e está orientado a partir de sua função, privilegiando a contínua modificação da estrutura. Esta, por sua vez, deve ser entendida como a pré-seleção de possíveis relações entre os elementos admitidos em dado momento.

⁶¹ IZUZQUIZA, Ignacio. Introducción: la urgencia de una nueva lógica. Op. cit., p. 16.

⁶² Segundo IZUZQUIZA, o paradoxo não é uma contradição, mas algo que o próprio sistema deve desenvolver e tornar operativo, ou seja, a Teoria da Sociedade trata o paradoxo de um modo criativo e nunca de um modo tautológico que impeça um pensamento e uma atuação eficaz. (IZUZQUIZA, Ignacio. Introducción: la urgencia de una nueva lógica. Op. cit., p. 16). Segundo Magalhães, “o paradoxo não afirma: jurídico igual a antijurídico, mas sim, jurídico por causa de antijurídico. Este problema escapa a todo nivelamento lógico. Pode, entretanto, ser desparadoxizado por meio da codificação sistemática.” (LUHMANN, Niklas. *O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito*. Sequência - Estudos Jurídicos e Políticos: Revista da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, nº 28, p. 15-29, junho de 1994, p. 18).

⁶³ LUHMANN. *Sociologia do Direito I*. Op. cit., p. 168.

⁶⁴ Complexidade é a “totalidade de possibilidades de experiências ou ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido (...)”. Reduzir complexidade é tarefa dos sistemas, que se apresentam coagidos à seleção das múltiplas possibilidades. (LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Op. cit., p. 12).

⁶⁵ A diferenciação funcional marca a principal diferença entre a sociedade moderna (cada vez mais complexa) e as sociedades arcaicas (cuja característica era a segmentação) e antigas (estratificadas a partir de camadas baixas, médias e altas). Na sociedade atual, sistemas funcionalmente diferenciados, dependentes e independentes ao mesmo tempo, são expressão de complexidade.

A primeira diferenciação funcional da sociedade se dá com a formação de um primeiro nível de sistemas parciais e de relações entre sistema/entorno, que constituem a estrutura da sociedade. Isto porque se estabelece uma ordem entre sistemas parciais, ordem que pré-seleciona as possibilidades de comunicação. De tal maneira, estabelecem-se os limites que se podem alcançar pela complexidade ⁶⁶. Se a complexidade supera ditos limites, a sociedade continuará se reproduzindo somente se a forma de diferenciação mudar. O Direito, por exemplo, diferencia-se das demais funções da sociedade e produz uma estrutura normativa complexa, trabalhando com a codificação Direito/não-Direito, com o intuito de reduzir a complexidade do seu próprio ambiente e, pela mesma razão, cria novos subsistemas internos.

Para Luhmann, portanto, diferenciação funcional e formação de sistema são características básicas da sociedade moderna. Os aportes de Luhmann, mergulhados em um nível alto de abstração e interdisciplinaridade, são elaborados para entender a complexidade da sociedade atual, vista de forma global, em seu todo, possibilitando a sua compreensão.

A teoria dos sistemas, contudo, não estava suficientemente desenvolvida para enfrentar sistemas de sentido que, tais como os sistemas sociais, ofereciam uma complexidade maior que a que podia o instrumental teórico disponível. Era necessário, portanto, construir uma teoria dos sistemas sociais, baseada em conceitos avançados de diversas disciplinas; uma teoria dos sistemas auto-referentes (autopoietica), que abre novas perspectivas.

1.1.4. Sociedade como Sistema Social Autopoietico

O conceito de autopoiesis foi formulado por Humberto Maturana⁶⁷ no estudo dos organismos vivos. Segundo ele, o sistema vivo se caracteriza pela capacidade de produzir e

⁶⁶ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena e BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Op. cit., p. 58.

⁶⁷ Biólogo chileno; estudou Medicina no Chile e depois Biologia na Inglaterra e nos EUA. Como biólogo, seu interesse se orienta para a compreensão do serviço e do funcionamento do sistema nervoso, e também para a extensão dessa compreensão ao âmbito social humano.

reproduzir por si mesmo os elementos que o constituem e, assim, definirem a sua própria unidade.

A teoria dos sistemas sociais adota o conceito de Maturana e alarga a sua importância. Luhmann entende que, uma vez identificado um tipo/modo específico de operação que se realiza somente no interior do sistema, é possível individualizar sistemas autopoieticos. Desta forma, podem-se identificar dois níveis de constituição de sistema autopoietico, além do sistema vivo: os *sistemas psíquicos* e os *sistemas sociais*. Os sistemas psíquicos possuem um tipo específico de operação, que só se dá dentro da consciência: os pensamentos. As operações de um sistema social, por sua vez, são as comunicações: não há comunicação fora do sistema social ⁶⁸.

1.1.4.1. Sociedade e Comunicação

“O mundo se torna um só. E no princípio a imagem era a de uma só Terra” ⁶⁹. A teoria da sociedade de Niklas Luhmann procura explicar a sociedade como sistema social mundial. A sociedade como sistema social é possível graças à comunicação. Mas o que é a sociedade?

A sociedade constitui uma diferença: sistema (sociedade) e ambiente (indivíduo). Ela passa a existir a partir da redução da complexidade, ou seja, quando num campo ilimitado de possibilidades – campo este que não constitui o mundo real, mas é apenas concebido como o mundo do caos – introduz-se, de alguma forma, a ordem, através da escolha/preferência/seleção. Esta seleção, por sua vez, permite a auto-afirmação de um dos mundos como real.

Enquanto não há ordem, não há expectativas, não se tem um comportamento previsível. Tudo é possível. Não há, portanto, comunicação, mas apenas a “dupla contingência”, ou seja, um espaço carente de limites definidos. O ato de seleção – o fazer algo de algum indivíduo –

⁶⁸ AMADO, Juan Antonio Garcia. A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. In *Niklas Luhmann. Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 301-344, p. 301-302.

⁶⁹ MARTIN, Hans-Peter e SCHUMANN, Harald. *A Armadilha da Globalização*. Trad. Waldtraut U. E. Rose e Clara C. W. Sackiewicz. São Paulo: Globo, 1997, p. 23.

corresponde a uma primeira referência nesse espaço, tornando a possibilidade genérica em concreta. Dito de outra maneira: reduziu-se complexidade. A ordem nasce, surge a estrutura do sistema social e estabelece-se um código binário: aceitar ou não a seleção. Qualquer que seja a resposta estar-se-á trabalhando com o mesmo código e, conseqüentemente, restar-se-á estabelecida a comunicação. Para Luhmann, o que diferencia a sociedade do seu ambiente é a comunicação.

Junto con la *improbabilidad* del orden social, este concepto explica también la *normalidad* del orden social, porque bajo esta condición de la doble contingencia, cualquier autodeterminación surgida arbitrariamente y calculada de cualquier manera, ganará valor de información y de relación para otras actuaciones⁷⁰.

Responde-se, desta forma, também a indagação acerca de como é possível a ordem social? Ou seja, a duplicação da improbabilidade, onde cada indivíduo atua de forma contingente, tendo consciência de que o outro também possui várias possibilidades de atuação, gera insegurança em relação à seleção da conduta do outro. Entretanto, é exatamente essa improvável eleição de uma conduta conduz a probabilidade, pois qualquer causalidade, impulso ou erro se torna produtivo, possibilitando a capacidade individual de orientação e determinação da conduta. A comunicação é a autodeterminação de uma situação com dupla contingência percebida⁷¹. “Es, por lo tanto, el surgimiento de un sistema social que se hace posible por medio de la duplicación de la improbabilidad y que facilita luego la determinación de la conducta de cada individuo”⁷².

Faz-se necessário asseverar que a sociedade não se compõe de pessoas, mas de comunicação. As pessoas constituem o ambiente, o meio, o entorno do sistema social, o qual atua como pressuposto necessário dessa mesma diferenciação da sociedade (sistema/ambiente) através da comunicação.

À sociedade pertence apenas aquilo que no processo da comunicação é tratado como comunicação, isto é, aquilo que em referência recursiva a outras comunicações é produzido como operação do sistema. (...) Todo o resto, especialmente a existência corpórea e psíquica dos indivíduos e também seu

⁷⁰ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales*. Op. cit., p. 131.

⁷¹ AMADO, Juan Antonio García. *A Sociedade e o Direito* na obra de Niklas Luhmann. Op. cit., p. 301-303.

⁷² LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales*. Op. cit., p. 131.

comportamento perceptível, naqueles aspectos que não são tratados como comunicação, permanecem no ambiente do sistema⁷³.

Os sistemas psíquicos operam com base no pensamento e a sociedade com base na comunicação. Ambos estão acoplados estruturalmente, por meio do sentido, e é mediante este processo que ocorre o autodesenvolvimento da comunicação. É claro que a comunicação só ocorre através de uma ligação entre os sistemas conscientes (psíquicos). “Mas a reprodução contínua da comunicação através da comunicação (autopoiesis) é especificada e condicionada na sua própria rede, independentemente do que ocorre nas mentes dos sistemas psíquicos”⁷⁴.

A sociedade compõe-se de comunicação entre pessoas. Os indivíduos participam no sistema social, mas não fazem parte deste. É através deles, dos indivíduos, que existem os atos de comunicação que, por sua vez, torna a comunicação em si não manipulável pelos participantes tão logo se fixe o “padrão do discurso comunicativo”⁷⁵. Por isso, também, a comunicação é um evento extremamente improvável, isolado. Torna-se provável por si mesmo e encontra motivo para se verificar somente em suas referências recursivas (nas operações comunicativas ante as que reaciona e que ele mesmo estimula)⁷⁶. A partir da comunicação é possível a redução de complexidade e superação da dupla contingência.

Não há como comunicar sem participar do sistema comunicativo. Somente comunicação produz comunicação, o que significa dizer que se está diante de um sistema fechado, que produz seus próprios elementos (comunicação) e que estabelece os seus limites perante outros sistemas. Ou seja, está-se diante de um sistema fechado e auto-referencial. E, assim é o sistema social: tendo como elemento a comunicação, a sociedade é um sistema social fechado, que produz comunicação a partir de comunicação e, desta forma, se diferencia dos demais sistemas.

⁷³ LUHMANN, Niklas. *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas*. Org. por Clarissa Eckert Baeta Neves e Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Ed. Universidade UFRGS. Goethe - Institut/ICBA, 1997, p. 70.

⁷⁴ LUHMANN, Niklas. *A Improbabilidade da Comunicação*. 3º ed. Trad. Anabela Carvalho. Lisboa: Passagens, 2001, p. 70-71.

⁷⁵ De acordo com Teubner, trata-se de um padrão de conduta repetido e simbolicamente definido. Ou seja, padrão de interações passadas que passa a operar como pressuposto e limite de interações futuras. (TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoietico*. Trad. e prefácio José Engrácia Antunes. Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. XII).

⁷⁶ LUHMANN, Niklas e DE GIORGI, Raffaele. *Teoría de la Sociedad*. Op. cit, p. 81.

Mas o que é comunicação? De acordo com Luhmann, comunicação é processamento de seleções. E seleção é um proceder sem sujeitos. É uma síntese que resulta de três seleções: informação, ato de comunicação e compreensão. Cada um destes eventos é, por sua vez, contingente.

A emissão de uma informação não é em si uma comunicação. É preciso, sobretudo, a compreensão para se realizá-la. A compreensão realiza a distinção entre emissão e informação, esta distinção é que fundamenta a comunicação. E é em razão desta distinção que a simples percepção do comportamento de outro indivíduo, por exemplo, não resulta em comunicação, eis que não se permite captar qualquer seletividade. A informação é uma seleção no sentido que opera uma distinção no mundo entre o que se disse e o que se exclui, não se transmitindo informação, mas sim a produzindo.

A comunicação não pode ser entendida como uma transferência de informações dos sistemas psíquicos para o sistema social, nem o inverso, até mesmo porque nem todas as mensagens que alguém emite são aceitas e utilizadas como premissas para um comportamento futuro.

La comunicación es selectividad coordinada. Sólo se genera cuando ego fija su estado con base en una información notificada. También hay comunicación cuando ego considera insuficiente la comunicación y no quiere cumplir el deseo acerca del que informa, no quiere seguir la norma a la cual remite el caso. El que ego tenga que distinguir entre la información y la notificación, lo capacita para la crítica y en todo caso para el rechazo. Esto no cambia en nada el que haya habido comunicación. Al contrario: como se expuso anteriormente, también el rechazo es fijación del estado propio con base en una comunicación. Dentro del proceso comunicacional, entonces, queda integrada *necesariamente* la *posibilidad* del rechazo ⁷⁷.

Da mesma forma que o rechaço não significa ausência de comunicação – mas, pelo contrário, a própria comunicação que provoca o rechaço – os mal entendidos sobre os motivos ou sobre a informação realiza o ato de entender e, conseqüentemente, a comunicação. “Y de ahí resulta también que los sistemas sociales formados por medio de la comunicación

⁷⁷ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales*. Op. cit., p. 166.

como sistemas de comunicación, determinan en qué dirección y hasta dónde se puede producir comunicación sin volverla aburrida”⁷⁸.

Embora se possa observar separadamente a síntese das três seleções da comunicação (emissão, informação e compreensão), estas constituem unidades inseparáveis, que não podem ser posteriormente isoladas. Tais unidades não possuem duração, tornando a comunicação um evento e não uma seqüência de seleções. A comunicação sempre é nova, diferente e sua contínua produção cria sentidos sempre novos e diferentes. A comunicação produz comunicação, portanto, como uma rede recursiva de comunicação, e esta é a seqüência existente nos sistemas sociais autopoieticos.

Neste ínterim, a comunicação é um processo de atribuição de sentido e possui a particularidade de ser uma forma de autodescoberta. Os seres humanos estão acoplados estruturalmente e através de suas consciências dão início ao processo de comunicação, onde a linguagem serve para promover a generalização simbólica do sentido anterior⁷⁹. O acoplamento estrutural entre sistemas de consciência e sistemas de comunicação só é possível graças à linguagem. Ela garante de forma regular e continua a autopoiesis da sociedade.

Compostos de comunicação, os sistemas sociais são fechados em relação aos seus ambientes, eis que não recebem informações do meio. No ambiente do sistema social não existe comunicação, sendo esta uma operação interna do sistema social. No entanto, um sistema social está aberto ao seu ambiente, no sentido que pode observá-lo. Tudo o que não é comunicação é ambiente. A consciência, a vida orgânica, as máquinas físicas, as ondas eletromagnéticas, os sistemas psíquicos, dentre outros, não são comunicação, mas parte do ambiente do sistema social.

Por isso, deve ser consignado com clareza que a sociedade – isto é, a comunicação – é uma ordem emergente que não coincide ponto por ponto com a consciência, nem com tudo aquilo referido à insondável profundidade da interioridade do ser humano. Por outras palavras, a sociedade começa excluindo de forma consciente seu papel de chegar a ser o âmbito da máxima auto-

⁷⁸ Idem, *Ibidem*, p. 179/180.

⁷⁹ NAFARRATE, Javier Torres. *Galáxias de Comunicação: o legado teórico de Luhmann*. Editora Lua Nova n. 51, p. 149.

realização do ser humano através de outrem. Essa exclusão se desenvolve de maneira metódica em virtude da própria limitação estrutural da comunicação⁸⁰.

Por fim, uma vez iniciada e sustentada a comunicação, é inevitável a formação de um sistema social que a delimite. Como a sociedade moderna é altamente complexa, há a necessidade do estabelecimento de garantias para a aceitabilidade das seleções comunicadas. Luhmann afirma que isto pode ser conseguido através dos meios de comunicação simbolicamente generalizados, tais como dinheiro, verdade, poder político, amor e direito. Caracterizando-se por códigos particulares que fornecem regras institucionalizadas para determinar quando é que as tentativas de comunicação serão provavelmente bem sucedidas, pode-se afirmar que - assim como os meios de comunicação simbolicamente generalizados⁸¹, a linguagem⁸² e os meios de difusão permitem que a comunicação improvável se torne provável. Eles são sucessos evolutivos que, em mútua dependência, fundamentam e aumentam os rendimentos do processamento informativo que pode fornecer a comunicação social. Desta maneira, a sociedade se produz e se reproduz como sistema social⁸³. Sociedade é comunicação; sem esta, não é possível pensar em sociedade, nem tampouco em desenvolvimento social, eis que somente comunicação produz comunicação.

O que importa saber agora é como o sistema social organiza e reproduz sua operação básica – a comunicação. Ora, o sistema utiliza-se da diferenciação funcional interna e da recursividade. Após os processos históricos que diferenciaram internamente a sociedade com base em critérios segmentários (caracterizada pela igualdade de vários segmentos da sociedade), centro/periferia (caracterizada pela diferença entre centro e periferia) e estratificados (caracterizada pela desigualdade entre estratos no qual a sociedade se organiza), na modernidade a sociedade (comunicação) passou a ser organizada com base no desempenho de

⁸⁰ Idem, *Ibidem*, p. 150

⁸¹ Os meios de comunicação simbolicamente generalizados são produtos da evolução social. “(...) son estructuras particulares que aseguran probabilidades de éxito a la comunicación, porque transforman en probable el hecho improbable de que una selección de Alter sea aceptada por Ego. Tales medios son el poder (o poder/derecho), la verdad científica, el dinero (o propiedad/dinero), el amor, el arte, los valores.”(CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena e BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann*. Op. cit., p. 106) Cabe exaltar que a expressão “meios de comunicação simbolicamente generalizados” não é utilizada no sentido de meios de difusão de informação (ex. televisão), e sim como um código institucionalizado que aumenta a estabilidade da seleção no processo de comunicação. (LUHMANN. *A Improbabilidade da Comunicação*. Op. cit., p. 46).

⁸² A linguagem serve para promover a generalização simbólica do sentido que a precede.

⁸³ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales*. Op. cit., p. 173.

funções específicas⁸⁴. “A evolução da sociedade implica na passagem de uma sociedade estratificada para uma sociedade funcionalmente diferenciada (...) que conduz à constituição de uma sociedade complexa”⁸⁵. A sociedade diferenciada funcionalmente forma sistemas sociais parciais que se diferenciam internamente com base em distinções e não em objetos, valores ou identidades.

Para Luhmann e De Giorgi⁸⁶, a sociedade moderna é de tal modo diferenciada que afasta a possibilidade de qualquer descrição que atente para o primado de algum setor social específico. “A globalização torna cada vez mais evidente as intensas interdependências entre os subsistemas”⁸⁷ sociais, ou seja, entre o Direito, a Economia, a Ciência.

Pois bem, se a exposição foi suficientemente clara, restou entendido que a sociedade é constituída única e puramente de comunicação. Como comunicação, a sociedade não possui qualquer fronteira, sendo o universo⁸⁸ de todas as comunicações possíveis. Daí a conclusão de ser a sociedade um sistema social mundial que inclui todas as comunicações. Assevera Campilongo: “A sociedade, como um todo, não pode ser limitada territorialmente. Transforma-se num sistema global”⁸⁹.

1.1.4.2. Autopoiesis do Sistema Social

A autopoiesis nos sistemas sociais pode ser definida, simplesmente, como a qualidade de um sistema em que suas operações se religam umas às outras. Um sistema autopoietico é auto-

⁸⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. Op. cit., p. 116.

⁸⁵ ROCHA, Leonel Severo e DUTRA, Jeferson Luiz DellaValle. Notas Introdutórias à Concepção Sistemista de Contrato. In: *Anuário do programa de pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado*. Leonel Severo Rocha; Lenio Streck; (organizadores). São Leopoldo: UNISINOS, 2006, p. 289.

⁸⁶ LUHMANN, Niklas e DE GIORGI, Raffaele. *Teoría de la sociedad*. Op. cit., p. 25.

⁸⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. Op. cit., p. 117.

⁸⁸ De acordo com Javier Torres Nafarrate, “A comunicação constitui um universo autocontido: um mundo. Essa asseveração deve se entender no sentido já utilizado pela física: “A condição de contorno do universo é que não tem fronteira nenhuma. O universo estaria completamente autocontido e não se veria afetado por nada que estivesse fora dele”. (NAFARRATE, Javier Torres. *Galáxias de Comunicação*. Op. cit., p. 159).

⁸⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. Op. cit., p. 116.

reprodutor de suas próprias operações e atua de maneira recursiva, traduzindo-se em conceitos de auto-referência, recursividade, conectividade ou conectabilidade e paradoxo. “A autopoiesis não é nada mais que uma sucessão contínua de “impulsos” de uma operação a outra, nas quais reúnem, de momento a momento, as construções da realidade que conservam e fazem perdurar o sistema”⁹⁰. Em um sistema autopoietico, comunicação gera comunicação a partir de outra comunicação e, conseqüentemente, produz-se a unidade do sistema. Ou seja, um sistema autopoietico auto-referente no sentido de que os respectivos elementos são produzidos e reproduzidos pelo próprio sistema graças a uma seqüência de interação circular e fechada⁹¹.

A sociedade, como um sistema autopoietico, não é somente auto-organizada, mas auto-reprodutiva, e torna-se, deste modo, independente do seu ambiente. O sistema autopoietico é autônomo, tanto no plano estrutural como no plano operacional, ou seja, os estímulos que provém do ambiente não possuem efeitos específicos sobre o sistema. Não obstante, tal autonomia não o transforma em um sistema autárquico. Pelo contrário, tudo o que se produz dele, provém dele mesmo, fazendo com que suas operações se dêem de forma sucessiva e recursiva⁹² ao longo do tempo⁹³.

Sendo assim, um sistema auto-referente torna-se autopoietico quando ocorre a sua abertura cognitiva ao ambiente, sem descaracterizar o seu fechamento operacional. Este processo de abertura cognitiva somente é possível graças ao acoplamento estrutural entre sistema e ambiente. Não que o ambiente determine o sistema, pois a abertura é apenas no plano cognitivo. Assim, um sistema autopoietico é operativamente fechado, mas cognitivamente aberto. Autopoiesis significa, então, capacidade auto-organizativa, auto-regulatória e autoprodutiva, isto

⁹⁰ ROCHA, Leonel Severo, SCHWARTZ, Germano e CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 103-104.

⁹¹ TEUBNER, Gunther. *O Direito como Sistema Autopoietico*. Trad. e prefacio José Engrácia Antunes. Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. X.

⁹² A recursividade é o modo pelo qual o sistema se efetua - para produzir comunicação é preciso uma comunicação anterior -, utilizando-se, para tanto, de um código. Este é expressão precisamente operativa, que garante a continuidade do sistema.

⁹³ O tempo tem o condão de responder a hipercomplexidade, reduzindo-a, condensando operações e, conseqüentemente, fixando estruturas. Desta forma, pode-se afirmar que a autopoiesis se dá com o tempo, que se mostra como uma estratégia para a redução da complexidade, sobretudo complexidade ligada à não-coincidência do conjunto de enunciados, das comunicações e das decisões do sistema. Não há sistema fora do tempo, eis que qualquer distinção/diferenciação constitui-se de dois lados da forma e para passar de um lado para outro se faz necessária uma operação, a qual, por óbvio, requer tempo. Enfim, a concepção de tempo é a diferença entre a simultaneidade e a diferença entre passado e futuro.

é, o próprio sistema regula seus limites de diferenciação entre sistema e ambiente, e ainda, organiza e (re)produz seus elementos, processos e estruturas. Segundo Teubner:

(...) a teoria dos sistemas autopoieticos está assente no pressuposto de que a unidade e identidade de um sistema deriva da característica fundamental de auto-referencialidade nas suas operações e processos. Isso significa que só por referencia a si próprios podem os sistemas continuar a organizar-se e reproduzir-se como tais, como sistemas distintos do respectivo meio envolvente. São as próprias operações sistêmicas que, numa dinâmica circular, produzem os seus elementos, as suas estruturas e processos, os seus limites, e a sua unidade essencial ⁹⁴.

A autonomia do sistema autopoietico é fruto de sua clausura operacional e é ela que permite distinguir o próprio sistema do seu entorno. As operações que levam à produção de novos elementos de um sistema dependem das operações anteriores do mesmo sistema e constituem o pressuposto para as operações posteriores. Nenhum sistema pode operar fora de seus próprios limites: cada sistema possui um ambiente e se adapta a ele, sob pena de não existir (acoplamento estrutural). Isso é assim em razão de que todo o organismo (sistema vivo, por exemplo) necessita de um ambiente próprio, pois todo o contato do sistema é um autocontato do próprio sistema. “Em nenhuma parte o sistema pode reencontrar um ambiente que ele já não tenha produzido nele mesmo e que lhe demandaria as performances de adaptação concerta à sua ‘realidade objetiva’” ⁹⁵.

(...) o sistema mantém uma forma indireta de interação com o seu ambiente, num processo de acoplamento, através do qual, pode-se dizer que há uma espécie de decodificação das irritações causadas pelo ambiente ao sistema. Para tanto, o sistema utiliza de suas próprias interações internas (fechamento operacional), circularmente organizadas em resposta a ruídos externo (*order from noise*) ⁹⁶.

Um sistema autopoietico é, sobretudo, paradoxal. É um sistema que lida com o paradoxo, com o passado e o futuro ao mesmo tempo, utilizando-se do presente como ponto de diferença entre aqueles. O sistema só existe no presente e simultaneamente com o próprio ambiente. O

⁹⁴ TEUBNER. *O Direito como Sistema Autopoietico*. Op. cit., p. 31, 32.

⁹⁵ ROCHA, Leonel Severo, SCHWARTZ, Germano e CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Op. cit., p. 110, 111.

⁹⁶ ROCHA, Leonel, CARVALHO, Delton Winter de. Auto-referência, circularidade e paradoxos na Teoria do Direito. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado*. Leonel Severo Rocha; Lenio Streck; (organizadores). São Leopoldo: UNISINOS, 2002, p. 236-237.

passado e o futuro mostram-se, apenas, como possibilidades. Ademais, conforme leciona Jean Clam, o sistema autopoietico é paradoxal “no sentido de que ele não dispõe, nele mesmo, de uma fórmula de unidade e de finalidade, nem de garantia de ser qualquer coisa. Assim, ele não pode, jamais, almejar à consistência da função global”⁹⁷.

O paradoxo do sistema autopoietico figura, também, no fato de que o fechamento do sistema não pode se realizar sem a abertura para mundo. Neste sentido, a clausura operacional é condição de possibilidade para a abertura do sistema. Isso significa dizer que o sistema autopoietico é aberto e fechado ao mesmo tempo, ou seja, “é um sistema que tem repetição e diferença, tendo que equacionar no seu interior esse paradoxo”⁹⁸.

A sociedade é um sistema social auto-referente e autopoietico, pois possui todas as características necessárias para essas qualificações: primeiro, porque numa rede recursiva fechada, a partir do auto-contato, ou seja, o sistema social é capaz de estabelecer relações consigo mesmo e de (auto) observar as diferenças produzidas no interior das suas estruturas; segundo, porque o sistema social possui autonomia em relação ao seu ambiente, sendo, portanto, capaz de organizar-se, regular-se e (re)produzir-se. Assim, o sistema social não se comunica com os seres humanos, tampouco com a complexidade bruta do mundo; a comunicação é uma realidade emergente que se diferencia dos pensamentos produzidos pelos sistemas de consciência. Segundo Luhmann:

(...) a sociedade é o sistema social mais amplo de reprodução da comunicação através da comunicação. É um sistema autopoietico. Ela é um sistema fechado, auto-referencial, já que não existe nenhuma comunicação entre sociedade e seu ambiente, por exemplo, entre a sociedade e pessoas que vivem individualmente. Toda comunicação é uma operação interna à sociedade, é produção de sociedade e se expõe como acontecimento empírico, não somente à continuação, mas também à observação através de outras comunicações⁹⁹.

A autopoiesis dos sistemas sociais é garantida por meio de um processo de acoplamento estrutural que permite a cada sistema uma abertura cognitiva com o seu respectivo ambiente. A

⁹⁷ ROCHA, Leonel Severo, SCHWARTZ, Germano e CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Op. cit., p. 103.

⁹⁸ ROCHA, Leonel Severo, SCHWARTZ, Germano e CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Op. cit., p. 38.

⁹⁹ LUHMANN, Niklas. Novos Desenvolvimentos na Teoria dos Sistemas. In: NEVES; SAMIOS (Org.). *Niklas Luhmann*. Op. cit., p. 58.

abertura do sistema autopoietico representa o fato de que as comunicações, por exemplo, podem se referir aos dados do mundo somente de maneira indireta. É por meio do acoplamento entre sistema e ambiente que o sistema consegue observar as irritações do seu ambiente e pode reacionar a elas, introduzindo diferenças próprias e, conseqüentemente, podendo gerar informações ao sistema. As estruturas dos sistemas se formam como resposta às contínuas “irritações” provenientes do entorno, do meio, e só assim mantém a autopoiesis do sistema. Segundo Rocha, “um sistema diferenciado deve ser, simultaneamente, *operativamente fechado* para manter a sua unidade e *cognitivamente aberto* para poder observar a sua diferença constitutiva”¹⁰⁰.

A abertura cognitiva dos sistemas é assegurada por meio da codificação da linguagem (positivo/negativo). Cada sistema social tem uma codificação própria: Ciência - verdadeiro/falso; Direito - legal/ilegal; Economia - propriedade/não propriedade; Política - poder/não poder. Segundo Nicola, “a codificação nada mais é do que a duplicação de todas as propostas de sentido graças a uma diferença entre sim ou não, como aceitação ou refuto. O sistema de comunicação mantém, assim, alta a sua capacidade de lidar com a complexidade previamente estruturada”¹⁰¹.

De acordo com Rocha, “um sistema apenas fechado é impossível – não pode haver um sistema que se auto-reproduza somente nele mesmo, e um sistema aberto não é mais sistema, é inútil”¹⁰². Desta forma, o sistema social não é aberto nem fechado; *é autopoietico*.

1.1.4.3. As Estruturas dos Sistemas Sociais: Normativa e Cognitiva

Do até aqui exposto, pode-se chegar a conclusão de que a estrutura corresponde a uma constância relativa do sistema. É isso, contudo, não apenas isso. A estrutura do sistema social

¹⁰⁰ ROCHA, Leonel Severo. *Interpretação Jurídica e Racionalidade*. Rev. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos 35. Florianópolis/SC: UFSC, 1997, p.21.

¹⁰¹ NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e função do direito na teoria da sociedade. In ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos da Auto-Observação*. Op. cit., 1997, p. 228.

¹⁰² ROCHA, Leonel. O Direito na forma da Sociedade Globalizada. In: *Anuário do programa de pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado*. Leonel Severo Rocha; Lenio Streck; (organizadores). São Leopoldo: UNISINOS, 2001, p. 135.

fortalece a seletividade, na medida em que possibilita a dupla seletividade. Elas possuem um efeito aliviante na medida em que estabelecem as referências de uma seleção a outra, eis que através de uma seleção, as estruturas restringem o âmbito de possibilidades. Mesmo quando o ato de seleção não é consciente, a estrutura continua sendo seletiva, sedimentando um recorte mais delimitado das possibilidades de experimentação e ação.

A referência à complexidade e à contingência faz com que se chegue à constatação de que as estruturas de um sistema social servem para regular a complexidade do sistema. Isso porque as estruturas são condições que delimitam o âmbito de relação das operações de um sistema e, por conseguinte, elas também possuem o condão de estabilizar, no sentido de que garantem a seqüência de operações dentro do sistema social.

(...) a estrutura de um sistema social tem por função regular a complexidade do sistema. Em última análise a complexidade de um sistema é sempre a complexidade estruturalmente possibilitada (contingente), mas por outro lado também a estrutura do sistema depende de sua complexidade, pois improváveis estruturas arriscadas, como mutabilidade legal do Direito, já pressupõem uma alta complexidade do sistema. Sistemas simples têm necessidades estruturais diferentes dos sistemas mais complexos, mas também possuem menos possibilidades de erigir e manter estruturas relevantes enquanto pressupostos de outras possibilidades estruturais¹⁰³.

Um sistema sem estrutura deixaria de ser sistema, uma vez que não seria capaz de estabelecer seu procedimento nas próprias operações e se encontraria frente à indeterminação das relações e, portanto, seria incapaz de continuar a própria autopoiesis. Ou seja, é através da estrutura que um sistema adquire suficiente 'direção interna' que torna possível a auto-reprodução¹⁰⁴. Sem as estruturas no sistema social não se poderia decidir, por exemplo, que assuntos seriam tratados, nem mesmo quem deveria iniciar a comunicação e quando.

Un caos sin estructura sería absolutamente inseguro, eso sería lo único seguro. En el fondo, ninguno de los dos términos tiene significado para tal estado. Mediante un proceso de diferenciación de las estructuras de expectativas, este estado es sustituido por un juego de combinaciones de expectativas relativamente seguras e inseguras, positivas y negativas¹⁰⁵.

¹⁰³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Op. cit., p. 15.

¹⁰⁴ A partir de cada elemento se faz acesso a outros elementos de forma determinada.

¹⁰⁵ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales*. Op. cit., p. 312.

No caso dos sistemas sociais, as estruturas são *estructuras de expectativas* que representam possibilidades de comunicação, sobre as quais o sistema pode se orientar. A realização da comunicação se baseia na possibilidade de antecipar as outras antecipações do outro. Esperar a expectativa do outro é condição para orientar as ações e continuar a comunicação, sob pena de não existir sistema social. As expectativas das expectativas no interior do sistema social são estruturas. As estruturas de expectativas reflexivas (expectativas que se referem à outras expectativas) permitem coordenar as seleções da outra parte na comunicação, possibilitando a comunicação e, conseqüentemente, a autopoiesis do sistema social¹⁰⁶.

O objetivo das estruturas é fixar limites, permitindo ao sistema também lidar com a complexidade. Entretanto, as estruturas não excluem a possibilidade de desapontamentos, razão pela qual, na avaliação da adequação de estruturas sempre deve se considerar o problema de desapontamentos.

Formación de estructuras no quiere decir simplemente sustituir inseguridad por seguridad. Más bien, con un grado mayor de probabilidad, se posibilitan cosas determinadas y otras se excluyen, respecto de lo cual las expectativas pueden ser entonces prácticamente saldada al confrontarse con una realidad segura/insegura¹⁰⁷.

Trabalhar com estruturas significa aceitar os riscos. O risco é a possibilidade de que sua expectativa seja frustrada e, conseqüentemente, disto surjam danos futuros. “El riesgo está caracterizado por el hecho de que, no obstante la posibilidad de consecuencias negativas, conviene, de cualquier modo, decidir mejor de una manera que de otra”¹⁰⁸. Ou seja, a necessidade de seleção, forçada pela própria complexidade do sistema, gera a contingência, no sentido de que as possibilidades apontadas ou verificadas podem ser diferentes das esperadas. Isso cria, conseqüentemente, o perigo de desapontamento e a necessidade de assumir riscos,

¹⁰⁶ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena e BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la Teoría Social de Niklas Luhmann*. Op. cit., p. 81.

¹⁰⁷ LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociales*. Op. cit., p. 312.

¹⁰⁸ CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena e BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Op. cit., p. 141.

principalmente, diante de situações de complexidade mais elevada, onde se faz necessário esperar a decepção ¹⁰⁹.

A decepção de expectativas tem uma função importante, já que permite transformar uma complexidade indeterminada em desapontamentos e, por conseguinte, afrontar as diferentes situações que se apresentam em seu ambiente.

Diante do desapontamento, o sistema social coloca à disposição alternativas diversas para reagir à expectativa frustrada: mudar a expectativa frustrada, adaptando-a à realidade, ou manter a expectativa, ‘lutando’ contra a realidade decepcionante. Na primeira opção, está-se diante das expectativas denominadas por Luhmann de *cognitivas*, enquanto que no segundo caso, trata-se de expectativas *normativas*.

A diferenciação entre expectativas normativas e cognitivas é definida em termos funcionais. Está-se diante de expectativas cognitivas quando, em razão do desapontamento, as mesmas são adaptadas à realidade. São caracterizadas por uma nem sempre consciente assimilação em termos de aprendizado, ou seja, o sistema aprende. Nas expectativas normativas, ocorre o contrário, elas não são eliminadas no caso de frustrações, ou seja, não assimilam os desapontamentos e não há aprendizado por parte do sistema.

As normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos. Seu sentido implica na incondicionalidade de sua vigência na medida em que a vigência experimentada e, portanto, também institucionalizada, independentemente da satisfação fática ou não da norma. O símbolo do “dever ser” expressa principalmente a expectativa dessa vigência contrafática, sem colocar em discussão essa própria qualidade – aí estão o sentido e a função do “dever ser” ¹¹⁰.

O fático abrange o normativo, porque toda a expectativa é fática. Isso significa que é errônea a concepção kelseniana de oposição entre o ser e o dever ser. O oposto normativo não é o fato, mas o cognitivo. Compreende-se, portanto, a função da diferenciação: colocar à disposição duas alternativas (assimilação ou não de frustrações), funcionalmente equivalentes, que

¹⁰⁹ ROCHA, Leonel, DUTRA, Jéferson Luiz Della Valle. Notas introdutórias à concepção sistêmica de contrato. Op. cit., p. 288-289.

¹¹⁰ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Op. cit., p. 57.

possibilitam a continuidade da vida após os desapontamentos. “A separação entre ser e dever ser, ou entre verdade e direito não é estrutura do mundo dada a priori, mas uma aquisição da evolução”¹¹¹.

As expectativas normativas e cognitivas, em determinadas situações, se mesclam, não estando claramente separadas. Entretanto, para casos importantes ao sistema social, é fundamental que tais expectativas, cognitivas e normativas, se generalizem separadas, através de estruturas sociais como o Direito, no âmbito das expectativas normativas, e como a verdade científica, no âmbito das expectativas cognitivas. No caso do Direito, a decepção ou a satisfação das expectativas se consideram segundo a distinção entre comportamento: conforme ou não conforme o Direito¹¹².

Não obstante, a decepção pode levar à formação de normas através da normatização a *posteriori*, isso porque o risco da decepção também pode ser tratado na estrutura de expectativas, em especial onde as expectativas não são auto-evidentes, já que se torna necessário esperar os desapontamentos.

É tão-somente nessa esfera das expectativas não auto-evidentes que surge a diferenciação entre expectativas cognitivas e normativas, eis que tal separação exige o deslocamento do risco para o interior da estrutura de expectativas, onde ele emerge à consciência e é controlado.

Trata-se (...) de deslocar o problema de complexidade e da dupla contingência para o interior da própria estrutura de expectativas, que a partir daí é obrigada a sustentá-lo na forma de uma contradição. (...) Em termos de uma expectativa normativa (...) isso significa o recuo a uma projeção contrafática, como a exemplarmente realizada através do direito garantido pelo Estado. (...) exige que em situações de desapontamento seja possível a demonstração da sustentação da expectativa. O princípio implícito em ambos os casos sustenta o avanço de uma evolução, e significa o aumento da complexidade interna da estrutura de expectativas, que se torna, assim, mais adequada ao mundo¹¹³.

Entretanto, em que pese a característica de assimilação de desapontamentos inerentes às expectativas cognitivas e a de não assimilação de decepções inerentes às expectativas normativas,

¹¹¹ Idem. Ibidem., p. 58.

¹¹² Utilizar-se-á, também, como sinônimas, a expressão Direito/não Direito.

¹¹³ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Op. cit., p. 62.

há a possibilidade de não adaptação à realidade no nível cognitivo e de aprendizado do sistema no âmbito normativo de expectativas, em razão de que se estabelecem estratégias de minimização de riscos. Na esfera cognitiva, procura-se, inicialmente, explicações que interpretam o desapontamento como exceção, mantendo a expectativa.

No que tange as expectativas normativas, a perseverança interna de manutenção da expectativa repetidamente frustrada tem seus limites. Em sociedades muito complexas com Direito positivo há adaptação, inclusive com mudanças legais, ou seja, assimilação legitimada.

La espectación normativa se puede aguardar o normativa o cognitivamente, siempre y cuando se puedan separar los distintos niveles de operación; lo que quiere decir que las ocasiones se puedan especificar de manera claro y distinta. Entonces, por un lado, se puede anticipar normativamente que las expectativas normativas se mantendrán y se impondrán: el apoyo social general del sistema jurídico depende de gran medida de que esto suceda. Pero, por otro lado, se puede esperar que las expectativas normativas sean capaces de aprender; esto significa que puedan ser modificadas dentro de un contexto cognitivo (...).¹¹⁴

A diferenciação de estruturas de expectativas normativas e cognitivas com a expectabilidade das expectativas do outros é que permite o convívio humano, a formação do Direito e a evolução social.

1.1.5. O Direito como Sistema Social Autopoiético

Do exposto, pode-se constatar que o Direito é um sistema parcial do sistema social. Isso porque a evolução levou a sociedade moderna para uma situação na qual a interação social, cada vez mais, cede espaço aos sistemas sociais. Com muita maestria, Luhmann é categórico ao afirmar que “em sociedades complexas e altamente diferenciadas a seleção comunicativa já não garante a estabilidade e a reproducibilidade das soluções dos problemas. A *estabilização*, então, requer um mecanismo especial: *a formação de sistemas*”¹¹⁵.

¹¹⁴ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Op. cit., p. 136.

¹¹⁵ LUHMANN. *A Improbabilidade da Comunicação*. Op. cit., p.116.

Desta forma, o sistema social busca reduzir a complexidade, sem perder a sua identidade, diferenciando múltiplas funções, ou seja, formando os diversos sistemas sociais, também denominados de subsistemas sociais ou sistemas sociais parciais ou ainda sistemas sociais de segundo grau. Destarte, a sociedade se torna um sistema social que compreende todos os demais sistemas sociais parciais, tais como o direito, a economia, a ciência, a política, etc..

Quando o Direito, como função da sociedade, evolui a ponto de conseguir relacionar-se consigo mesmo (auto-referência), e observar as diferenças existentes entre si e as demais funções sociais especializadas (por exemplo, a economia e a política); e ainda, adquire a capacidade de regular os seus limites e de produzir seus elementos, processos e estruturas (autopoiesis), pode-se afirmar que o Direito se autonomizou do sistema social geral e transformou-se num sistema social. Logo, o Direito operará dentro de uma codificação binária específica que possa guiar as próprias operações auto-reprodutivas. Tal fato só se torna possível através do processo de observação da diferença, onde o sistema jurídico é a unidade da diferenciação entre o lado interno (sistema) e o lado externo da forma (ambiente). A sociedade, portanto, torna-se ambiente deste sistema social parcial.

O Direito é, assim como a sociedade, um sistema autopoietico no sentido de que seus elementos são produzidos e reproduzidos pelo próprio sistema, através de uma seqüência de interação circular e fechada. Como sistema autopoietico, o Direito não é aberto nem fechado, *mas sim um sistema aberto e fechado*. Rocha afirma que, “um sistema diferenciado deve ser, simultaneamente, *operativamente fechado* para manter a sua unidade e *cognitivamente aberto* para poder observar a sua diferença constitutiva”¹¹⁶.

Nenhum subsistema pode operar autopoieticamente fechado se não se encontra acoplado estruturalmente ao seu ambiente. O acoplamento estrutural permite o aumento da sensibilidade do subsistema e, conseqüentemente, permite irritações provenientes do ambiente, unida a uma maior indiferença em relação a outros. Tal movimentação diminui as possibilidades de destruição do sistema parcial e produz uma coordenação pragmática. A título de exemplo, o acoplamento estrutural entre Direito e Política é regulado por meio da Constituição. A Constituição liga o

¹¹⁶ ROCHA, Leonel Severo. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Op. cit., p. 36.

sistema político ao Direito, uma vez que o comportamento contrário ao Direito conduz ao fracasso Político. Por conseguinte, o Sistema Político, através de leis, joga novidades ao Sistema Jurídico. Entretanto, apesar deste acoplamento estrutural, suas operações recursivas são internas e autônomas: o significado político de uma lei é distinto de sua validade jurídica ¹¹⁷. Ou seja, o Direito se relaciona com os demais sistemas parciais por meio de suas prestações recíprocas, entretanto, cada subsistema opera internamente com seu próprio código e sem aceitar informação proveniente de outros subsistemas.

O sistema jurídico opera de maneira auto-referente, pois todas as suas decisões se referem à outras decisões do mesmo sistema. A auto-referência implica dizer que o sistema jurídico trata todo o Direito como auto-produzido, como Direito Positivo. Todo o sistema do Direito é, portanto, fruto de sua própria história; se baseia em estados anteriores e gera as condições para seu desenvolvimento posterior. Desta forma, entende-se a si mesmo como resultado da evolução da normatividade primitiva.

O Direito, como subsistema social, tem sua base reprodutiva no sentido, ou seja, seus elementos constitutivos são comunicações jurídicas (e não seres humanos). Desta forma, ele orienta suas comunicações por meio de um código binário, próprio e diferenciado, suficientemente estável: Direito/Não-Direito.

O código é o que facilita as operações recursivas do sistema, a função ou o próprio cumprimento de sua função. A função diferencia funcional e clausalmente o subsistema. Ainda, é o código que diferencia o sistema do entorno. O código binário relativo à função de um subsistema é de sua exclusividade e opera a partir de seus próprios elementos. O código dá a contrapartida, a equivalência negativa necessária para que se possa minimizar a contingência ¹¹⁸.

De acordo com Campilongo ¹¹⁹, o sistema jurídico moderno é um conjunto de operações de comunicação diferenciado e cumpre uma função específica, qual seja: distinguir o Direito do não-Direito, o lícito do ilícito, o legal do ilegal. Desta forma, objetiva reduzir a complexidade

¹¹⁷ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Op. cit., p. 49-51.

¹¹⁸ ROCHA, Leonel Severo, SCHWARTZ, Germano e CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Op. cit., p. 75/76.

¹¹⁹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. Op. cit., p. 162.

social, especializando-se na produção de um tipo particular de comunicação que procura garantir expectativas de comportamento assentadas em normas jurídicas.

Para que possa haver um mínimo de ordem social, de neguentropia, faz-se necessário a criação de expectativas confiáveis sob as quais se possam erigir estruturas que gozem de uma estabilidade seletiva, caso contrário o sistema social seria marcado pelo caos e a desordem, como processo irreversível de dissipação de energia (entropia) ¹²⁰.

Ademais, o Direito é um sistema que tem repetição e diferença, tendo que equacionar no seu interior esse paradoxo, que os operadores do Direito vão usar como critério para tomar decisões. As decisões jurídicas são comunicações especializadas, onde se aplica o código binário.

O direito moderno caracteriza-se pela sua positividade. Ele, em outras palavras, é posto com base em decisões e pode ser continuamente transformado com base em decisões cuja produção é regulada por procedimentos de natureza jurídica, definidos, também estes, pela sua própria transformabilidade. O Direito moderno, portanto, é uma estrutura seletiva definida pela variabilidade estrutural. A ciência, diante do problema da variabilidade estrutural, encontra-se desarmada ¹²¹.

Nas sociedades diferenciadas funcionalmente, o Direito desempenha uma função específica de garantir as expectativas normativas e dispõe de mecanismos que lhe permitem reagir frente à complexidade vinda do ambiente. Essa é a razão do porque o Direito é um sistema autopoiético, eis que é ao mesmo tempo um sistema fechado em suas operações (o Direito produz Direito por meio do Direito) e aberto cognitivamente à complexidade do seu ambiente ¹²².

1.2. A Criminalidade Transnacional

1.2.1.A Crescente Criminalidade

Com a globalização acirraram-se os problemas sociais, que se tornam igualmente globalizados. As transformações ocorridas na sociedade mundial, principalmente às ligadas a

¹²⁰ ROCHA, Leonel Severo; DUTRA, Jeferson Luiz Della Valle. *Notas Introdutórias à Concepção Sistemista de Contrato*. Op. cit., p. 293.

¹²¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. Op. cit., p. 184.

¹²² Idem, *Ibidem*, p. 169.

economia, repercutem intensamente na esfera do crime. Desta forma, têm-se atualmente novas práticas criminosas que começam a surgir e que desafiam o sistema político e o sistema jurídico a buscar novas estratégias de repressão e controle.¹²³

O advento de novas tecnologias e as mudanças no modo de produção aumentaram os níveis de desemprego e de exclusão social, inclusive nos países da Europa, onde há maior estabilidade econômica. O mercado informal de trabalho, aquele que ocorre fora da proteção da legislação trabalhista e previdenciária, cresceu, tornando-se um meio para o trabalhador desempregado não passar fome.

A oferta aumenta, mas a demanda diminui. Então, é lógico que o nível da receita total da maioria desses empregos se reduz consideravelmente e que a pobreza se desenvolve e se aprofunda. A desigualdade entre os pobres cresce e a heterogeneidade dos empregos informais aumenta à medida que a inflação, a crise, e o número desses empregos se desenvolvem¹²⁴.

Mas não é só isso. O mundo globalizado contribui para o crescimento da exclusão social. Ser pobre não significa ser excluído. O indivíduo pobre consegue morar, se alimentar e buscar assistência – ainda que precária – à saúde e à educação. Já, o excluído social é o indigente, o miserável que se vê privado das condições mínimas de sobrevivência dentre elas a moradia e a alimentação. Os excluídos não existem para o Estado, eis que muitos deles não dispõem sequer de registro civil.

O Estado, por sua vez, investe de maneira insuficiente em seguridade alimentar, em saúde, em educação e em moradia. “Há um descuido e descaso manifesto pelo destino dos pobres e

¹²³ “En efecto, en el momento actual puede convenirse que el fenómeno más destacado en la evolución de las legislaciones penales del mundo occidental está en la aparición de múltiples nuevas figuras, a veces incluso nuevos sectores de regulación, acompañada de una actividad de reforma de tipos penales ya existentes realizada a un ritmo muy superior al de épocas anteriores.”(MELIÁ, Manuel Cancio. “Derechos penal”del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000. In *Revista Ibero-Americana de Ciencias Penales*. CALLEGARI, André Luís, GIACOMOLLI, Nereu José e KREBS, Pedro (Coords). Ano 3, n. 5, Janeiro/Abril 2002. Porto Alegre: CEIP, p. 201-216, p. 201).

¹²⁴ GENTILI, P. (org.) *Globalização Excludente: Desigualdade, Exclusão e Democracia na nova Ordem Mundial*. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 193.

marginalizados da humanidade, flagelados pela fome crônica, mal sobrevivendo da tribulação de mil doenças, outrora erradicadas e atualmente retornando com redobrada virulência”¹²⁵.

A globalização está aumentando o número de desempregados, subempregados e dos excluídos sociais e, como consequência lógica, o aumento da criminalidade em todos os níveis da sociedade e em todas as camadas sociais. “Atulhados de aparatos tecnológicos vivemos tempos de impiedade e de insensatez. Sob certos aspectos regredimos à barbárie mais atroz”¹²⁶. Corrupção, violência, ausência de perspectiva são efeitos da mentalidade utilitarista que coloca a eficácia e o lucro acima de qualquer coisa, estimulando a prática criminosa não apenas na população miserável, mas nas classes mais altas.

O chamado crime do colarinho branco, em especial aquele cujo agente faz parte de algum governo e que por isso se sente seguro para agir de forma criminosa porque acredita que está imune a possibilidade de punição, traduz “um descuido vergonhoso pelo nível moral da vida pública marcada pela corrupção e pelo jogo explícito de poder de grupos, chafurdados no pantanal de interesses corporativos”¹²⁷.

A interpenetração entre as máfias, o poder político e econômico é uma característica marcante do final do século XX e início do século XXI, representando o desgosto dos cidadãos pela política e o descrédito no futuro. Mas, além de causar prejuízo à sociedade em seu conjunto, a infiltração do crime no sistema político representa uma “amenaza no solo a las haciendas u otros bienes personales de los ciudadanos, sino al propio sistema político-institucional”¹²⁸.

Ademais, o Estado quase não consegue fornecer serviços básicos à população. A situação de carência permanente acaba facilitando a entrada do chamado crime organizado, em especial, do tráfico de drogas e de armas. O crime organizado toma às vezes do Estado, dando assistência dentro da comunidade em que se instala. Obtém, desta forma, a simpatia e a discrição (lei do

¹²⁵ BOFF, Leonardo. *Saber Cuidar: Ética do Humano – compaixão pela terra*. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 18.

¹²⁶ Idem, *Ibidem*, p. 20.

¹²⁷ BOFF, Leonardo. *Saber Cuidar*. Op. cit., p. 19.

¹²⁸ MELIÁ, Manuel Cancio. “Derechos penal” del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000. Op. cit. p. 209.

silêncio) nas favelas, ora pelo medo, ora porque providenciam paliativamente tratamento de saúde, remédios e alimentação, dentre outros serviços à comunidade. Tal prática não é adstrita apenas ao Brasil, mas acontece em todo o mundo. A maior produtora de cocaína do mundo é a América latina, sendo na Colômbia o país que mais produz e exporta e os Estados Unidos, o maior consumidor.

O desenvolvimento da criminalidade internacional é um dos mais perversos efeitos da globalização, desenvolvendo-se através da atividade econômica das grandes corporações multinacionais, em nível transnacional.¹²⁹ Como observa Valente, há uma certa correlação entre essa nova criminalidade e outras dinâmicas contemporâneas de natureza supranacional nos domínios políticos e econômicos, advindas com a globalização, de forma que o conceito de criminalidade transnacional desenvolvido por Adriano Moreira mostra-se oportuno:

(...) é uma criminalidade transnacional que está em curso, infelizmente um conceito mais vasto que o do terrorismo. Trata-se, acrescenta, de um flagelo capaz de desestabilizar os governos, de afectar os seus valores, de perturbar o funcionamento da economia, de parasitar os rendimentos, de explorar viciosamente os avanços científicos e técnicos, de paralisar o desenvolvimento, de dinamizar uma atitude securitária que atinja os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos (Diário de Notícias, 13.11.01. Pg. 21)¹³⁰.

O elevado grau de risco para a sociedade vem crescendo, explorando a abertura cada vez maior das fronteiras à livre circulação das pessoas e das mercadorias. As redes internacionais do crime altamente organizado está associado ao tráfico de droga, de armamento, à exploração da imigração clandestina, à exploração sexual, à extorsão e o crime econômico e informático. A estrutura do crime organizado passou a ter, predominantemente, um carácter transnacional, ao passo que os mecanismos de controle e de repressão permaneceram nos estritos limites nacionais.

Um combate eficaz a estes tipos novos de criminalidade exige respostas de idêntica natureza e com o recurso a novos instrumentos de prevenção e combate, deixando de fazer sentido a fronteira entre a segurança interna e a segurança externa e diluindo, mesmo, a fronteira entre a segurança e a defesa; mas esse combate deverá sempre travado no terreno da legalidade e da acção judicial e, primariamente, policial, exigindo, nomeadamente, o aprofundamento

¹²⁹ DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *A Extradicação no Alvorecer do Século XXI*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 139.

¹³⁰ VALENTE, Augusto José Monteiro. *Os Novos Desafios da Segurança*. Disponível in: <http://www.republicadireito.com>. Acesso em: consultado em 29.07.2007.

da cooperação judicial, dos serviços de informações e policial entre os Estados e a criação e alargamento de espaços comuns de Justiça e segurança ¹³¹.

Nessa esteira, um combate ao sistema criminal transnacional depende que o sistema jurídico e o sistema político se desenvolvam igualmente em um nível transnacional. Não faz sentido combater apenas nacionalmente algo que é global. Faz-se necessário o acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico em nível transnacional ou supranacional, utilizando-se dos mecanismos e organismos de operacionalização já dispostos nos ordenamentos jurídicos, como tratados e organizações internacionais.

A compreensão dessa nova esfera de crimes que, por suas características, são taxados de crimes transnacionais, requer o abandono das categorias tradicionais, incapazes de responder aos estímulos advindos do ambiente social altamente complexo e contingente. O comportamento sistêmico dos atores sociais que atuam neste sistema criminal incita a uma reflexão sobre a dialética do controle e sobre as interações entre o global e o local ¹³².

1.2.1.1. O Crime Organizado

Há vários estudos sobre o que é o crime organizado, sendo que muitos autores o identificam como “crime globalizado”. Acredita-se que o crime dito organizado movimentaria trilhões de dólares em todo o mundo, fortalecendo os grupos criminosos, organizados. O crime organizado se desenvolve de diversas formas: a primeira delas é o tráfico de drogas e o contrabando de armas de fogo.

A população tem um contato maior com o *microtráfico* que se espalha nos locais de venda de drogas nos bairros e favelas das cidades de todo o país. Os pontos de venda de maconha, cocaína, crack podem ser bares, esquinas, barracas, casas, com número variado de integrantes e

¹³¹ Idem, Ibidem. s/p.

¹³² CAPELLER, Wanda de Lemos. A Transnacionalização no Âmbito Penal: reflexões sobre as mutações do crime e do controle. In *Anuário: Direito e Globalização*, 1: a Soberania. Celso de Albuquerque Mello (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 118.

de consumidores. Os grandes traficantes, por sua vez, trabalham simultaneamente com negócios legais de médio ou grande porte (fazendas, revendedoras de veículos, hotéis, restaurantes, aeroclubes, etc) e têm atividades políticas ou boas relações com pessoas que exercem cargos públicos eletivos ou não.

Pode-se dizer que o crime organizado, como o nome sugere, é uma organização transnacional bastante rígida que, utilizando-se de severa disciplina e métodos de correção pouco piedosos entre os seus integrantes, não possui limites territoriais para sua atuação. Utiliza-se do processo de globalização e da fragilidade dos Estados para expandir, corromper e debochar da estrutura do sistema penal. Dispondo de meios instrumentais de moderna tecnologia, maquina disfarces e simulações e, em resumo, fragiliza os poderes do próprio Estado e torna difícil a responsabilização de seus autores.

Um exemplo de crime organizado transnacional por excelência é o tráfico de drogas, que da sua análise denota-se a existência de um sistema complexo, organizado, que funciona como uma empresa comercial a nível internacional, e que atinge a vida cotidiana das pessoas. O narcotráfico, atualmente, aliou-se ao tráfico de pessoas, mas também pode ser identificado nas práticas de furto e roubo de veículos, roubo de cargas, jogo do bicho, lavagem de dinheiro e outras fraudes financeiras, falsificação de remédios, contrabando, corrupção, sonegação fiscal, crime contra a ordem econômica.

Mas, com certeza, a questão mais importante que se liga ao crime organizado é o lucro que essa atividade proporciona e como esse lucro precisa ingressar nos mercados financeiros internacionais e na economia formal. A “lavagem de dinheiro sujo” é feita através de empresas que funcionam como “laranjas” para que o dinheiro advindo do narcotráfico chegue aos mercados financeiros. A associação do crime organizado com o sistema financeiro internacional é uma realidade favorecida pelas políticas econômicas neoliberais. Conforme salientam Arbex Jr & Tognolli, citados por Ataíde Junior:

A proliferação e o crescimento das máfias foram estimulados pela era neoliberal, cuja a marca principal é a desregulamentação das transações econômicas e financeiras, combinada com a facilidade de deslocamento de imensos capitais via sistemas de computação. Operando a partir de paraísos financeiros, onde

ninguém indaga a origem do dinheiro, as máfias injetam seus recursos no mercado de capitais, criando e sustentando corporações internacionais e respeitáveis organizações de fachada limpa. O dinheiro sujo é, assim, transformado em capital especulativo, ansiosamente esperado e, em geral, muito bem recebido, em especial pelos países emergentes, como Rússia, Brasil, México e Argentina. O resultado óbvio disso é que passa haver uma interpenetração crescente entre dinheiro das máfias e o mercado financeiro institucional. Podemos afirmar, com tranquilidade, que se todas as máfias fossem subitamente destruídas, isso causaria uma catástrofe no mercado de valores mundial ¹³³.

1.2.1.2. O Tráfico de Mulheres, Crianças e de Órgãos Humanos.

A violência dos crimes que transformam o ser humano em objeto ninguém nega. A escravidão, o tráfico de mulheres, o de crianças e o de órgãos humanos causam repúdio a sociedade e geralmente são conseqüências de outras práticas criminosas – igualmente perversas – como a prostituição, o turismo sexual e o tráfico de drogas. Para realizá-los, associam-se ainda outras práticas delitivas tais como: a formação de quadrilha, a falsificação de documentos e a evasão de divisas.

De acordo com Damásio de Jesus, caracteriza o crime de tráfico de pessoas:

Todos os atos ou tentativas presentes no recrutamento, transporte dentro ou através das fronteiras de um país, compra, venda, transferência, recebimento ou abrigo de uma pessoa envolvendo o uso do engano, coerção (incluindo o uso ou ameaça de uso de força ou o abuso de autoridade) ou dívida com propósito de colocar ou reter tal pessoa, seja por pagamento ou não, em servidão involuntária (doméstica, sexual ou reprodutiva) em trabalho forçado ou cativo, ou em condições similares à escravidão, em uma comunidade diferente daquela em que tal pessoa viveu na ocasião do engano, da coerção ou da dívida iniciais ¹³⁴.

Movimentando cerca de nove bilhões de dólares e perdendo em lucratividade apenas para o tráfico de drogas e para o contrabando de armas, o tráfico internacional de pessoas lucra cerca

¹³³ ATAIDE JÚNIOR, Wilson Rodrigues. A Globalização e o Neoliberalismo e suas Repercussões no Mundo do Trabalho e do Crime. In *Cadernos de Pós-graduação em Direito da UFPA*, n. 15. Belém: Programa de Pós-graduação em Direito 2001, p. 130.

¹³⁴ JESUS, Damásio E. D. *Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças*. Brasil. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 7.

de trinta mil dólares por ser humano traficado. Assevera Damásio que não há cifras precisas sobre os mesmos, face à dificuldade de apuração e a dificuldade de identificação de seus autores. Não obstante informa o autor que segundo a Organização Internacional da Migração as vítimas deste tipo de crime chegariam a quatro milhões, enquanto o Serviço de Inteligência dos Estados Unidos menciona que somente em 1999 cerca de cinquenta mil mulheres foram traficadas para esse país ¹³⁵.

Os autores do crime de tráfico internacional de mulheres estabelecem rotas, que são caminhos traçados previamente pelas pessoas ou grupos que realizam o tráfico, por lhes serem mais favoráveis e com menores riscos. Tem-se que as “regiões fornecedoras mais importantes são Gana, Nigéria e Marrocos (na África), Brasil e Colômbia (na América Latina), República Dominicana (no Caribe) e Filipinas e Tailândia (no sudeste da Ásia)” ¹³⁶.

O tráfico de crianças causa repúdio ainda maior por caracterizar uma violação dos Direitos Humanos de milhões de crianças, e atinge – quase que absolutamente – o sexo feminino. O comércio de crianças que são levadas de seu meio familiar – muitas vezes com a anuência dos pais que as vedem - para um outro lugar, em geral, além das fronteiras de seu país. A Organização Internacional do Trabalho calcula que em junho de 2003 cerca de 8,4 milhões de crianças eram diretamente exploradas por redes que se dedicam à prostituição e escravidão.

Trata-se de um caso absurdo e inaceitável de violência contra a infância. De acordo com Thanh-Dam Truong, citado por Del’Olmo, as novas formas de exploração refletem a natureza cruel da ganância humana e a incoerência dos sistemas morais nesta etapa da sociedade. Segundo o autor, “provas recentes sugerem destinar-se agora o tráfico de seres humanos também para outras atividades lucrativas, como a mutilação de crianças seqüestradas para emprego como mendigos, ou a extirpação de seus órgãos para serem comercializados” ¹³⁷.

Essa violência aos Direitos Humanos da criança, aliada a inexistência de uma regulamentação supra-estatal da adoção, fez florescer, em nível mundial, o tráfico de crianças, o

¹³⁵ JESUS, Damásio E.d. *Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças*. Op. cit., p. 14.

¹³⁶ Idem, *Ibidem*, p. 25.

¹³⁷ DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *A Extradução no Alvorecer do Século XXI*. Op. cit., p. 139.

que levou à Convenção sobre Cooperação Internacional e Proteção de Crianças em matéria de Adoção Internacional em 1993.

Por fim, e não menos repugnante, o tráfico de órgãos humanos para a comercialização. Os beneficiários dessa prática delituosa são pessoas instruídas, escolarizadas, com bom padrão econômico, tais como médicos altamente especializados, hospitais dotados de avançados equipamentos cirúrgicos e sofisticadas instalações que possibilitem a realização do transplante de órgãos, o que dificulta a identificação e punição destes delinquentes.

De acordo com Del'Olmo, há registro da existência de tráfico de órgãos humanos no "Brasil, na China, em Honduras, no México e no Peru, destinando-se em sua maioria os órgãos assim criminosamente traficados a compradores alemães, suíços e italianos"¹³⁸.

No Brasil, o Jornal de Brasília de 06 de outubro de 2004, revela que, na época, o comércio ilegal de órgãos humanos movimentava de US\$ 7 a US\$ 12 bilhões anuais em todo o mundo. A prática desumana dos médicos revela um verdadeiro homicídio doloso e duplamente qualificado, o qual é facilmente constatado pelo depoimento de duas ex-enfermeiras do Hospital Regional do Vale de Taubaté (SP):

As ex-enfermeiras contaram em depoimento à CPI do Tráfico de Órgãos que um grupo de médico daquele unidade de saúde faziam a retirada de rins de pacientes ainda vivos. De acordo com elas, essa prática vinha ocorrendo desde 1996. As enfermeiras contaram aos deputados que quatro médicos do hospital "acelerarava" a morte de um paciente para facilitar a retirada de seus órgãos. De acordo com elas, isso era feita com a aplicação de medicamentos.

A enfermeira Rita Maria revelou que um dos casos envolveu o paciente José Faria Carneiro, de aproximadamente 40 anos, que deu entrada no hospital com suspeita de traumatismo craniano. Rita conta que, juntamente com uma colega, preparou o centro cirúrgico, mas achou estranho o movimento de médicos no local. Disse que havia até urologista no momento da cirurgia.

Segundo Rita, antes da cirurgia, houve uma discussão entre os médicos e a anestesista, que relutava participar do procedimento. "Depois cortaram o abdome do paciente, tiraram os rins. Aí quando tirou o rim, um dos médicos pegou e pediu que pegasse a caixa", contou a enfermeira à CPI.

Durante a cirurgia, segundo Rita, o paciente tentou levantar-se várias vezes. A enfermeira contou que os médicos fizeram "um furo no paciente... ele foi

¹³⁸ Idem, Ibidem.

parando, foi caindo a pressão, foi caindo tudo". Em seguida, o corpo foi enviado para a UTI do hospital ¹³⁹.

O tratamento dispensado aos seres humanos é de objeto, mercadoria, numa perspectiva capitalista de desenvolvimento, ou seja, a atividade é fria e indiferente. Mas, mais do que isso, é uma prática criminosa de violação grave, brutal e inescrupulosa aos Direitos Humanos, exigindo, portanto, um enfrentamento que responsabilize, não apenas o agressor, mas também o Estado.

A extradição, neste ínterim, mostra-se como uma alternativa para a aplicação da legislação punitiva e meio de cooperação internacional para a repressão do crime e da impunidade.

1.2.1.3. Terrorismo

A doutrina não é pacífica a respeito da definição da palavra terrorismo, que, por certo, deriva de terror. No dicionário temos como o sistema de alcançar ou tomar o governo por meio do terror ou da violência ou, sistema de tentar alcançar seus objetivos por meio do terror¹⁴⁰. Segundo Manuel Vieira, citado por Amorim Araújo, “el terrorismo constituye un crimen o una serie de crímenes que se tipifican por la alarma que produce, alarma que se justifica por los medios utilizados para delinquir” e acrescenta:

(...) se trata de crímenes que no solamente ataca la vida y los bienes de una o más personas, sino que constituyen un atentado contra la civilización y el orden público internacional. Como afecta los intereses fundamentales de los Estados, y su relaciones pacíficas, reviste indudablemente las características de un crimen internacional ¹⁴¹.

¹³⁹ *CPI do tráfico de órgãos vai indiciar 30 pessoas*. Disponível em: <http://www.bio-direito-medicina.com.br>, Acesso em 01.05.2007.

¹⁴⁰ ROCHA, Ruth. *Minidicionário*. São Paulo: Scipione, 1996, p. 603.

¹⁴¹ AMORIM ARAÚJO, Luis Ivani de. *Direito Internacional Penal* (delicta iuris gentium). Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 131.

De acordo com Heleno Cláudio Fragoso, citado por Del’Olmo, o terrorismo trata-se de “conduta coercitiva individual e coletiva, com emprego de estratégias de terror violência, que contenham um elemento internacional, ou seja, dirigidas contra alvos internacionalmente protegidos, com a finalidade de produzir um resultado que se oriente no sentido do poder”¹⁴².

A Convenção para a Prevenção e Repressão do Terrorismo assinada em Genebra em 16 de novembro de 1937 define o terrorismo como fatos criminosos dirigidos contra um Estado e cujo fim é de provocar o terror entre determinadas personalidades, grupos de pessoas ou entre o povo.

A exclusão dos chamados crimes políticos dentre os delitos passíveis de extradição traz muitas vezes a tentativa – ardil – de incluir entre eles os atos terroristas. Entretanto, a prática de terrorismo causa repúdio, pois se tratam de medidas que atentam contra a vida e a integridade das pessoas. Os atos de terrorismo têm gerado inquietação crescente, sendo necessário adotar medidas eficazes e urgentes para que seus autores não escapem da justa punição. Observa-se o aumento crescente de atentados contra pessoas e coisas, o seqüestro de diplomatas, o apoderamento ilícito de aeronaves nos mais variados lugares do mundo inteiro. Os atentados do dia 11 de setembro de 2001, em Nova Iorque, contra o World Trade Center, bem como contra o Pentágono em Washington, gerou comoção à sociedade mundial. Demonstrou-se fragilidade de uma potencia mundial e a necessidade de se refletir sobre a construção de uma nova ordem internacional.

Os atos terroristas perturbam a paz e a ordem de todo planeta, ou seja, de países que não são alvos diretos dos atentados. De acordo com Mattos, os terrorismo lançado contra o Estado diferencia-se do praticado nos antigos conflitos anticoloniais. “ O terrorismo moderno é ameaça à paz, enquanto combate silencioso e efeito-supresa, contra a segurança internacional – cujas vítimas são inocentes populações civis – através de um ação difusa não estatal”¹⁴³.

Tal ação difusa não advém, pois, do Estado-nação – embora conte com a atuação declarada (ou não) de agentes internos – mas de uma rede terrorista estabelecida

¹⁴² DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *A Extradção no Alvorecer do Século XXI*. Op. cit., p. 180.

¹⁴³ MATTOS, Adherbal Meira. *Soberania e a Nova Ordem Mundial*. Op. cit., p. 42.

em centros nacionais e distribuída em células nacionais, a exemplo do Eta, Hezbollah, Hamás, e Al Qaeda. Esses grupos terroristas – geralmente integrados por adeptos do fanatismo religioso – beneficiam-se da globalização, que garante e alimenta sua infra-estrutura, através do recrutamento pela *internet* e comunicações por *e-mail*.¹⁴⁴

Assevera Del’Olmo que os efeitos danosos do crime de terrorismo atinge a todas as pessoas, em todos os lugares do planeta e sob variados aspectos.

Nesse acervo insere-se a insegurança, a intranquilidade, os gastos econômicos e as dificuldades de deslocamento das pessoas, pela geração de medidas contra um inimigo desconhecido, que não se sabe onde se encontra e nem em que momento e de que forma vai agir. Assim, vistos de entrada em alguns países, mormente nos Estados Unidos, são dificultados, as passagens aéreas aumentam de preço, pela necessidade de investimentos pelas empresas de aviação na busca de segurança, o que, paradoxalmente, cria problemas para essas firmas, que perdem passageiros, gerando aumento das dificuldades financeiras e mesmo conduzindo algumas delas à insolvência a própria auto-estima das pessoas diminui, pois ninguém mais se sente imune a atos insanos que podem ocorrer a qualquer hora e em qualquer local.¹⁴⁵

Observa-se no final do século XX a incorporação nos ordenamentos jurídicos nacionais da tipificação penal dos atos terroristas¹⁴⁶. Verifica-se uma diversidade quantitativa nas penas de prisão e observa-se que o tipo penal é inserido sob títulos diferentes em distintos ordenamentos jurídicos nacionais (ou seja, quando da colocação nos códigos e leis penais, apresentam-se como crime contra a ordem pública ou a paz pública, contra os direitos humanos, a segurança do Estado ou crimes de caráter internacional). Tais variabilidades refletem a incerteza jurídica em torno das regras antiterror¹⁴⁷.

A tensão em torno do terrorismo é mundial, impelindo um aumento excessivo de complexidade e contingência. A título de exemplo, pode-se lembrar das ações terroristas que

¹⁴⁴ Idem, *Ibidem*, p. 42 e 43.

¹⁴⁵ DEL’OLMO. A Exatidão no Alvorecer. Op. cit., p. 181.

¹⁴⁶ A Constituição Federal de 1988 estabelece o crime de terrorismo como inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, inserindo o repúdio ao mesmo como princípio norteador das relações do país com a sociedade mundial (art. 4, VIII e art. 5, XLIII, CF/88).

¹⁴⁷ Em alguns âmbitos do ordenamento penal, se faz uso do conceito de Direito Penal do Inimigo, no qual se fundem o direito penal simbólico e o punitivismo. Segundo MELIÁ, “un Derecho penal – como ya indica la denominación – que trata a los infractores en alguna medida no como diudadanos, es decir, como sujetos que no han respetado los mínimos de convivencia condensados en las normas penales y que deben ser desautorizados mediante la pena, sino como enemigos, como meras fuentes de peligro que deben ser neutralizadas del modo que sea, cueste lo que cueste”. (MELIÁ, Manuel Cancio. “Derechos penal” del enemigo y delitos de terrorismo. Op. cit., p. 204).

acompanharam os vários movimentos de libertação, das ações terroristas da ETA na Espanha e dos ataques terroristas de 11 de setembro nos Estados Unidos.

Trata-se de uma criminalidade estruturada numa rede de células infiltradas em diversos países, actuando de forma desterritorializada, visando alvos selectivos, de valor estratégico, de natureza política, económica, financeira ou militar e escolhendo locais de implantação em função do critério da máxima vantagem quanto aos seus objectivos futuros. No caso em referência, a sua complexidade reside, ainda, na mistura explosiva das motivações que a suportam, de natureza política, económica e cultural, a que a religião empresta uma bandeira simbólica ao alcance da compreensão das grandes massas.¹⁴⁸

Enfim, o terrorismo e os demais crimes transacionais, como por exemplo, o crime organizado, o tráfico de drogas, a lavagem de dinheiro, o tráfico de mulheres, de crianças e de órgãos humanos, além de violarem os Direitos Humanos, causam revolta à sociedade e ao sistema jurídico pela alta taxa de impunidade. Sendo assim, a extradição mostra-se como um dos meios para combate a essa impunidade internacional.

1.2.2. Direitos Humanos Agredidos

A realização dos direitos humanos é fundamental para a consecução de um Estado e condição de inserção internacional de um país. O seu engajamento na sociedade complexa, contingente e diferenciada funcionalmente teve início com a Declaração Universal de 1948. A partir de 1948 dá-se início a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais. Segundo Piovesan, “forma-se o sistema normativo global de proteção dos direitos humanos, no âmbito das Nações Unidas”¹⁴⁹.

Para Piovesan, esse sistema normativo é integrado por instrumentos de alcance geral – que visam à proteção de qualquer pessoa, concebida em sua abstração e generalidade – e instrumento de alcance específico – assim consideradas as Convenções Internacionais que visam responder a determinadas violações aos direitos humanos, protegendo a pessoa em sua

¹⁴⁸ VALENTE, Augusto José Monteiro. *Os Novos Desafios da Segurança*. Op. cit. s/p.

¹⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 206.

especificidade e concreticidade. Como exemplos: mulheres, crianças, grupos étnicos minoritários, vítimas de tortura, escravidão, etc.¹⁵⁰.

A Declaração Universal de 1948 concebe os Direitos Humanos como universais e inerentes à condição da pessoa humana. De acordo com Bobbio:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem representa a manifestação da única prova através da qual um sistema de valores pode ser considerado humanamente fundado e, portanto, reconhecido: e essa prova é o consenso geral acerca da sua validade. Os jusnaturalistas teriam falado de *consensus omium gentium* ou *humani generis*.¹⁵¹

A dignidade da pessoa humana é princípio de valor supremo e de aporte universal, não podendo ser relativizada em momento algum. Segundo Piovesan, o princípio da dignidade humana é fundamento da ordem jurídica brasileira. E acentua a autora que a dignidade humana e os direitos e garantias fundamentais “passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional”¹⁵².

O que se pode observar na sociedade atual, entretanto, é o surgimento de um paradoxo: a globalização difundiu a proteção dos Direitos Humanos ao mesmo em que ampliou sua violação. Apesar de nos últimos anos os meios de comunicação e a pressão das ONG's¹⁵³ criarem uma opinião pública mais vigilante e, desta forma, exigindo dos Estados o cumprimento dos

¹⁵⁰ Idem, *Ibidem*, p. 206.

¹⁵¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 26.

¹⁵² PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 315.

¹⁵³ Segundo Yamamoto, os atores internacionais são: 1º) os Estados e as organizações internacionais intergovernamentais (OII's) já que ostentam a qualidade de pessoas jurídicas internacionais como titulares de direitos e deveres internacionais, numa relação direta e imediata com as normas internacionais; 2º) Empresas transnacionais, entendidas como aquelas que atuam em mais de um Estado; 3º) indivíduos, movimentos de libertação nacional, as organizações internacionais não-governamentais, o beligerantes, os insurgentes, os territórios sob mandato e tutela, entre outros. As ONG's, segundo o autor, são entidades que participam da vida internacional como grupos de pressão, como igrejas, partidos políticos, organizações sindicais, etc. não possuem personalidade jurídica internacional e, portanto, não participam diretamente da elaboração de normas jurídicas internacionais. (YAMAMOTO, Toru. *Direito Internacional e Direito Interno*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000, 99, 101).

compromissos assumidos nacional e internacionalmente, os Direitos Humanos são violentamente agredidos em todos os países, tanto em fase desenvolvimento como os desenvolvidos.

Lamenta Cançado Trindade que os avanços da civilização e do sistema de proteção internacional desses direitos não tenham impedido as violações graves em todo o mundo ¹⁵⁴. A tecnologia, ao invés de diminuir, potencializou a violação aos direitos fundamentais. Os delitos transnacionais de notória presença na atualidade, tais como o tráfico de mulheres e de crianças, a comercialização de órgãos humanos, a tortura, a escravidão, o crime virtual e o terrorismo, muitos deles (ou quase todos) conseqüências do crime organizado, em especial o tráfico de entorpecentes, “são altamente nocivos à sociedade e de difícil identificação e coibição, gozando seus autores, por vezes, de indesejável impunidade” ¹⁵⁵.

O Direito, a cada dia, nos protege menos da violência e do horror. A loucura do permanente retorno de atitudes genocidas não está sendo evitado pelo Direito Internacional. A paz social é unicamente uma nostalgia iluminista. Operações militares exterminadoras (como a guerra do Golfo Pérsico) podem ser acionadas em nome da segurança internacional, sem nenhuma consideração pelas populações dizimadas. Deploramos a violência com discursos como o que agora estão formulando, sem conseguir impedi-la. Uma postura esquizofrênica. Em nome da segurança, nos tornamos cada dia mais inseguros ¹⁵⁶.

Segundo Rocha, “a sociedade moderna possui condições de controlar as indeterminações, ao mesmo tempo, que não cessa de produzi-las. Isto gera um paradoxo na comunicação” ¹⁵⁷. Observa-se um fracasso nos sistemas de normas sociais em relação à segurança. Hoje, a sociedade não consegue prevenir nem distribuir os riscos, tampouco conseguem responsabilizar os culpados pela violação aos Direitos Humanos; ao contrário, devido à fragilidade de suas instituições, acabam ocultando ou legitimando as agressões. Há um descompasso entre a sociedade global, cuja violação dos Direitos Humanos opera-se de forma transnacional, e o sistema jurídico estatal.

¹⁵⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*. 2 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 157-158.

¹⁵⁵ DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *A Extradção no Alvorecer do Século XXI*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.153.

¹⁵⁶ WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e Ensino do Direito: o sonho acabou*. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. – Florianópolis : Fundação Boiteux, 2004, p. 499.

¹⁵⁷ ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. Op. cit., p. 100.

Sendo assim, não seria exagero falar na necessidade de uma justiça universal, com um direito penal a altura dos fenômenos criminais que não se desenvolvem em apenas um território estatal. Segundo Cançado Trindade¹⁵⁸, graças aos esforços dos órgãos internacionais logrou-se não apenas salvar vidas e reparar muitos danos denunciados e comprovados, mas também alterar medidas legislativas. No entanto, assevera o autor que as modificações no cenário atual com novas e múltiplas formas de violação aos direitos humanos requer capacidade de readaptação e maior agilidade por parte das organizações e acrescente-se: do sistema jurídico. Como bem observa Rocha¹⁵⁹, é preciso antecipar para diminuir a possibilidade de frustração.

Dignidade e solidariedade constituem os dois componentes básicos da matriz simbólica dos Direitos Humanos, segundo Warat¹⁶⁰. Entretanto, ao mesmo tempo em que são reclamados pela sociedade, a dignidade e a solidariedade são também fustigados pela globalização, fazendo com que os delitos próprios da globalização desencadeiem o vazio do Direito e assegurem a seus autores a máxima impunidade. De acordo com Ridruejo, “(...) la dinámica de la sociedad internacional está provocando algunos cambios en el proceso de creación jurídica”¹⁶¹.

A impunidade de crimes como o de lavagem de dinheiro, terrorismo, crime contra o meio ambiente, o tráfico internacional de mulheres e de órgãos ensejam estudo e implementação dos meios de cooperação internacional de combate à impunidade e de repressão ao crime, dentre os quais, o instituto da extradição, principalmente, de delitos que ferem tão gravemente os direitos humanos.

¹⁵⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*. 2 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 148-149.

¹⁵⁹ ROCHA, Leonel Severo. *O Direito na forma da Sociedade Globalizada*. Op. cit.

¹⁶⁰ WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e Ensino do Direito: o sonho acabou*. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 388.

¹⁶¹ RIDRUEJO, José A. Pastor. *Curso de Derecho Internacional Publico y Organizaciones Internacionales*. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1994, p. 84.

2. EXTRADIÇÃO: DOGMÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA E MECANISMO DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

2.1. O Instituto da Extradicação

2.1.1. Considerações Gerais e Antecedentes Históricos

A extradicação é considerada o instituto de cooperação internacional mais antigo da humanidade. Surgiu da necessidade de se reduzir a impunidade de crimes cometidos por indivíduos que utilizavam as fronteiras territoriais e jurídicas de outros Estados para fugir ao julgamento e condenação.

L'estradiçione è istituto antichissimo che há ontraddistino fin dagli albori della storia la convivenza fra le comunità e quindi tra gli Stati. Ancor prima della nascita dello jus gentium di origine romanistica costituiva strumento di collaborazione tra gli Stati anche nell'epoca egizia e fenícia la consegna di malffatorri all'autorità dello Stato ove costoro avevano commesso il reato, perché ivi fossero sottoposti a proceso o scontassero la relativa pena; e tale era la importanza che veniva attribuita al regolare adempimento dell'obbligo internazionale di consegna della persona richiesta che incaso contrario non era escluso affoto il ricorso alle armi ¹⁶².

Tem-se conhecimento de um tratado de paz entre hiitas e egípcios, em 1291 a.C. (séc. XIV a. C.), considerado o documento diplomático referente à extradicação mais antigo da humanidade, onde se estabeleceu a extradicação de egípcios ou hiitas que, fugidos de seu país de origem, se refugiassem no Egito ou no Hatti, adotando-se as medidas necessárias para o detido ter assegurada as garantias correspondentes a sua integridade corporal, da família e dos bens ¹⁶³.

¹⁶² CATELANI, Giulio. *I Rapporti Internazionali in Matéria Penale: estradiçione, rogatorie, effetti delle sentenze penali stranieri*. Milano: Giuffrè Editore, 1995, p. 15; DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *A Extradicação no Alvorecer do Século XXI*. – Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 15.

¹⁶³ SÁNCHEZ, Guillermo Colín. *Procedimientos para la Extradición*. México: Editora Porrúa, S/A, 1993, p. 3.

Os povos germânicos, por sua vez, consideravam o Império universal e, desta forma, praticamente não conheceram o instituto da extradição: ignoravam as fronteiras, indo onde fosse preciso em busca de seus criminosos.

Na Idade Média, com o advento de grandes conquistas territoriais, qualquer pessoa que viesse a praticar ato ilícito poderia ser extraditada, independente do local em que estivesse, cumprindo sua pena no próprio local onde fosse encontrada. Neste período foram firmados diversos tratados com o objetivo de estipular as condições e efeitos da extradição.

Sob bandeira de combater a impunidade e refrear a criminalidade, surgiram diversos tratados também na Itália, dentre os quais: Tratado de 836, celebrado entre Sicardo, Príncipe de Benevento e os magistrados de Nápoles; o Tratado de 840, entre Veneza e o Imperador Lotário; e o Tratado de 1220, entre Veneza e Frederico II. Em 1303, Inglaterra e França acordaram a entrega de criminosos que procurassem refúgio em seus países.

Historicamente, pode-se dizer que, apenas no século passado, a extradição adquiriu uma relevância maior, primeiramente com fins políticos e depois como colaboração entre os Estados na realização da justiça. Para Del'Olmo¹⁶⁴, a extradição, na antiguidade, visava crimes políticos e os acusados de heresias¹⁶⁵ e não aos criminosos comuns, sendo que o mais antigo tratado que admitiu a extradição para presos comuns surgiu em 1376, entre França e os Países Baixos, e foi assinado em 1736 - quatro séculos depois. Este tratado apresentava uma lista de crimes que ensejariam a aplicação do instituto. Pode-se dizer que este foi o primeiro tratado de extradição cujo conteúdo mais se aproxima das características atuais.

Neste período histórico, as noções de extradição, deportação e expulsão ainda não estavam bem definidas e, analisados comparativamente com as concepções atuais, eram frequentemente confundidos ou utilizados para o mesmo fim: retirar o estrangeiro do território. O asilo, por sua vez, era frequentemente concedido pelos Estados que – negando de forma reflexa a

¹⁶⁴ DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Reflexões sobre a Extradição na Contemporaneidade. *In Curso de Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luís Ivani de Amorim Araújo pelo seu 80º aniversário*. Coord. Florisbal de Souza Del'Olmo. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 356.

¹⁶⁵ Doutrina contrária aos dogmas da Igreja. Absurdo; contra-senso. (LUFT, Celso Pedro. *Minidicionário Luft*. Col. Francisco de Assis Barbosa, Manuel da Cunha Pereira; Org. e sup. Lya Luft. São Paulo: Ática, 2000, p. 367).

extradição - acolhiam a pessoa acusada ou já condenada em seu país por delitos de natureza política.

Ao longo da História a extradição e o asilo estiveram lado a lado, concedendo-se um desses institutos e negando-se o outro, embora se deva enfatizar que a manutenção do acusado no país, pela outorga de asilo, era a praxe. Os povos antigos consideravam o afastamento do país, já por si, um suplício para o indivíduo que se via separado de sua família, sua religião e de seus costumes, daí a simpatia dispensada ao asilo, repelindo a extradição. A extradição de criminosos comuns nem era cogitada nesses tempos, até porque, como refere Lisboa, eles eram os últimos perseguidos, “uma vez que sua infração afetaria a outros indivíduos e não ao soberano e à ordem pública”.¹⁶⁶

Somente em 1802 (Séc. XIX), no entanto, com o Tratado de Paz de Amiens assinado entre França, Inglaterra e Espanha, a extradição obteve as designações seguidas até os dias atuais, sendo que apenas em 1833, a proibição da extradição por crime político se deu definitivamente através da Lei Belga, com a exclusão dos criminosos políticos do rol dos sujeitos passíveis à extradição.

No século XIX, faz jus ressaltar a Convenção Geral da Extradição concluída em 1957, em Paris, pelo Conselho da Europa, que resultou na assinatura dos protocolos de 1975 e 1978. Em 1928, a extradição foi regulamentada no Código de Bustamante, onde constam 38 artigos específicos sobre esta matéria. Constituí-se numa Lei única de utilização em todos os países participantes da 6ª Conferência Pan-Americana de Direito Privado. Contudo, em razão de tratados bilaterais, a aplicação do Código de Bustamante, no Direito Brasileiro mostra-se conflituosa em razão de que os acordos específicos possuem prevalência sobre norma geral. De acordo com Mello¹⁶⁷, foi concluída a Convenção Interamericana de Extradição em 1981, em Caracas. No que concerne a América, destaca-se a Convenção de Montevidéu, datada de 1933.

Atualmente, o fenômeno da globalização, bem como do conseqüente aumento de crimes transnacionais - que atingem todos os aspectos de interação humana e que afetam os conceitos de

¹⁶⁶ DEL'OLMO, Florisbal de Souza. A Extradição na Contemporaneidade: Breves reflexões. *In Cadernos do Programa de Pós Graduação em Direito*. PPG Dir./UFRGS. N. 1º. Porto Alegre: UFRGS, 2004, p. 69.

¹⁶⁷ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 13 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 714.

soberania e de território, ligados a concepção do Estado - operam mudanças no instituto da extradição. Portanto, é no século XX que a extradição passa a ocupar uma posição de destaque na sociedade mundial, com o fim específico de reprimir práticas delitivas, como narcotráfico, lavagem de dinheiro, cibercrime, etc., que operam sem fronteiras.

2.1.2. Conceito, Natureza Jurídica e Fundamentos

A origem etimológica da palavra extradição apresenta-se divergente entre os autores. Alguns - a exemplo de Sanchez - entendem que o termo extradição advém do grego e do latim, definindo-se como a ação de entregar concretamente, uma ou mais pessoas de fora (*ex*); para Castori, Pessina e Lanza, citados por Bento Faria¹⁶⁸, a palavra extradição deriva do latim *tradere*, que é o processo fundado em um tratado, costume ou promessa de reciprocidade, e que indica a derrogação da tradição, ou seja, do asilo¹⁶⁹. Já para Russomano¹⁷⁰, o vocábulo em questão não existia na língua latina, mas apenas a palavra *traditio* que significa o transporte de pessoa ou coisa e a sua respectiva entrega.

A extradição nasce do objetivo dos Estados de conter o subterfúgio utilizado pelos infratores que visam livrar-se do ordenamento jurídico penal do país que sofreu o ilícito. De acordo com Jiménez de Arechaga, “la práctica de la extradición es el ejemplo más difundido de cooperación entre Estados en la represión de delitos”¹⁷¹. Segundo ele, a extradição se conceitua como “el procedimiento por el cual una persona acusada o convicta de un delito conforme a la ley de un Estado es arrestada en otro y devuelta para ser enjuiciada o castigada”¹⁷².

¹⁶⁸ FARIA, A Bento. *Código Penal Brasileiro Comentado*. Rio de Janeiro: Distribuidora Record Editora, 1958, v. 1, p. 87.

¹⁶⁹ MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional*. 13ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 978.

¹⁷⁰ RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A Extradición no Direito Internacional e no Direito Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 14.

¹⁷¹ JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo; VIGNALI, Herber Arbuet e RIPOLL, Roberto Puceiro. *Derecho Internacional Público*. Vols.: IV, 2ª ed., Montevideu: Fundação de Cultura Universitária, 1996, p. 27.

¹⁷² Idem, *Ibidem*, p. 27.

Seguindo a doutrina internacional, pode-se afirmar que a maioria dos autores compartilha do conceito dado por Manzini, que define “L’ istituti dell’estradiçione è quel particolare ardinamente político-giuridico secondo il quale un Stado provvede allá consegna di un individuo, inputado o condannato, che questo venga giudicato o soto osto all’eseçuzione della pena”¹⁷³. Conforme salienta Del’Olmo, dentre os autores internacionais Luis A. Podestá Costa é mais exaustivo:

A extradição é o procedimento em virtude do qual um Estado entrega determinada pessoa a outro Estado, que a requer para submetê-la à sua jurisdição penal, por causa de um delito de caráter comum pelo qual (contra ele) foi iniciado processo formal ou lhe foi imposta condenação definitiva¹⁷⁴.

Para a maioria dos doutrinadores nacionais, a extradição é uma instituição de Direito Internacional, que visa à entrega pelo Estado requerido de um indiciado, processado, acusado ou sentenciado ao Estado requerente que sofreu o ilícito penal, objetivando-se o cumprimento da justiça.

Na concepção de Nascimento, a extradição conceitua-se como “o ato político em que se determina a entrega de alguém à soberania de outro Estado, para que seja por este processado e julgado por prática de determinado crime realizado em seu território”¹⁷⁵. Accioly refere-se à extradição como “o ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo acusado de fato delituoso ou já condenado como criminoso, à justiça de outro Estado competente para julgá-lo e puni-lo”¹⁷⁶. Na definição Rezek, a extradição é a “entrega por um Estado a outro e a pedido deste, de indivíduo que em seu território deva responder processo penal ou cumprir pena”¹⁷⁷. Para Tenório, é “ato pelo qual um Estado entrega à justiça estrangeira um delinqüente ou um simples indiciado”¹⁷⁸. Bruno define extradição como “o ato pelo qual um Estado entrega um acusado ou condenado que

¹⁷³ GORAIEB, Elizabeth. *A Extradição no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Mauad, 1999, p. 20.

¹⁷⁴ PODESTÁ COSTA, Luis A. e RUDÁ, José Maria. *Derecho Internacional Público*. V. 1. 5 ed. Buenos Aires: TEA, 1985, p. 426; DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *A extradição no alvorecer do século XXI*. Op. cit., p. 21.

¹⁷⁵ NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Comentários à Constituição Federal: direito e garantias fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 75.

¹⁷⁶ ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 357.

¹⁷⁷ REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 189.

¹⁷⁸ TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. 11ªed. , Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, vol. II, p. 396.

se encontra em seu território a outro Estado, que o reclama para julgá-lo ou puni-lo segundo suas leis”¹⁷⁹.

Amorim Araújo leciona que a “extradição pode ser definida como o ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo acusado de ter cometido um crime ou em virtude deste já condenado ao Estado que é competente para julgá-lo ou puni-lo”¹⁸⁰. Assevera pertinentemente o autor ainda que os Estados devam manter entre si uma cooperação indispensável, e essa reciprocidade se manifesta também no combate ao crime, evitando que o delinqüente encontre, porque fora do alcance da justiça do Estado cuja lei violou, a impunidade desejada.¹⁸¹ Segundo Del’Olmo:

Trata-se a extradição do processo pelo qual um Estado entrega, mediante solicitação do Estado interessado, pessoa condenada ou indiciada nesse país requerente, cuja legislação é competente para julgá-la pelo crime que lhe é imputado. Destina-se a julgar autores de ilícitos penais, não sendo, em tese, admitida para processos de natureza puramente administrativa, civil ou fiscal¹⁸².

Como se percebe, conceitualmente não há relevantes diferenças entre os autores, sendo os conceitos complementares entre si. Não obstante, observa-se certa desarmonia entre os doutrinários quanto à natureza jurídica do instituto da extradição, bem como no que se refere à expressão empregada para identificar a pessoa extraditanda.

Quanto a este último aspecto, tem-se que atualmente o uso da expressão condenado, apenado, sentenciado e sancionado é utilizada sempre que houver sentença definitiva contra a pessoa extraditanda; ao passo que, diante de pessoa ainda não julgada no país requerente, as expressões acusado, indiciado e processado pode ser utilizada. Entende-se que a utilização de expressões tais como refugiado e fugitivo não são apropriadas por ter conotação própria no Direito Internacional¹⁸³.

¹⁷⁹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 237.

¹⁸⁰ AMORIM ARAÚJO, Luis Ivani de. *Direito Internacional Penal: (Delicta Iuris Gentium)*.- Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 43.

¹⁸¹ AMORIM ARAÚJO, Luís Ivani de. *Curso de Direito Internacional Público*. 10º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.92.

¹⁸² DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *A Extradição no Alvorecer do Século XXI*. Op. cit., p. 23.

¹⁸³ Idem, *Ibidem*, p. 22.

Quanto à natureza jurídica, alguns doutrinadores entendem que o direito extradiciona! está ligado ao Direito Internacional Público; outros, por sua vez, entendem que a matéria deve estar adstrita ao Direito Internacional Processual Penal; e, ainda, há autores que a situam no ramo do Direito Internacional Privado.

Para Araújo e Prado, “a noção de extradição marca, inexoravelmente, a convergência de dois ramos da ciência jurídica, o direito penal e o direito internacional público, uma verdadeira simbiose”¹⁸⁴. Beviláqua¹⁸⁵ entende ser um erro colocar a extradição dentre as matérias atinentes ao direito internacional privado. Por sua vez, Faria tem como competência do Direito Internacional Privado todas as regras, direcionadas tanto a estrangeiros ou a nacionais, aplicáveis à eficácia e ao alcance da lei nacional dentro e fora do território, de ordem civil, mercantil, política, administrativa, penal e processual¹⁸⁶.

Os adeptos à linha do Direito Internacional Privado – como Quintano Ripolés - sustentam que a extradição está ligada aos direitos individuais, pois o sujeito da extradição é o indivíduo e não o Estado, e que seu objeto é de natureza privada, pois se trata de lei específica, não se constituindo interesse das nações. Perfilha-se, em parte, do juízo de Russomano segundo a qual é um erro dizer que o sujeito da extradição é o indivíduo, eis que o objeto da extradição é a entrega do extraditando, sendo os Estados os seus sujeitos. Sustenta a autora que o indivíduo está abaixo dos interesses da Comunidade Internacional, onde a extradição é o meio indispensável para a luta contra a criminalidade¹⁸⁷.

Entende-se que os interesses dos indivíduos não estão abaixo dos interesses da Comunidade Internacional, mas ao lado, eis que o Estado, nada mais é - ou ao menos deveria ser – o resultado da totalidade dos interesses individuais, ou seja, expressão do interesse coletivo. Uma vez resguardado os direitos e garantias do indivíduo, o instituto da extradição representa a

¹⁸⁴ ARAÚJO, Luiz Albert e PRADO, Luz Régis. Alguns aspectos das limitações ao direito de extraditar. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal. Ano 19, n. 76. Outubro/dezembro 1982, p.66.

¹⁸⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Público Internacional*. Tomo II. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1911, p. 129.

¹⁸⁶ FARIA, Bento de. *Sobre o Direito Extradiciona!* . Rio de Janeiro: Jacientho Ribeiro Santos, 1930, p. 51-52.

¹⁸⁷ RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A Extradicação no Direito Internacional e no Direito Brasileiro*. Op. cit., , p. 22.

possibilidade de repressão à criminalidade que, sem sombra de dúvida, é expressão do interesse da sociedade mundial e implica relações entre os Estados.

Em verdade, é preciso ressaltar que o instituto da extradição não tem seu estudo limitado a determinada área do Direito, apresentando ampla interdisciplinariedade, revelando-se presente em vários campos de estudo, dentre os quais: Direito Constitucional, Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado, Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Administrativo e Direito Penal Internacional ¹⁸⁸.

O instituto extradicional fundamenta-se na assistência e/ou cooperação internacional. Para Beviláqua a “extradição se organizou como uma cooperação dos Estados, para a defesa da ordem social contra o crime, para a defesa da vida jurídica, em sua luta contra a força desorganizadora da impiedade e da injustiça” ¹⁸⁹.

Do ponto de vista jurídico concreto, a extradição é um contrato de acordo de vontades, através do qual um ou mais Estados restam obrigados a essa cooperação, mútua assistência, auxílio, que se traduz, em outros termos, num compromisso de entidades soberanas na busca da punibilidade e consecução da justiça. FARIA assinala que a extradição encontra seu principal fundamento no “sistema da universalidade do direito de punir” ¹⁹⁰.

Como bem assinala Amorim Araújo:

Com o objetivo de escarmentar as ações criminosas perpetradas contra os direitos fundamentais da pessoa humana – à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança – os Estados têm concertado convênios, pelos quais se obrigam a extraditar os seus autores ou submetê-los às autoridades judiciais competentes para efeito de julgamento (*punire aut dedere*).

Por violarem os alicerces do Direito Internacional, que reconhece aos indivíduos a qualidade de sujeitos de direito e deveres no campo internacional, essas ações criminosas são denominadas *delecta iuris gentium* e, por consequência, devem ser punidas no interesse da humanidade ¹⁹¹.

¹⁸⁸ DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *A Extradicação no Alvorecer do Século XXI*. Op. cit., p.10-13.

¹⁸⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Público Internacional*. Op. cit., p. 126.

¹⁹⁰ FARIA, Bento de. *Sobre o Direito Extradicional*. Rio de Janeiro: Jacientho Ribeiro Santos, 1930, p. 18.

¹⁹¹ AMORIM ARAÚJO, Luís Ivani de. *Direito Internacional Penal*. Op. cit., p. 3.

A extradição fundamenta-se, portanto, na cooperação internacional na defesa mundial contra o crime, buscando a consecução da justiça social, o respeito à ordem jurídica e aos Direitos Humanos. Ela não pressupõe relações diplomáticas entre os Estados envolvidos¹⁹². Ademais, cabe ressaltar que moralmente nenhum país deve – uma vez preenchido os requisitos para a extradição - abrigar indivíduo que atentou contra a ordem jurídica de outro Estado, pois se estaria desrespeitando a ordem jurídica nacional do Estado requerente, a ordem jurídica internacional e consagrando a injustiça.

2.1.3. Requisitos Extradicionais

A extradição não é espontânea, não pode ser dada *ex officio*, ou seja, sua aplicação precisa ser provocada pelo país requerente e competente para julgar o extraditando; ao contrário dos institutos da deportação e expulsão que possuem aplicação por iniciativa exclusiva do país em que o estrangeiro se encontra.

Conforme salienta Mello, os países do *common law* não admitem a extradição se não houver um tratado que a preceda¹⁹³. Na ordem jurídica brasileira, mais especificadamente no Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980), artigo 76, a extradição poderá ser concedida quando o governo requerente se fundamentar em tratado ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade.

Nos tratados de extradição, muitos falam em extradição de delinquentes e outros apenas em extradição. Alguns autores como Sanchez¹⁹⁴, dos quais se compartilha a mesma idéia, entendem que o mais oportuno seria utilizar apenas o termo extradição que inclui, além dos condenados, aqueles indivíduos que foram indiciados e processados.

¹⁹² REZEK, José Francisco. Perspectiva do regime jurídico da extradição. *Estudos de Direito Público em Homenagem a Aliomar Baleeiro*. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1976, p. 237.

¹⁹³ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 978.

¹⁹⁴ SANCHEZ, Guillermo C. *Procedimientos para la Extradición*. México: Editora Porrúa, S/A, 1993, p. 2.

O objetivo da extradição é repelir o crime (natureza das infrações), seja ele consumado ou tentado, razão pela qual não é admitida em processos de natureza administrativa, civil ou fiscal, nem tampouco a extradição de pessoas acusadas da prática de crime militar, de opinião, de imprensa e de crimes políticos. Para obter o fim almejado com o referido instituto, os Estados utilizam-se os preceitos de solidariedade e da paz social entre os povos.

Doutrinariamente, fixou-se requisitos necessários para a extradição. Para Araújo, são apenas dois os requisitos necessários à extradição:

A extradição obedece a dois requisitos – o da especialidade, o indivíduo não pode ser julgado ou castigado por um delito diverso do que ensejou o pedido – e o da identidade ou da culpa incriminação não se concederá a extradição quando no Estado requerido não se considerar crime o fato que alicerçou a solicitação (art. 76, II, da Lei n. 6.815, de 19.08.1980) não obstante o extraditando possa ser entregue ainda que responda a processo ou esteja condenado por contravenção (art. 90 da mencionada Lei).¹⁹⁵

No entanto, em razão do procedimento observado pelo Supremo Tribunal Federal, tem-se que os requisitos delineados por Russomano são tratados com propriedade, atendendo melhor ao objetivo fixado neste trabalho. Lecionam Russomano¹⁹⁶ e Del’Olmo¹⁹⁷ que os requisitos exigidos pelo instituto podem ser assim especificados:

- Pessoas passíveis de extradição;
- Delitos determinantes;
- Exigência da reciprocidade;
- Lugar e data da infração;
- Punibilidade do fato;
- Inexistência de prescrição;
- Natureza do juízo; e
- Princípios de direito extradicional:
 - Princípio do *non bis in idem*;

¹⁹⁵ AMORIM ARAÚJO, Luis Avani de. *Direito Internacional Penal*. Op. cit., p. 46.

¹⁹⁶ RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A Extradição no Direito Internacional e no Direito Brasileiro*. Op. cit., p. 59.

¹⁹⁷ DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *A Extradição no Alvorecer do Século XXI*. Op. cit., p. 26, 32.

- Princípio da especialidade;
- Princípio da identidade;
- Princípio da competência.

No requisito ‘pessoas passíveis de extradição’, analisou-se a nacionalidade e a condição especial do extraditando. “Algumas vezes, a condição particular do extraditando impede a concessão da medida solicitada”¹⁹⁸.

Quanto ao requisito delitos determinantes, restou verificada a gravidade e a natureza das infrações. De acordo com Amorin Araújo, o *Instituto de Direito Internacional, em sessão de 1880, em Oxford*, afirmou que a extradição sendo sempre medida grave, só se deve aplicar a infrações de certa importância¹⁹⁹. Diante da subjetividade da expressão “certa importância”, surgiram duas correntes que objetivam identificar quando a infração pode ser enquadrada da expressão anterior.

Uma preconiza que os delitos passíveis de permitir a extradição dos seus autores sejam enumerados nos tratados que os Estados assinam a respeito, enquanto a outra só permite a extradição para os indivíduos cujos crimes de que são acusados ou foram por eles condenados sejam punidos com penas não inferiores a um ano de prisão.²⁰⁰

Com muita propriedade Rosa, preleciona que

A essência de gravidade do delito é o grau de repulsa ao tipo de conduta punível. Esse grau de repulsa também é chamado reação social. Ele é regido pela importância que a sociedade atribui ao bem jurídico tutelado e cuja vulneração é definida em lei como ato típico sujeito a pena²⁰¹.

Os tratados entre o Brasil e o Chile e entre o Brasil e a Espanha não admitem a aplicação do instituto para crimes com previsão de pena de menos de um ano de prisão. Já, os tratados que o Brasil efetuou com a Bélgica, os Estados Unidos e a Suíça apresentam a relação dos delitos que

¹⁹⁸ AMORIM ARAÚJO, Luis Avani de. *Direito Internacional Penal*. Op. cit., p. 47.

¹⁹⁹ Idem, *Ibidem*, p. 47.

²⁰⁰ RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A Extradição no Direito Internacional e no Direito Brasileiro*. Op. cit., p. 122; AMORIM ARAÚJO, Luis Avani de. *Direito Internacional Penal*. Op. cit., p. 47.

²⁰¹ ROSA, Felipe Augusto de Miranda. *Criminalidade e Violência Global*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 28.

conduzem à extradição. Aliás, todos os tratados bilaterais de extradição dos Estados Unidos seguem o sistema de listas ²⁰².

O requisito reciprocidade possui natureza eminentemente política, eis que sua análise compete exclusivamente ao Poder Executivo, oriundo da necessidade de se afirmar a soberania dos Estados e a sua igualdade de direitos e deveres na esfera jurídica internacional.

De acordo com o *princípio da especialidade*, o indiciado não poderá ser julgado por crime diverso daquele que foi objeto do pedido de extradição, salvo se isso acontecer com o seu consentimento ²⁰³. Dá-se, portanto, efeito limitativo à extradição, devendo o extraditanto ser julgado ou punido pelo delito considerado, entendendo-se que o Estado requerido é guardião dos direitos fundamentais do extraditando. Isso não significa que se no curso do processo verificar-se que o crime cometido pelo extraditado fora outro, o princípio da especialidade tenha sido atingido. Note-se que a mudança da tipicidade - por exemplo, de estelionato para furto com fraude - é irrelevante, uma vez que os fatos restaram inalterados ²⁰⁴. E uma vez descobertos outros crimes não identificados no pedido de extradição, faz-se necessária a solicitação de julgamento dos mesmos, o que alguns autores denominam como extradição supletiva ²⁰⁵. De acordo com Moraes ²⁰⁶, faz-se necessário o estrito controle jurisdicional da legalidade, ainda que já extraditado o indivíduo.

O *princípio da dupla incriminação ou da identidade*, apesar das controvérsias a seu respeito, impõe a necessidade de que o crime imputado ao extraditando seja considerado crime também no país requerido. Isso não significa que em ambas as legislações o crime seja tratado de forma rigorosamente igual. Conforme explica Araújo Júnior:

(...) se um argentino sonegar, em seu País, o imposto sobre valor agregado (IVA) e se refugiar no Brasil, o Brasil não poderá negar a extradição pedida pela Argentina, sob a alegação de não existir em nosso país tal tributo (IVA).

²⁰² DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *A Extradição no Alvorecer do Século XXI*. Op. cit., p. 35.

²⁰³ AMORIM, Edgar Carlos de. *Direito Internacional Privado*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 98.

²⁰⁴ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo. *Extradição: Alguns aspectos fundamentais*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Ano 90, Vol. 326. Abril/Junho 1994, p. 68.

²⁰⁵ SILVA, Roberto Luiz. *Direito Internacional Público*. 2 ed. Delo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 232. CATELANI, Giulio. Op. cit., p. 284 et al DEL'OLMO, Florisbal. *A Extradição no Alvorecer do Século XXI*. Op. cit., p. 27.

²⁰⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 120.

Esse modo de entender não viola o princípio da dupla incriminação, pois o que interessa é a existência, nos dois países, do crime de sonegação fiscal, pouco importando a natureza do tributo sonegado. O princípio da dupla incriminação diz respeito à norma principal de natureza criminal e não à norma integradora, que é de natureza fiscal.²⁰⁷

O *non bis in idem* estabelece que o pedido de extradição não será concedido quando o delito penal do requerimento já estiver sendo processado ou já tenha sido julgado pelo ordenamento jurídico do Estado requerido. Desta forma, não cabe o Estado requerente fazer novo pedido baseado no mesmo fato, a não ser que comprove erro material ou formal que tenha viciado o pedido anterior.

O *princípio da competência* mostra-se relevante e é ou será fruto de discussões jurídicas, tendo em vista que o Código de Bustamante, em seu artigo 351, assim prescreve: *Para conceder a extradição, é necessário que o delito tenha sido cometido no território do Estado que a peça ou que lhe sejam aplicáveis suas leis penais*. Ocorre que em razão dos meios de informação/comunicação, em especial a *internet*, tornou-se possível efetuar operações a longa distância e, conseqüentemente, a prática de crimes.

Não obstante, cabe salientar que o princípio da competência analisa a competência do Estado requerente, seja porque o fato delituoso ocorreu em seu território ou porque a jurisdição desse país comprovadamente se exerce sobre ele. Ademais, discorre DEL'OLMO que:

(...) a diversidade de legislações penais pode conduzir – e isso ocorre com frequência – à tipificação do mesmo crime por mais de um ordenamento jurídico. Muitas vezes a competência – alicerçada na legislação interna de cada país – pertence a ambos os Estados engajados no processo de extradição, estabelecendo-se um concurso de competências, situação usualmente solucionada com a denegação do pedido pelo Estado requerido, que avoca a si o julgamento do acusado. A respeito, afirma André Mercier: “A opinião comumente admitida parece ser a de que o Estado requerido não deve extraditar quando sua própria jurisdição é também competente para conhecer da infração considerada”. A omissão desse Estado, outrossim, na apuração do crime e na eventual punição de seu autor, seria, na óptica de Gilda Maciel Corrêa Meyer Russomano, ilógica e injusta, importando em favorecimento da impunidade e contrariando os supremos interesses da Justiça²⁰⁸.

²⁰⁷ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo. *Extradição: Alguns aspectos fundamentais*. Op. cit., p. 71.

²⁰⁸ DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *A Extradição no Alvorecer do Século XXI*. Op. cit., p. 27, 28.

A situação atual da sociedade global requer que o instituto da extradição seja flexibilizado e, em certos pontos, redefinido, para o fim precípuo de se combater a criminalidade.

2.1.4. A Importância do Instituto da Extradição

A globalização e com ela o avanço das práticas delituosas, tais como o crime organizado, narcotráfico, lavagem de dinheiro, terrorismo, atuam na esfera mundial. É justamente na falta de limites territoriais que se criam os problemas éticos e jurídicos e é onde residem as maiores dificuldades para aplicação do direito nas áreas civil e penal.

A Internet, ao mesmo tempo em que assume, no mundo da comunicação contemporânea a condição técnico-científico de maior ponto universal de agilidade no tráfego das informações direcionadas à pesquisa de novos conhecimentos, transforma-se também em instrumentos perigoso para a divulgação de acusações falsas e irresponsáveis; são ameaças, inverdades, violências, e até crimes, sem pouca ou quase nenhuma possibilidade de repressão ou punição aos infratores²⁰⁹.

Na linha contemporânea, é importante dar destaque aos crimes transnacionais que precisam ser combatidos, sendo a extradição um dos meios eficazes para a contenção da criminalidade, devendo-se, em princípio, rechaçar a idéia da concessão da extradição apenas sob a condição de tratado. Conforme assinala Alberton, a “defesa dos direitos fundamentais supera os limites territoriais, sendo mais um dos temas a ser objeto de reflexão no plano do direito constitucional crescentemente jurisprudencial e aberto, cujo núcleo é o produto de um ato constituinte originário”²¹⁰.

²⁰⁹ HESPANHA, Benedito. O Poder Normativo da Internet e a Regulamentação dos Crimes Virtuais. Uma análise crítica à Legislação Penal Brasileira. In: *Justiça do Direito*. Vol. 1, n. 16. Passo Fundo: UPF editora, 2002, p. 30.

²¹⁰ ALBERTON, Genacéia da Silva. Tribunalização e Jurisprudencialização no Estado contemporâneo. Uma perspectiva para o Mercosul. In: *Justiça do Direito*. V. 2, n. 16. Passo Fundo: UPF editora, 2002, p. 389.

“Assume a extradição a cada dia maior importância ante o espírito de repulsa à delinqüência que se generaliza entre os povos, sobretudo, entre os que vivenciam saudáveis regimes democráticos”²¹¹.

A extradição está longe de ser um simples ato de *assistência judiciária internacional*, mas sim um dos pilares para enxergar a sociedade como mundial e o direito e a justiça como instrumentos indispensáveis a ordem social e combate ao crime sem fronteiras.

A sociedade mundial é dividida em Estados independentes e soberanos, que estabelecem relações entre si e constituem direitos e deveres recíprocos. Classificam-se esses direitos e deveres dos Estados como jurídicos ou morais. Nos deveres jurídicos, a sua não observância implicará sanção, enquanto que na segunda hipótese, há o trancamento de possíveis relações mercantis, sociais, políticas, culturais, científicas, dentre outras.

No que se refere ao instituto da extradição, a obrigação de concedê-la poderá ser tanto moral quanto jurídica. A obrigação jurídica facilmente se constata pela existência de tratado internacional ou declaração de reciprocidade entre os Estados, requerido e requerente. Já a obrigação moral da extradição está fundamentada no auxílio, na assistência mútua entre os países cuja relevância é de extrema importância no campo internacional.

O instituto extradição visa à boa administração da justiça penal, caracterizando-se como um dever do Estado e está fundada no dever recíproco de repressão à criminalidade internacional.²¹²

²¹¹ DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *A Extradição no Alvorecer do Século XXI*. Op. cit., p. 32.

²¹² ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 357.

2.1.5. Classificação

A partir das anotações já feitas, podem-se depreender alguns elementos que, embora possuam relevância apenas acadêmica, servem para maior clareza acerca da extradição. A extradição pode ser classificada em: ativa e passiva; processual e executória; de fato e de direito; convencional e extraconvencional; espontânea ou requerida; imposta e voluntária; administrativa e judicial (ou mista); condicional e temporária; consensual ou simplificada; indireta; extradição em trânsito e reextradição.

Quanto à petição dirigida ao Estado, a extradição pode ser *ativa* ou *passiva*. A primeira está relacionada ao Estado que requer a um terceiro Estado a entrega da pessoa reclamada, para que responda a processo-crime ou cumpra pena, tendo exclusivo caráter administrativo ou político. Na *extradição passiva* prepondera o caráter jurisdicional e se dá quando um Estado recebe o pedido de concessão da extradição ²¹³. De acordo com Del’Olmo ²¹⁴, em muitos países, inclusive o Brasil, não há muito interesse na repatriação dos delinquentes nacionais evadidos do país, sendo pequeno o número de extradição onde o Brasil figura no pólo ativo.

Ademais, a extradição pode ser classificada como *instrutória, processual ou cognitiva*, quando não pesa sobre a pessoa extraditanda sentença. A extradição nesse caso é solicitada para julgamento ²¹⁵. A extradição pode ser ainda *executória ou executiva*, quando visa à execução da pena, imposta após trânsito em julgado da decisão condenatória ²¹⁶.

Conforme assinala Russomano, a extradição pode ser classificada como extradição de fato ou extradição de direito. A *extradição de fato* não deve ser confundida com atos abdução internacional. A violação das normas do processo de extradição atinge diretamente o Estado ofendido, atacando-o em sua soberania, embora tal ofensa não possua o condão de gerar direitos ao indivíduo que foi apreendido ilegalmente em território alheio. Na extradição de fato há a

²¹³ DEL’OLMO, Florisbal de Souza. Reflexões sobre a Extradição na Contemporaneidade. Op. cit., p. 357.

²¹⁴ DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *A Extradição no Alvorecer do Século XXI*. Op. cit., p. 47.

²¹⁵ RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A Extradição no Direito Internacional e no Direito Brasileiro*. Op. cit., p. 11.

²¹⁶ DEL’OLMO, Florisbal de Souza. Reflexões sobre a Extradição na Contemporaneidade. Op. cit., p. 357.

entrega sumária do indivíduo reclamado, mas sem a obediência às normas legais; podendo-se confundí-la com o instituto da deportação²¹⁷. Entretanto, como instituto norteador pelo Direito, fundado na existência de um tratado com promessa de reciprocidade, alguns autores, como Amorim Araújo²¹⁸, não se aceitam a chamada extradição de fato.

A *extradição de direito*, por sua vez, é fundamentada em normas jurídicas de âmbito internacional ou nacional, é realizada segundo os ditames jurídicos.

Segundo Veloso²¹⁹, a classificação da extradição como *imposta* (o indivíduo é forçosamente extraditado) ou *voluntária* (quando do extraditando entrega-se por vontade própria ao Estado em que cometeu o ilícito) inexistem no sistema jurídico internacional, pois a extradição voluntária alteraria a essência do direito extradicional.

De acordo com Sanchez, a extradição pode ser interna ou externa. A exemplo, está-se diante de uma *extradição interna*, quando no interior dos Estados Unidos um juiz solicita a outro de igual matéria e hierarquia, a entrega de um sujeito, que está dentro do âmbito territorial, onde este exerce suas funções. A *extradição externa* verifica-se “si desde el interior o desde el exterior el funcionario competente del Estado Mexicano reclama a un nacional que reside fuera del país, o a un extranjero que habita en el ámbito territorial correspondiente”²²⁰.

A *extradição é definitiva*, no entanto, há casos em que ela se apresenta temporal. A *extradição é temporal* se existir motivo legal que implique em suspensão da extradição ou outro efeito, por exemplo, quando uma pessoa sujeito a processo no Estado requerente, está cumprindo pena no Estado requerido.

Quanto à sua efetivação, o instituto pode ser administrativo, judicial ou misto.

²¹⁷ DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *A extradição no alvorecer do século XXI*. Op. cit., p. 48.

²¹⁸ AMORIM ARAÚJO, Luis Avani de. *Direito Internacional Penal*. Op. cit., p. 46.

²¹⁹ VELOSO, Kleber Oliveira. *O Instituto da Extradição*. Goiânia: AB, 1999, p. 55-56.

²²⁰ SÁNCHEZ, Guillermo Colín. *Procedimientos para la Extradición*. Op. cit., p. 10.

Na doutrina, menciona-se a hipótese de *reextradição*, segundo a qual há “a entrega do extraditando a uma terceira potência, em virtude de delito anterior àquele pelo qual havia sido restituído ao Estado requerente”²²¹. Esta prática só é possível mediante as seguintes circunstâncias:

- quando dela consentir expressamente o Estado que conceder a extradição, devendo estar expresso na legislação interna do país ou em tratado referente ao tema;
- transigência da pessoa reclamada em sofrer uma pretensão reextradicional;
- depois do seu julgamento, o reextraditando permanecer por determinado lapso, no território do Estado para o qual foi extraditado, tendo sido absolvido, ou após ter cumprido a pena a ele aplicada.

Entregue o extraditado, entre o Estado requerente e o Estado requerido não há mais vínculo. Com propriedade salienta Catelani, citado na obra de Del’Olmo, que o “consenso é necessário somente quando o Estado interessado não tenha aderido à entrega e o pedido se refira a crimes anteriores à entrega ao Estado requerente. Afora tais hipóteses o Estado é livre para decidir sobre pedido de extradição”²²².

Segundo Sánchez “la entrega de los sujetos, no es un acto discrecional, sino obligatorio, siempre y cuando estén debidamente cumplidas las exigencias legales, establecidas para esos casos en el tratado”²²³. Não se perfilha do mesmo entendimento, eis que os Estados são soberanos, possuindo liberdade para analisar o caso, podendo deixar de atender ao pedido se considerá-lo injustificado ou mal fundamentado. O Estado requerido não está obrigado a conceder a extradição. A extradição constitui um dever recíproco dos Estados, o que não afronta a soberania de ambos.

²²¹ RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A Extradición no Direito Internacional e no Direito Brasileiro*. Op. cit., p. 12.

²²² DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *A Extradición no Alvorecer do Século XXI*. Op. cit., p. 46.

²²³ SÁNCHEZ, Guillermo Colín. *Procedimientos para la Extradición*. Op. cit., p. 10.

2.1.6. Fontes do Direito Extradicional

Doutrinariamente, têm-se considerado como fonte formal do direito extradicional, primeiramente, os tratados; posteriormente, as declarações de reciprocidade, os costumes internacionais, a jurisprudência internacional e as leis sobre extradição.

Os tratados e as declarações de reciprocidade constituem a obrigação jurídica entre os Estados e possuem em sua base cláusulas como da *pacta sun servanda* e da *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*, esta última utilizada para que o tratado produza efeitos perante terceiros estranhos à relação.

Cabe ressaltar que os tratados, são também denominados como convenções, acordos, convênios, pactos, concordatas, declarações, etc., apresentando, em geral, regras e condições para a extradição. Geralmente, os tratados de extradição enumeram as infrações que podem levar à concessão de extradição. Entretanto, tal enumeração não é restritiva às infrações pelos quais se pede a extradição, podendo, neste caso, ser denegada. Não obstante, quando se trata de crime ao qual se refere o tratado, o Estado requerido fica obrigado a conceder a extradição ²²⁴.

Assevera Dardeau de Carvalho²²⁵ que a finalidade imediata dos tratados extradicionais é tornar possível o *jus puniendi*, fornecendo os meios necessários para a entrega dos delinquentes que se utilizam das fronteiras territoriais e jurisdicionais para escapar da punibilidade do Estado em que infringiram a lei.

As declarações de reciprocidade possuem a mesma natureza jurídica dos tratados, embora não apresentem grandes formalidades, bastando a suficiente promessa junto ao pedido de extradição, desde que sujeitas as condições exigidas pelo Estado requerido ²²⁶. Ademais, sua aplicação pode, a qualquer momento, ser renunciada por um dos interessados.

²²⁴ RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A Extradicação no Direito Internacional e no Direito Brasileiro*. Op. cit., p. 44.

²²⁵ DARDEAU DE CARVALHO, Alciro. *Situação Jurídica do Estrangeiro no Brasil*. 1 ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1976, p. 134.

²²⁶ Note-se que o Supremo Tribunal Federal, em 1994, negou o pedido de extradição da Inglaterra, julgando extinta a punibilidade do extraditando e reconhecendo a prescrição da pretensão executória diante da lei brasileira. Embora o

Ainda que ocorra tratado ou declaração de reciprocidade, todos os pedidos de extradição devem ser submetidos ao Poder Judiciário, sendo que dessa forma, preserva-se os Direitos Humanos e criam-se jurisprudências internas dos tribunais.

Os costumes, por sua vez, possuem grande importância para o direito extradicional, e são frutos da cortesia internacional que, posteriormente, transforma a extradição em um dever jurídico e obrigatório.

De acordo com Del'Olmo²²⁷, na esfera internacional, as convenções sobre extradição de que o Estado seja parte costumam superpor-se às normas jurídicas internas.

2.2. A Extradição no Brasil

2.2.1. Antecedentes Históricos Brasileiros

O procedimento extradicional brasileiro do século XVIII ao século XIX opera com base em tratados internacionais deficitários, estabelecidos com a Alemanha, França, Inglaterra, Portugal e Rússia, onde era possível a extradição para os crimes de rebelião do vassalo contra o seu senhor, da deslealdade, da traição, da produção de dinheiro falso e de outros crimes que contrariavam o contexto sócio-cultural da época. Entretanto, de acordo com Souza²²⁸, a Inglaterra não reconheceu a soberania brasileira, razão pela qual não foi firmado um tratado de extradição entre estes países.

extraditando estivesse no Brasil desde 1963, o pedido por parte do governo britânico somente foi formalizado em 1997, pois, até então, entre os ingleses e brasileiros não existia tratado ou declaração de reciprocidade. (STF – EXTR 575 – RFA – T.P. – Relator Ministro Carlos Velloso – DJU 06.05.1197).

²²⁷ DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *A extradição no alvorecer do século XXI*. Op. cit., p. 50.

²²⁸ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *As Novas Tendências do Direito Extradicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p.56.

Em 1808, o Brasil tinha uma política que incentivava a imigração e, desta forma, sofreu um significativo aumento de pedidos extradicionais, que deram origem a Circular de 4 de fevereiro de 1847, contendo as primeiras regras brasileiras sobre extradição. O primeiro pedido de extradição, que se tem conhecimento, aconteceu em 04 de março de 1845, dirigido ao Ministro dos Negócios Estrangeiros do Brasil, pela França. Entretanto, o resultado até o momento é desconhecido.

A partir daí, vários tratados bilaterais e declarações de reciprocidades se seguiram, mantendo-se a concepção de que, além dos delitos especificados nos tratados, outros seriam passíveis à extradição, sob a condição de promessa de reciprocidade.

A Circular de 1847 foi revogada pelo Ministro Bento da Silva Lisboa (comandante do Ministério dos Negócios Estrangeiros), expedindo nova Circular de 1848. Posteriormente em 1854, pode-se dizer que a Circular de 1847 foi ripristinada, sendo o procedimento extradicionais adotado pelo Poder Judiciário Brasileiro e sua legalidade reconhecida pelos Tribunais de Justiça do Brasil. Esse procedimento extradicionais, contudo, era incompatível com a Constituição Federal de 1891 que assegurava a inviolabilidade de direitos à liberdade, à segurança e à propriedade de brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.

No século XX, o Poder Judiciário abandona a posição de neutralidade, passando a intervir nos processos de prisão e extradição. A Justiça brasileira passa a contestar a competência do Poder Executivo na concessão de pedidos extradicionais, baseados apenas em acordos de reciprocidade, vindo a pacificar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto a impreterível existência de tratado entre os países para a prisão e entrega do extraditado.

A Circular de 1847 proibia a extradição de brasileiros, entretanto a Constituição de 1891 apresentava lacuna sobre a possibilidade ou não de extradição de nacionais. Tal lacuna foi suprida pela Lei n. 2.416 de 28 de junho de 1911, que permitiu a entrega de nacionais quando, por Lei ou Tratado, o país requerente, assegurasse ao Brasil igualdade de tratamento. O Decreto-Lei 394 de 1938 revogou a Lei 2.416 impossibilitando a extradição de brasileiros natos, em que

pese as Constituições de 1934 e de 1937 já esboçarem a restrição²²⁹. A Constituição de 1969 repetiu tal vedação.

Nesta época, merece destaque, o julgamento do pedido de extradição do austríaco Franz Paul Stangel ocorrido em 1968, em razão da brutalidade dos crimes cometidos pelo acusado - homicídio em massa em campos de extermínio -, bem como pela multiplicidade em países interessados na extradição (Áustria, Polônia e Alemanha), o que implicou, dentre outras questões, discussão sobre a ordem de preferência de entrega do extraditando sob condição de comutação da pena de prisão perpétua para temporária²³⁰.

O Estatuto do Estrangeiro de 13 de outubro de 1969 tratou especificamente o assunto da extradição. Entretanto, a Lei n. 6815, de 19 de agosto de 1980²³¹, revogou este Estatuto, embora não trouxesse qualquer modificação na legislação precedente.

Atualmente, o Brasil mantém vigentes tratados internacionais em matéria de extradição²³² com os seguintes países:

ARGENTINA: Tratado de Extradição, celebrado em 15/11/1961, entrando em vigor em 07/06/1968, promulgado em 11/07/1968, de acordo com o Decreto n. 62979.

AUSTRÁLIA: Tratado de Extradição, celebrado em 22/08/1994, entrando em vigor em 01/09/1996, promulgado em 23/09/1996, de acordo com o Decreto nº. 2010.

BÉLGICA: Tratado de Extradição, celebrado em 06/05/1953, entrando em vigor em 14/07/1957. Acordo para Regular a Aplicação do Tratado de Extradição de 06 de maio de 1953, celebrado em 12/11/1956, entrando em vigor em 12/11/1956. Acordo Complementar estendendo a aplicação do Tratado de Extradição de 06 de Maio de 1953 ao Tráfico Ilícito de Drogas, celebrado em 08/05/1958, entrando em vigor em 08/07/1958.

²²⁹ GORAIEB, Elizabeth. *A Extradição no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Mauad, 1999, p. 34.

²³⁰ O julgamento definiu dar preferência à Alemanha.

²³¹ BRASIL. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980. Estatuto do Estrangeiro.

²³² Dados retirados do Ministério das Relações Exteriores, Departamento de Atos Internacionais. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br>>. Acesso em: 14/03/2007.

BOLÍVIA: Tratado de Extradicação, celebrado em 25/02/1938, entrando em vigor em 26/07/1942, promulgado em 08/07/1942, Decreto n. 9920.

CHILE: Tratado de Extradicação, celebrado em 08/09/1935, entrando em vigor em 09/08/1937, promulgado em 17/08/1937, Decreto n. 1888.

COLÔMBIA: Tratado de Extradicação, celebrado em 28/12/1938, entrando em vigor em 02/10/1940, promulgado em 25/09/1940, Decreto n. 6330.

CORÉIA DO SUL: Tratado de Extradicação, celebrado em 01/09/1995, entrando em vigor em 01/02/2002, promulgado em 07/03/2002, Decreto n. 4152.

EQUADOR: Tratado de Extradicação, celebrado em 04/03/1937, entrando em vigor em 03/06/1938, promulgado em 08/08/1938, Decreto n. 2950.

ESPANHA: Tratado de Extradicação, celebrado em 02/02/1988, entrando em vigor em 30/06/1990, promulgado em 30/06/1990, Decreto n. 99340.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA: Tratado de Extradicação, celebrado em 13/01/1961, entrando em vigor em 17/12/1964, promulgado em 11/02/1965, Decreto n. 55750. Protocolo Adicional ao Tratado de Extradicação celebrado em 18/06/1962, entrando em vigor em 17/12/1964, promulgado em 11/02/1965, Decreto n. 55750.

FRANÇA: Tratado de Extradicação, celebrado em 28/05/1996, entrando em vigor em 01/09/2004, promulgado em 27/10/2004, Decreto n. 5258.

ITÁLIA: Tratado de Extradicação, celebrado em 17/10/1989, entrando em vigor em 01/08/1993, promulgado em 09/07/1993, Decreto n. 863.

LITUÂNIA: Tratado de Extradicação, celebrado em 28/09/1937, entrando em vigor em 19/06/1939, promulgado em 16/08/1939, Decreto n. 4528.

MÉXICO: Tratado de Extradicação, celebrado em 28/12/1933, entrando em vigor em 23/03/1938, promulgado em 22/03/1938, Decreto n. 2535. Protocolo Adicional ao Tratado de Extradicação, celebrado em 18/09/1935, entrando em vigor 23/03/1938, promulgado em 22/03/1938, Decreto n. 2535.

PARAGUAI: Tratado de Extradicação, celebrado em 24/02/1922, entrando em vigor em 22/05/1925, promulgado em 27/05/1925, Decreto n. 16925.

PERU: Tratado de Extradicação, celebrado em 13/02/1919, entrando em vigor em 22/05/1922, promulgado em 31/05/1922, Decreto n. 15506.

PORTUGAL: Tratado de Extradicação, celebrado em 07/05/1991, entrando em vigor em 01/12/1994, promulgado em 02/12/1994, de acordo com o Decreto n. 1325.

REINO UNIDO: Tratado de Extradicação, celebrado em 18/06/1995, entrando em vigor em 13/08/1997, promulgado em 10/10/1997, Decreto n. 2347. Ajuste Complementar, por troca de Notas, ao Tratado de Extradicação de 18/07/1995, para Extensão de sua Aplicação à Ilha de Man, celebrado em 01/08/2001, entrando em vigor em 01/08/2001.

SUÍÇA: Tratado de Extradicação, celebrado em 23/07/1932, entrando em vigor em 24/02/1934, promulgado em 13/03/1934, Decreto n. 23997.

URUGUAI: Tratado de Extradicação, celebrado em 27/12/1916, entrando em vigor em 21/01/1919, promulgado em 15/01/1919, de acordo com o Decreto n. 13414. Protocolo Adicional ao Tratado de Extradicação de Criminosos, celebrado em 07/12/1921, entrando em vigor em 20/11/1926, promulgado em 30/11/1926, Decreto n. 17572. Acordo de Extradicação entre os Estados Partes do Mercosul, celebrado em 10/12/1998, entrando em vigor em 01/01/2004, promulgado em 30/01/2004, Decreto n. 4975.

VENEZUELA: Tratado de Extradução, celebrado em 07/12/1938, entrando em vigor em 14/03/1940, promulgado em 12/03/1940, Decreto n. 5362.²³³

O crime ganha interesse nacional e internacional, dando ao instituto da extradição a condição de meio cooperativo entre os Estados para defesa da ordem social, da vida, da liberdade e da justiça, face à impiedosa e desorganizadora marginalização. O processo de globalização da economia, resultante da crescente internacionalização dos sistemas de informação, de circuitos tecnológicos e, sobretudo, financeiros, transformam, não apenas a economia, mas o tempo e o espaço das relações sociais, alterando as concepções sobre o instituto da extradição.

2.2.2. A Legislação

O Ministério da Justiça, no Guia²³⁴ para estrangeiros no Brasil, expressa que a extradição é ato de defesa internacional, forma de colaboração na repressão do crime. Objetiva a entrega de um infrator da lei penal, que, no momento, se encontra em nosso país, para que possa ser julgado e punido por juiz ou tribunal competente do país requerente, onde o crime foi cometido. Trata-se, pois, de um ato com fundamento na cooperação internacional no combate e repressão à criminalidade.

A *extradição passiva* está definida nos artigos 76 a 94 do Estatuto do Estrangeiro, Lei 6.815, de 19 de agosto de 1980, com alterações introduzidas pela Lei n. 6.964, de 09 de dezembro de 1981. Segundo o Estatuto, constitui uma faculdade do País conceder a extradição (“poderá ser”), como se depreende do art. 76: *A extradição poderá ser concedida quando o governo requerente se fundamentar em tratado, ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade*. Baseia-se, pois, em pedido de governo estrangeiro, fundamentado em tratado existente com o Brasil ou em compromisso de reciprocidade.

²³³ Dados retirados do Ministério das Relações Exteriores, Departamento de Atos Internacionais. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br>>. Acesso em: 14/03/2007.

²³⁴ Ministério da Justiça: *Guia para Orientação a estrangeiros no Brasil*. Departamento de Estrangeiros da Secretaria de Justiça, Brasília -DF, 1997.

Embora nenhum tratado a que o Brasil faça parte disponha a necessidade de consulta ao Poder Judiciário, a concessão da extradição tem tratamento constitucional, cabendo ao Supremo Tribunal Federal *processar e julgar, originariamente, a extradição solicitada por Estado estrangeiro*.²³⁵ Ademais, a apreciação do caráter da infração alegada pelo Estado requerente é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, bem como a análise da existência ou não de crime político, conforme dispõe os parágrafos 2º e 3º do artigo 77, que ora se transcreve:

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

§ 3º O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, seqüestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.

A legislação brasileira é taxativa quanto às situações em que a extradição não será concedida (art. 77, do Estatuto do Estrangeiro):

Artigo 77. Não se concederá a extradição quando:

I – se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade se verificar após o fato que motivar o pedido;

II – quando o fato que está à base do pedido não for crime no Brasil ou no Estado requerente;

III – nos casos em que o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando;

IV – se a pena imposta pela lei brasileira para o crime for igual ou inferior a um ano;

V – no caso em que o extraditando estiver respondendo processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se funda o pedido de extradição;

VI – quando estiver a extinta a punibilidade pela prescrição de acordo com a lei brasileira ou a do Estado requerente;

VII – se o for pedida com base em crime político; mas essa exceção não impedirá a extradição, quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal;

VIII – se o extraditando tiver que responder, no Estado requerente, perante um Tribunal ou Juízo de Exceção.²³⁶

Quanto à *extradição ativa*, a legislação brasileira baseia-se no Decreto n. 394, de 28 de abril de 1938, que sucedeu a Lei n. 2416, de 28 de junho de 1911, e foi, na regulamentação do

²³⁵ Artigo 101, inciso I, alínea g, da Constituição Federal de 1988.

²³⁶ Estatuto do Estrangeiro, Lei n. 6.815/80.

instituto de extradição, substituído pelo Decreto-lei n. 941, de 13 de outubro de 1969²³⁷. Dispõe o art. 20 do Decreto n. 394 que quando se tratar de indivíduo reclamado pela justiça brasileira e refugiado em país estrangeiro, o pedido de extradição deverá ser transmitido ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores, que o examinará e, se o julgar procedente, o encaminhará ao Ministério das Relações Exteriores, para os fins convenientes, fazendo-o acompanhar de cópia dos textos da lei brasileira referentes ao crime praticado, à pena aplicável e à sua prescrição, e de dados ou informações que esclareçam devidamente o pedido.

Assevera Del’Olmo que o tratado internacional de extradição é norma especial e a lei interna dos países, norma geral. Sendo assim, no que tange a extradição, há prevalência da norma convencionada pelo Brasil, via tratado bilateral, em detrimento a norma interna²³⁸.

Ainda em termos de legislação, o Brasil aprovou, em 1997, a Lei 9.474, que define mecanismos para implantação do Estatuto dos Refugiados de 1951 e determina outras providências. Dispõe, tal diploma legal, em capítulo específico sobre a Extradição que “O reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio” (art. 33, Lei 9474/97). Assegura, também, a Lei de Refugiados a suspensão do processo de Extradição pendente, se o extraditando apresentar solicitação de refúgio baseado nos mesmos fatos. Independe, neste caso, esteja o processo em fase administrativa ou judicial (art. 34, Lei 9.474/97).

2.2.3. O Procedimento de Extradição

A solicitação de extradição, em todo regime de direito, está sujeita a um procedimento que, em dado momento, resultará na concessão ou na negativa. O tipo de procedimento depende

²³⁷ Faz jus mencionar a Circular de 4 de fevereiro de 1847, do Ministério dos Estrangeiros, que regulou todos os processos extradicionais brasileiros no período imperial, a qual foi revogada pela Circular de 10 de agosto de 1848. Embora revogada, a Circular de 1847 tem sido o fundamento de todas as extradições concedidas pelo Brasil. Dispunha a Circular de 1847 que o Império concederia a extradição de grandes criminosos desde que solicitada pelos países e cumpridas as exigências estabelecidas na Circular.

²³⁸ DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *A Extradição no Alvorecer do século XXI*. Op. cit., p. 97.

do sistema jurídico adotado. Leciona Sanchez²³⁹ que existem três sistemas: o inglês, o francês e o misto. O sistema inglês é baseado no juiz, a quem incumbe conceder ou negar a extradição. Contrariamente, no sistema francês é o Poder Executivo que determina a entrega do sujeito requerido ao Estado requerente. O sistema misto, por sua vez, está caracterizado por elementos de um de outro dos sistemas já mencionados; é dizer, o juiz define a procedência ou a negativa do pedido de extradição, cabendo ao Poder Executivo, discricionariamente, emitir sua decisão, a qual poderá ser contrária ao do Judiciário.

No Brasil, o procedimento do pedido de extradição é misto e comporta três fases: a administrativa (a cargo do Poder Executivo); a judiciária (compete ao Supremo Tribunal Federal a análise da legalidade e procedência do pedido extradicional); e, novamente, a fase administrativa, que se dá quando o governo procede à entrega da pessoa extraditada ao Estado estrangeiro ou, caso contrário, comunica-lhe o indeferimento do pedido pelo STF.

A extradição será requerida por via diplomática, ou na falta de agente diplomático, diretamente de Governo a Governo. O Brasil somente admite extradição quando requerida formalmente entre os Estados. O Estatuto do Estrangeiro estabelece a forma do requerimento:

Art. 80. A extradição será requerida por via diplomática ou, na falta de agente diplomático do Estado que a requerer, diretamente de Governo a Governo, devendo o pedido ser instruído com a cópia autêntica ou a certidão da sentença condenatória, da de pronúncia ou da que decretar a prisão preventiva, proferida por Juiz ou autoridade competente. Esse documento ou qualquer outro que se juntar ao pedido conterá indicações precisas sobre o local, data, natureza e circunstâncias do fato criminoso, identidade do extraditando, e, ainda, cópia dos textos legais sobre o crime, a pena e sua prescrição.

Faz-se necessária a prova da autenticidade dos documentos. Entretanto, “o encaminhamento do pedido por via diplomática confere autenticidade aos documentos”²⁴⁰, a qual é presumida, cabendo prova em contrário. Não obstante, quando o pedido for insuficientemente instruído, o julgamento poderá ser indeferido de plano ou convertido em diligências.

²³⁹ SÁNCHEZ, Guillermo Colín. *Procedimientos para la Extradición*. Op. cit., p. 13.

²⁴⁰ Artigo 80, §1º, Lei n. 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro).

Habeas Corpus. Prisão preventiva para extradição. Competência do Ministro-relator em face da nova Constituição (art. 5., LXI). Incompetência do Ministro da Justiça pela derrogação dos artigos 81 e 84, caput, da Lei n. 6.815/80. Precedente. Condições para a decretação (art. 82 da lei n. 6.815/80). **Possibilidade de se converter o julgamento em diligência por até 60 (sessenta) dias (art. 85, parágrafo 2, da mesma lei).** Tratado de extradição. Acolhimento pela constituição dos atos a ela anteriores, desde que compatíveis. Desnecessidades de novo referendo pelo Congresso Nacional (CF, art. 84, VIII). Questões de mérito. Procedência da acusação e crime político. Simples alegações não comprovadas. Matéria a ser apreciada no julgamento do pedido de extradição. Liberdade vigiada. Impossibilidade de aplicação analógica do art. 72 da Lei n. 6.815/80. Vedação legal expressa (art. 84, par. único, da mesma lei). (STF - HC 67635 / RJ - RIO DE JANEIRO - Relator(a): Min. PAULO BROSSARD; Julgamento: 30/08/1989; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; DJ 29-09-1989). (grifamos)

Recebido o pedido, o Ministério das Relações Exteriores o enviará ao Ministério da Justiça, que o remeterá ao Supremo Tribunal Federal (STF)²⁴¹. O procedimento jurisdicional está disposto no artigo 83 do Estatuto do Estrangeiro e no artigo 102, I, “g”, da Constituição Federal de 1988, que estabelece a obrigatoriedade do pronunciamento do Poder Judiciário acerca do pedido de extradição. O Regimento Interno do STF, artigo 207, igualmente dispõe que não se concederá a extradição sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a legalidade e a procedência do pedido, observada a legislação vigente.

Sustenta Del’ Olmo que:

(...) pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, por meio do Plenário (...) sobre a legalidade e procedência do pedido, não se tem limitado, como observa Mirtô Fraga, “a julgar legal ou ilegal, procedente ou improcedente a extradição; seu pronunciamento se faz em termos definitivos, deferindo ou denegando o pedido”. É, portanto, irrecorrível tal decisão, admitindo-se apenas embargos declaratórios²⁴².

Segundo Rezek²⁴³, o Estado requerente vê a transmissão do pedido extradicional ao Poder Judiciário como aquiescência da parte do Poder Executivo à extradição, restando ao Supremo Tribunal Federal a análise da legalidade da demanda. Nessa tessitura, o Supremo Tribunal Federal é incompetente para julgamento do mérito da causa, pois o extraditando será julgado no país requerente ou já foi sentenciado pelo referido Estado.

²⁴¹ BRASIL. Lei n. 6.815/80 Artigo 81.

²⁴² DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *A extradição no Alvorecer do Século XXI*. Op. cit., p. 91-92.

²⁴³ REZEK, José Francisco. *Perspectiva do Regime Jurídico da Extradição*. Op. cit., p. 241.

Extradição. 2. Pedido formulado pelo Governo dos Estados Unidos Mexicanos. Invocação do Tratado de Extradição México-Brasil, arts. IV e V. 3. Custódia preventiva para extradição mantida pelo Plenário do STF. 4. Ordens de Prisão, invocando-se o art. 16 da Constituição dos Estados Mexicanos, em virtude de processos instaurados contra os extraditados, por prática de crimes de corrupção de menores, violação com penalidade agravada e rapto, com base em dispositivos do Código Penal do Estado de Chihuahua e normas do Código de Procedimentos Penais do mesmo Estado. 5. Irrelevância da distinção pretendida pela defesa, no caso concreto, entre "mandado de apreensão" e "auto de formal prisão". 6. Condutas imputadas aos extraditados que possuem, também, no Brasil, enquadramento penal típico. 7. **Não cabe, em processo de extradição, discutir o mérito das acusações contra os extraditados no Estado de origem. Se são elas procedentes, ou não, dirão os juízes e tribunais do Estado requerente.** 8. Ordens de prisão emanadas de autoridades judiciárias competentes, fundamentadas suficientemente. 9. Inocorrência de extinção de punibilidade pela prescrição, em face das normas regentes da matéria, do Estado Chihuahua, e da legislação brasileira. 10. Não cabe acolher fundamento segundo o qual não haveria julgamento isento dos extraditados no Estado requerente, inexistindo dúvida quanto à independência do Poder Judiciário mexicano e seu regular funcionamento. 11. Pedido de extradição deferido.²⁴⁴

Dispõe o Estatuto do Estrangeiro, Lei 6815/80, que “o Ministério da Justiça ordenará a prisão do extraditado, colocando-o à disposição do Supremo Tribunal Federal” (art. 81). Ocorre que promulgada em 1988, a Constituição Federal ao tratar dos Direitos e Garantias Fundamentais, assegura “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (CF, art. 5º, inciso LXI).

A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal confirma a revogação do dispositivo da Lei 6.815/80 e, desta forma, a pessoa extraditada fica sob a custódia do STF, por decreto expedido pelo Ministro Relator do caso, que torna prevento o juízo. Vejamos decisão unânime do Tribunal Pleno, em pedido de Habeas Corpus de extraditado:

Prisão de Extraditado: artigos 80 e 81 da Lei nº 6815/80, de 19.08.980, alterada pela Lei 6.964, de 09 de 12.1981. Alegações de ilegalidade da prisão porque: 1ª) – não solicitada pelo Juiz processante, do Estado requerente da extradição (art. 80); 2ª) – decretada por Ministro do Supremo Tribunal Federal,

²⁴⁴ STF - Ext 783 / ME - MÉXICO – EXTRADIÇÃO; Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA; Julgamento: 07/12/2000; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; DJ 05-10-2001. In: www.stf.gov.br.(grifamos)

quando deveria ter sido pelo Ministro da Justiça (art. 81); 3ª) – não apresentada legislação do Estado requerente, relativa à prescrição (art. 80, “caput”); 4ª) – inválido o decreto de prisão, emitido pelo Juiz processante, por não conter a descrição dos fatos delituosos, nem indicar a data da ocorrência, sua natureza e circunstâncias. 1. Tendo sido a prisão preventiva decretada pelo Juiz processante, no Estado estrangeiro, e a ordem de captura encaminhada às autoridades brasileiras competentes, por via diplomática, com pedido de extradição, é de ser rejeitada a alegação de que não foi solicitada (a prisão) pelo referido Juiz. 2. O art. 81 da Lei 6815, de 19.08.1980, alterada pela Lei 6.964, de 09.12.1981, atribuía ao Ministro da Justiça o poder de decretar a prisão do extraditando. Tal norma ficou, nesse ponto, revogada pelo inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal de 1988, em razão do qual, excetuadas as hipóteses referidas, “ninguém será preso senão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. 3. **Tal competência passou, então, para o Ministro do Supremo Tribunal Federal, a quem caberá, também, relatar o pedido de Extradição, conforme decidiu o S.T.F. (RTJ 127/18).** 4. Sendo minuciosa, na decisão do Juiz processante, no Estado estrangeiro, a descrição dos fatos delituosos, a indicação do período em que ocorridos, assim como a sua natureza e circunstâncias, repele-se a alegação em contrário, contida na impetração do “writ”. 5. Embora não encaminhados, pelo Governo requerente da Extradição, os textos legislativos sobre prescrição, nada impedia que o Relator desta convertesse o julgamento em diligência, fixando prazo de sessenta dias para tal fim, como aconteceu no caso, cabendo invocar o precedente, no mesmo sentido, da Extradição nº 457. 6. Não caracterizado, até o momento, qualquer constrangimento ilegal à liberdade do paciente, é de se indeferir o pedido de “hábeas corpus”. 7. “H.C.” indeferido. Votação unânime²⁴⁵. (grifamos)

O rito processual extradicional não contempla a produção de provas, a oitiva de testemunhas ou qualquer outra circunstância prevista no processo cognitivo ordinário, sendo um processo célere. O Ministro Relator do STF designará dia e hora para a realização do depoimento pessoal do extraditando, podendo nomear curador ou advogado, se necessário. Ocorrendo o interrogatório, será concedido o prazo de 10 dias para a apresentação da defesa do extraditando²⁴⁶. A defesa versará sobre a identidade da pessoa reclamada, defeito de forma dos documentos apresentados ou ilegalidade da extradição (artigo 85, §1º).

Ademais, pode o Estado requerente formular pedido de extensão, quando objetiva promover o julgamento do extraditando não só pelo crime previsto no pedido, mas também em razão de outros ali não consignados.

²⁴⁵ SANCHES, Sydney (Ministro Relator): Habeas Corpus 73256/SP – São Paulo, DJ 13-12-1996, pp 50161.

²⁴⁶ Artigo 85 do Estatuto do Estrangeiro.

Extradição. Pedido de extensão. Princípio da especialidade: improcedência da alegação de que constitui óbice à concessão da extensão. Impossibilidade de renúncia a tal princípio. Exploração ilícita de jogo e exposição ilícita de material de jogo: fatos que não configuram crimes no Brasil, mas contravenções penais. Falsificação de documentos: regularidade formal do pedido de extensão. 1. O princípio da especialidade (artigo 91, I, da Lei n. 6.815/80) não é obstáculo ao deferimento do pedido de extensão. A regra que se extrai do texto normativo visa a impedir, em benefício do extraditando, que o Estado requerente instaure contra ele --- sem o controle de legalidade pelo Supremo Tribunal Federal --- ação penal ou execute pena por condenação referente a fatos anteriores àqueles pelos quais foi deferido o pleito extradicional. Precedentes. 2. O pedido de renúncia ao princípio da especialidade é irrelevante, porque não tem a virtude de afastar o controle de legalidade do pleito extradicional a cargo do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. 3. A exploração ilícita de jogo e a exposição ilícita de material de jogo configuram contravenções penais no ordenamento jurídico brasileiro. A extensão, nesse ponto, não pode ser concedida, por expressa vedação do artigo 77, II, da Lei n. 6.815/80. 4. O pedido de extensão quanto ao crime de falsificação de documentos obedece aos requisitos formais. Extensão deferida, em parte. (STF - Ext-extensão 787 / PT- PORTUGAL; EXTENSÃO NA EXTRADIÇÃO; Relator: Min. EROS GRAU; Julgamento: 23/03/2006; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; DJ 28-04-2006)

Outra questão que se mostra relevante mencionar reside na hipótese de o extraditando estar sendo processado, ou tiver sido condenado, no Brasil, por crime punível com pena privativa de liberdade. Neste caso²⁴⁷, a extradição será executada somente depois da conclusão do processo ou do cumprimento da pena, ressalvado, entretanto, o disposto no artigo 67 do Estatuto do Estrangeiro, ou seja, quando conveniente ao interesse nacional, a expulsão do estrangeiro poderá efetivar-se, ainda que haja processo ou tenha ocorrido condenação.

Nos termos do artigo 83 do Estatuto do Estrangeiro, da decisão do Supremo Tribunal Federal não cabe recurso. Salienta-se, contudo, que como ato inerente à soberania nacional, uma vez concedida a extradição cabe ao Chefe do Poder Executivo, ou seja, ao Presidente da República optar pela entrega ou não da pessoa reclamada.

O Poder Judiciário não concede a extradição, apenas autoriza ao Poder Executivo a fazê-la. Uma vez denegada a extradição, não se admitirá novo pedido baseado no mesmo fato (Artigo 88 da Lei do Estrangeiro).

²⁴⁷ Artigo 89 do Estatuto do Estrangeiro.

O extraditando que, depois de entregue ao Estado requerente, escapar à ação da Justiça e homiziar-se no Brasil, ou por ele transitar, será detido mediante pedido feito diretamente por via diplomática, e de novo entregue sem outras formalidades ²⁴⁸.

2.2.3.1. Prisão Preventiva

O sistema jurídico brasileiro dispõe sobre as condições que ensejam a concessão da prisão preventiva. De acordo com a Lei 6.815/80, artigo 82, em caso de urgência, poderá ser ordenada a prisão preventiva do extraditando desde que pedida, em termos hábeis, qualquer que seja o meio de comunicação, por autoridade competente, agente diplomático ou consular do Estado requerente.

O pedido de prisão preventiva, que noticiará o crime cometido, deve ser devidamente fundamentado, não bastando o mero requerimento, e deverá fundamentar-se em sentença condenatória, auto de prisão em flagrante, mandado de prisão, ou, ainda, em fuga do indiciado (Artigo 82, parágrafo 1º). A prisão preventiva, em matéria extraditacional, possui natureza cautelar, ou seja, é medida excepcional e de caráter urgente.

O juiz de direito é a única autoridade competente para determinar a prisão preventiva da pessoa extraditanda²⁴⁹ - salvo algumas exceções taxativamente discriminadas no texto constitucional (artigo 5º, LXI, *in fine* e artigo 136, §3º, I)²⁵⁰. Não cabe ao Ministro da Justiça,

²⁴⁸ Mantém-se, no entanto, a necessidade de requerimento por via diplomática e as despesas da extradição serão rateadas entre os Estados, eis que fundadas no preceito comunitário, de solidariedade no combate à criminalidade.

²⁴⁹ Cabe ressaltar que, no ordenamento jurídico brasileiro, não há a exigência de que a ordem de prisão preventiva tenha emanado de órgão estrangeiro integrante do Poder Judiciário. Basta que se cuide de autoridade investida, na legislação do país requerente, de atribuições para decretar a prisão preventiva do extraditando.

²⁵⁰ 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: (...) LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; Artigo 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional

nem a qualquer outro membro do Poder Executivo, ordenar a prisão preventiva, por força do artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe: *Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.* Ademais, a Portaria 737, de 16 de dezembro de 1988, que alterou a Lei n. 6.815/80, Estatuto do Estrangeiro, exatamente para adequar a Lei à Constituição Federal.

HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA PARA EXTRADIÇÃO. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DO PLEITO EXTRADICIONAL. IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO DE QUE A ORDEM DE PRISÃO TERIA SIDO CASSADA PELO PAÍS REQUERENTE. VÍCIOS DE FORMA NO MANDADO DE PRISÃO. INSUBSISTÊNCIA, ANTE A FORMALIZAÇÃO DO PLEITO EXTRADICIONAL. 1. **A prisão preventiva para extradição constitui requisito de procedibilidade do processo extradicional, que só terá seu curso regular se o extraditando estiver preso à disposição do Supremo Tribunal Federal.** 2. Não procede a alegação de que o País requerente teria cassado a ordem de prisão por ele emanada. A bem da verdade, o Juiz peruano tornou sem efeito um mandado de prisão em função da existência de outro decreto expedido em momento anterior. 3. É da jurisprudência desta Corte que eventuais vícios de forma no decreto de prisão preventiva reputar-se-ão sanados com a formalização do pleito extradicional, que, no caso, ocorreu. HC indeferido.(STF HC 90070 / GO – GOIÁS; HABEAS CORPUS; Relator(a): Min. EROS GRAU; Julgamento: 01/02/2007; Órgão Julgador:Tribunal Pleno; DJ 30-03-2007)

A prisão do extraditando é medida preliminar essencial ao processamento da extradição perante o Poder Judiciário e perdurará até o julgamento definitivo do Supremo Tribunal, não admitindo a concessão de liberdade vigiada ao extraditando (artigo 84, Lei n. 6.815/80). O decreto da prisão ocorre liminarmente, sendo pressuposto essencial para o julgamento do pedido.

A prisão extradicional não se confunde com a prisão preventiva regulada pelo Código de Processo Penal. Aquela, além do seu caráter cautelar, é ato necessário e prévio da autoridade judiciária competente para o processo extradicional. Esta, é faculdade deferida ao juiz que a exercerá de forma motivada.

ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza. (...) § 3º - Na vigência do estado de defesa: I - a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial(...). Brasil. Constituição Federal de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado. 1988.

CONSTITUCIONAL. PENAL. PRISÃO PREVENTIVA PARA FINS DE EXTRADIÇÃO. HABEAS CORPUS. DESNECESSIDADE DA MEDIDA. EXCESSO DE PRAZO. I. - **A prisão preventiva constitui pressuposto do processamento do pedido de extradição, não se confundindo com a prisão preventiva regulada pelo CPP.** Precedentes: HC 67.772/CE, Célio Borja, "DJ" de 16.8.1991; HC 71.172/RJ, Celso de Mello, "DJ" de 13.5.1994; Ext 785-QO/México, Néri da Silveira, "DJ" de 05.10.2001; Ext 827/Uruguai, Ilmar Galvão, "DJ" de 1º.8.2003. II. - HC indeferido. (STF - HC 86095 / PE – PERNAMBUCO; HABEAS CORPUS; Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO; Julgamento: 06/10/2005; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; DJ 02-12-2005).

A prisão propriamente dita do extraditando, compete à Polícia Federal, nos termos da Constituição Federal de 1988 em seu artigo 144, parágrafo 1º, inciso IV e Decreto n. 86.715/81, artigo 110 que estabelece competir a Polícia Federal efetivar a prisão do extraditando.

Dispõe ainda o parágrafo 2º, do artigo 82, da Lei 6.815/80 que, efetivada a prisão, o Estado requerente deverá formalizar o pedido em noventa dias, na conformidade do artigo 80. Portanto, a prisão é provisória e com prazo determinado. Estabelece o parágrafo 3º do artigo 82 do Estatuto do Estrangeiro que a prisão poderá ser realizada desde que o país requerente providencie o pedido formal de extradição, devidamente instruído, dentro do prazo. Não será mantida a prisão preventiva além do prazo referido no parágrafo 2º, nem se admitirá novo pedido pelo mesmo fato sem que a extradição haja sido formalmente requerida.

Habeas Corpus. 2. Extradição. 3. **Excesso de prazo da prisão preventiva. 4. Prazo para a formalização do pedido de extradição 5. Art. 82, §2º, da Lei nº 6.815/80: 90 (noventa) dias.** 6. Ausência de constrangimento ilegal. 7. A tempestividade da formulação do pedido de extradição é aferida tomando como termo inicial a data em que o pleito é formalmente deduzido perante a autoridade competente brasileira, no caso, o Ministro de Estado das Relações Exteriores. 8. Pedido de extradição formalizado dentro do prazo legal. 9. Precedentes. 10. Ordem indeferida (STF - HC 86922 / SP - SÃO PAULO; HABEAS CORPUS; Relator(a): Min. GILMAR MENDES; Julgamento: 08/05/2006; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; DJ 25-08-2006)

Da decisão que concede o pedido de prisão preventiva cabe *habeas corpus* preventivo ao Supremo Tribunal Federal, ainda que o processo extradicional já tenha sido recebido ou concedido por este órgão.

STF: competência originária: habeas corpus preventivo contra alegada ameaça de prisão para extradição, imputada a autoridade policial brasileira: precedente (HC 80923). II. Habeas corpus preventivo: ameaça desmentida pelas informações, nas quais a autoridade policial impetrada dá conta de que, ciente de depender a prisão preventiva para extradição de decisão do STF, não atenderá ao pedido de detenção oriundo de órgão judiciário estrangeiro. (STF - HC 82686 / RS - RIO GRANDE DO SUL; HABEAS CORPUS; Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; Julgamento: 05/02/2003; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; DJ 28-03-2003)

Habeas Corpus preventivo. 2. Mandado de prisão expedido por magistrado canadense contra pessoa residente no Brasil, para cuja execução foi solicitada a cooperação da INTERPOL - Brasil. Inexistência de pedido de extradição. 3. Competência do STF - Art. 102, I, g, da Constituição Federal. 4. Em face do mandado de prisão contra a paciente expedido por magistrado canadense, sob a acusação de haver cometido o ilícito criminal previsto no art. 282, a, do Código Penal do Canadá, e solicitada à INTERPOL sua execução, fica caracterizada situação de ameaça à liberdade de ir e vir. 5. **Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, concedido, para assegurar à paciente salvo conduto em todo o território nacional. Em se tratando de pessoa residente no Brasil, não há de sofrer constrangimento em sua liberdade de locomoção, em virtude de mandado de prisão expedido por justiça estrangeira, o qual, por si só, não pode lograr qualquer eficácia no país.** 6. Comunicação da decisão do STF ao Ministério da Justiça e ao Departamento de Polícia Federal, Divisão da Interpol, para que, diante da ameaça efetiva à liberdade, se adotem providências indispensáveis, em ordem a que a paciente, com residência em Florianópolis, não sofra restrições em sua liberdade de locomoção e permaneça no país enquanto lhe aprouver. 7. Habeas corpus não conhecido, no ponto em que se pede a cessação imediata da veiculação dos nomes e fotografias da paciente e de seus filhos menores no portal eletrônico da Organização Internacional de Polícia Criminal (O.I.P.C.) - Interpol, porque fora do alcance e controle da jurisdição nacional, tendo sido a inclusão das difusões vermelha e amarelas, relativas à paciente e seus filhos, respectivamente, solicitadas pela IP/Ottawa à IPSC, em Lyon, França. (STF - HC 80923 / SC - SANTA CATARINA; HABEAS CORPUS; Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA; Julgamento: 15/08/2001; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; DJ 21-06-2002)

Por fim, cabe ressaltar que o Supremo Tribunal Federal²⁵¹ entende que a prisão preventiva no direito extradicional não atenta contra o princípio constitucional da presunção da inocência, disposto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988. A segregação tem cunho instrumental sendo pressuposto para o andamento do pedido de extradição, eis que o extraditando

²⁵¹ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, artigo 208: *Não se terá andamento o pedido de extradição sem que o extraditando seja preso e colocado à disposição do Tribunal.*

deve ser colocado à disposição do STF, garantindo-se, assim, a execução da eventual ordem de extradição.

2.2.3.2. Direitos e Garantias Constitucionais

O sistema jurídico internacional não contém um conjunto de normas específicas que abordem os direitos e garantias dos estrangeiros. No entanto, tal situação não implica dizer que não haja instrumentos universais e regionais para a proteção dos Direitos Humanos dos indivíduos que cruzam a fronteira internacional.

De acordo com a legislação brasileira, o Supremo Tribunal Federal, nas ações de extradição passiva, não dispõe de qualquer poder de indagação probatória sobre o mérito da pretensão deduzida pelo Estado requerente. Por essa razão, a defesa do extraditando no processo extradicional sofre limitações de ordem material, não podendo ingressar na análise dos pressupostos da *persecutio criminis* instaurada no Estado requerente. Vigê no ordenamento jurídico brasileiro, em matéria extradicional, o sistema de controle limitado, com predominância da atividade jurisdicional no que concerne à fiscalização atinente à legalidade extrínseca do pedido de extradição formulado, à identidade da pessoa reclamada e à existência de vícios formais nos documentos apresentados. Ou seja, ao Poder Judiciário brasileiro cabe apenas deliberar sobre os fundamentos que apóiam a pretensão do Estado requerente.

O modelo que rege a extradição no Brasil é baseado no sistema misto e, como tal, não permite que se renove, no âmbito do processo extradicional, o litígio penal que lhe deu origem, nem que se prova revisão ou rediscussão do mérito. Desta forma, a Corte Suprema não pode reexaminar os procedimentos judiciais instaurados no Estado estrangeiro, incluindo-se nesta vedação até mesmo a sentença penal condenatória deles resultante. Em poucas palavras, is so quer dizer que o Supremo Tribunal não pode emitir qualquer juízo de revisão ²⁵².

²⁵² REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público*. Op. cit., p. 204.

“A defesa do extraditando não pode adentrar o mérito da acusação: ela será impertinente em tudo quanto diga respeito à sua identidade, à instrução do pedido ou à legalidade da extradição à luz da lei específica”²⁵³.

A exemplo, o processo de extradição não comporta defesa baseada em questões relativas a nulidade da decretação da revelia e a negativa de autoria, por exemplo. Tais questões devem ser discutidas perante a Justiça do Estado requerente. Da mesma forma, as provas documentais que revelam a participação do extraditando constitui controvérsia afeta ao próprio mérito da *persecutio criminis*, que não pode ser debatida no juízo da extradição.

No entanto, surge, em razão do princípio da ampla defesa, a alegação de inconstitucionalidade do preceito legal 82 da Lei n. 6.815/80. O princípio constitucional previsto no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal de 1988 não é, face ao posicionamento rígido do Supremo Tribunal, violado pelo Estatuto do Estrangeiro. De acordo com a Suprema Corte, a primazia do direito de extradição por crime comum previsto nos incisos LI e LII do art. 5º da Constituição justifica a limitação da análise do pedido de extradição. Entende-se que em razão da própria natureza do processo de extradição não pode a Corte Suprema revisar ação penal formulada e processada no estrangeiro.

Os Estados defendem, baseados no princípio da soberania nacional, seu domínio reservado para determinarem direitos e deveres aos estrangeiros no seu território. Desta forma, aos Estados é conferido o poder de legislar sobre os estrangeiros, sendo necessário observar a soberania dos demais Estados no plano internacional e, sobretudo, o respeito aos direitos humanos e as liberdades fundamentais conferidos em uma série de documentos internacionais de direitos humanos e de normas consuetudinárias internacionais²⁵⁴.

Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro extradicional (Lei n. 6.815/80), repele a possibilidade de revisão ou reapreciação do mérito da acusação penal ou da condenação criminal

²⁵³ Idem, Ibidem, p. 205.

²⁵⁴ CHAPARRO, Verônica Zárate. O Estrangeiro à Luz do Direito Internacional e do Direito Brasileiro: breves considerações. *In Curso de Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luís Ivani de Amorim Araújo pelo seu 80º aniversário*. Coord. Florisbal de Souza Del’Olmo. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 659.

preferidos no Estado estrangeiro, limitando ao Supremo Tribunal Federal a análise dos pressupostos (artigo 77) e condições (artigo 78) inerentes ao pedido formulado pelo estrangeiro, consagrando o sistema de contenciosidade limitada.

2.2.3.3.A Entrega do Extraditando

Prolatada a decisão do Supremo Tribunal Federal de deferimento da extradição, o processo retorna ao Ministro das Relações Exteriores que comunicará o fato à missão diplomática do Estado requerente. Este, por sua vez, tem o prazo de 60 (sessenta) dias, contados da comunicação, para retirar o extraditando do território brasileiro, sob pena de imediato livramento do reclamado ²⁵⁵.

Dispõe o art. 91 da Lei n. 6.815/80 que a entrega do extraditando está condicionada a compromissos que devem ser assumidos pelo Estado requerente, tais como: o de não ser o extraditando preso nem processado por fatos anteriores ao pedido; de computar o tempo de prisão que, no Brasil, foi imposta por força da extradição; de comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, os casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação; de não ser o extraditando entregue, sem consentimento do Brasil, a outro Estado que o reclame; e de não considerar qualquer motivo político, para agravar a pena.

No caso de crime punido na legislação estrangeira com prisão perpétua ou pena capital, os acórdãos do Supremo Tribunal Federal têm se mostrado pacíficos no sentido de exigir do Estado requerente, como condição para a entrega do extraditando, a comutação da pena de morte em pena privativa de liberdade.

EXTRADIÇÃO. HOMICÍDIO DOLOSO. ALEGAÇÃO DE QUE A ACUSAÇÃO É IMPRECISA. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA. NÃO-COMPROVAÇÃO. EXISTÊNCIA DE FILHO BRASILEIRO DEPENDENTE DA ECONOMIA PATERNA. FATOR NÃO-IMPEDITIVO DO PROCESSO EXTRADICIONAL. PEDIDO DE EXTRADIÇÃO DEFERIDO. I - Ao

²⁵⁵ Tal fato não impede que o extraditando responda processo de expulsão.

contrário do que sustenta a defesa do extraditando, o pedido está suficientemente instruído, pois dele figuram a descrição precisa do fato criminoso, suas circunstâncias, data, local e natureza. II - Inexistência de elementos, nos autos, que permitam a conclusão de que o extraditando é vítima de perseguição política pelo governo do Estado requerente. III - A existência de filho brasileiro, ainda que dependente da economia paterna, não impede a concessão da extradição. Precedentes. IV - **Pedido extradicional deferido sob a condição de que o Estado requerente assumia, em caráter formal, o compromisso de comutar eventual pena de morte ou de prisão perpétua em pena de prisão com prazo máximo de 30 anos.** Precedente: Ext. 855, Rel. Min. Celso de Mello. (STF - Ext 984 / EU - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – EXTRADIÇÃO; Relator(a): Min. CARLOS BRITTO; Julgamento: 13/09/2006; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; DJ 17-11-2006) (grifamos)

(...) EXTRADIÇÃO - PENA DE MORTE - COMPROMISSO DE COMUTAÇÃO. - O ordenamento positivo brasileiro, nas hipóteses de imposição do *supplicium extremum*, exige que o Estado requerente assumia, formalmente, o compromisso de comutar, em pena privativa de liberdade, a pena de morte, ressalvadas, quanto a esta, as situações em que a lei brasileira - fundada na Constituição Federal (art. 5º, XLVII, "a") - permite a sua aplicação, caso em que se tornará dispensável a exigência de comutação. Hipótese inócua no caso. A Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas - Artigo 3º, n. 1, "a" - outorga, à Missão Diplomática, o poder de representar o Estado acreditante ("*État d'envoi*") perante o Estado acreditado ou Estado receptor (o Brasil, no caso), derivando, dessa função política, um complexo de atribuições e de poderes reconhecidos ao agente diplomático que exerce a atividade de representação institucional de seu País. Desse modo, o Chefe da Missão Diplomática pode assumir, em nome de seu Governo, o compromisso oficial de comutar, a pena de morte, em pena privativa de liberdade. Esse compromisso pode ser validamente prestado antes da entrega do extraditando ao Estado requerente. O compromisso diplomático em questão traduz pressuposto da entrega do extraditando, e não do deferimento do pedido extradicional pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes. (STF - Ext 744 / BU – BULGARIA; EXTRADIÇÃO; Relator(a): Min. CELSO DE MELLO; Julgamento: 01/12/1999; Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO; DJ 18-02-2000).

Evidencia Del’Olmo que posicionamento contrário, ‘evidenciaria flagrante retrocesso na senda dos direitos humanos, por certo o valor maior buscado pela Suprema Corte brasileira na coibição da pena de morte ao acusado estrangeiro que no Brasil é reenviado (...).’²⁵⁶

O Chefe da Missão Diplomática pode assumir, em nome de seu Governo, o compromisso oficial de comutar, a pena de morte, em pena privativa de liberdade, não necessitando provar que

²⁵⁶ DEL’OLMO, Florisbal de Souza. A extradição no alvorecer do século XXI.- Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 112.

se acha investido nos poderes pelo Ministério das Relações Exteriores do seu país. Esse compromisso pode ser validamente prestado antes da entrega do extraditando ao Estado requerente.

A Nota Diplomática, que vale pelo que nela se contém, goza de presunção *juris tantum* de autenticidade e veracidade, decorrente do princípio da boa-fé, que rege no plano internacional, as relações político-jurídicas entre os Estados soberanos. Trata-se de documento formal cuja eficácia jurídica deriva de condições e peculiaridades de seu trânsito por via diplomática.

O compromisso diplomático em questão traduz pressuposto da entrega do extraditando, e não do deferimento do pedido de extradição pelo Supremo Tribunal Federal.

2.2.4. Pessoas passíveis de Extradição

Considerando a sociedade como um sistema mundial, em princípio, pode-se afirmar que todo e qualquer indivíduo, cuja norma penal de um Estado violou, é responsável e passível de extradição; sobretudo, quando se tem o instituto da extradição como um instrumento que vem em benefício da comunidade internacional.

De acordo com Chaparro, “o estrangeiro é todo aquele que não ostenta a qualidade de nacional”. Esse conceito, segundo a autora, “é válido, inclusive, para os Estados que equiparam sob o mesmo estatuto legal o estrangeiro e o apátria, como é o caso do Brasil na Lei do Estrangeiro.”²⁵⁷ No mesmo sentido, Tenório, segundo o qual “quem não é nacional é estrangeiro”²⁵⁸. Silva reputa “estrangeiro, no Brasil, quem tenha nascido fora do território

²⁵⁷ CHAPARRO, Verônica Zárate. O Estrangeiro à Luz do Direito Internacional e do Direito Brasileiro. Op. cit., p. 657-658.

²⁵⁸ TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. 11ªed., vol I - Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, p. 251.

nacional que, por qualquer forma prevista na Constituição, não adquira a nacionalidade brasileira²⁵⁹.

A nacionalidade do extraditando é o primeiro fator a ser analisado no pedido de extradição. Geralmente a extradição é concedida quando o indiciado ou condenado é nacional do Estado requerente ou quando essa pessoa é nacional de um terceiro país²⁶⁰. Ou seja, sendo estrangeiro, o processo de extradição passa a ser analisado profundamente.

Por outro lado, a extradição de nacional do país requerido é rotineiramente negada, sendo coibida pela legislação de quase todos os Estados. No Brasil, o Estatuto do Estrangeiro, Lei n. 6.815 de 19 de agosto de 1980, não se concede a extradição quando se tratar de brasileiro nato.

Art. 77. Não se concederá a extradição quando:

I - se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivar o pedido;

No mesmo sentido, a Constituição Federal de 1988:

Art. 5º. LI - Nenhum brasileiro será extraditado, **salvo 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. (grifamos)

Conforme sustentam alguns autores como Kelsen, Veloso e Alfred Verdross, os Estados devem proteger os seus nacionais garantindo-lhes uma justiça imparcial, da mesma forma que não devem abdicar de parte de sua soberania entregando a uma justiça estrangeira um cidadão brasileiro. Segundo eles, todo brasileiro tem o direito de viver no território nacional e sob a proteção do Estado.

²⁵⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, p. 334.

²⁶⁰ Cabe observar que alguns juristas exigem que se comunique o Estado do qual a pessoa requerida por um terceiro país é nacional, apenas por questão de cortesia internacional. (DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *A Extradicação no Alvorecer do Século XXI*. Op. cit., p. 37).

Afirma Delmanto²⁶¹ que o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio da *territorialidade temperada* que estabelece a aplicação da Lei brasileira sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional. As disposições sobre convenção, tratados e regras internacionais, bem como os casos especiais da extraterritorialidade penal previsto no artigo 7º do Código Penal, retiram o caráter absoluto do princípio da territorialidade.

Art. 7º. Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro:

I - Os crimes :

- a) contra a vida ou liberdade do presidente da República;
- b) contra o patrimônio ou a fé;

O posicionamento exarado pelo legislador constitucional é defendido por Veloso²⁶², pois se retira o caráter absoluto do princípio da territorialidade, entendendo ser obrigação do Estado garantir a segurança de seus nacionais, dentro e além de suas fronteiras. Desde a Constituição Federal de 1934, o ordenamento jurídico brasileiro proíbe a extradição de nacionais. Tal proibição, contudo, não implica impunidade do delinqüente, pois o Estado tem a obrigação de realizar o julgamento do nacional em seu território.

Leciona Oppenheim que “no existe una norma universal de Derecho internacional consuetudinário que prescriba el deber de la extradición e por isso os Estados han concertado multiples convênios regulando los casos suceptibles de extradición”²⁶³.

Entretanto, autores como Accioly e Russomano, entendem que a proteção de nacionais, pelo Estado, não deve impedir a responsabilização de um criminoso perante júizes estrangeiros, pois se se partir do pressuposto de que a justiça estrangeira não é confiável, todo e qualquer cidadão, seja da nacionalidade que for, não pode ser entregue ao Estado requerente. Beviláqua entende que a exclusão de nacionais não possui argumentos suficientes, e “a opinião contrária vai dominando na doutrina, porque se apóia em razões valiosas.” Acrescenta o autor que “para

²⁶¹ DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 11-13.

²⁶² VELOSO, Kleber Oliveira. *O Instituto da Extradición*. Op. cit., p. 62.

²⁶³ OPPENHEIM. *Tratado de Derecho Internacional Público*. Tradução de Lopez Olivan e J.M.Casterial, I,II, Barcelona,1961, p. 269; AMORIM ARAÚJO, Luis Avani de. *Direito internacional Penal*. Op. cit., p. 43.

conceder a extradição pedida não deve o Estado preocupar-se com a nacionalidade do criminoso.” Afirma o jurista que o juiz natural do criminoso é o local no qual foi a lei infringida, sendo um direito de o Estado fazer valer a ordem jurídica infringida através da devida punição, não se pondo em jogo a dignidade nacional ao se extraditar um nativo ²⁶⁴.

Amorim Araújo, por sua vez, também assevera não entender a recusa, inserida na Constituição Federal de 1988, em se extraditar brasileiros que “praticem atos delituosos no território de outro membro da sociedade internacional e que, após o crime praticado, venham se acoitar dentro de nossas lindes”²⁶⁵. Coloca-se o doutrinador a favor da universalidade da extradição, sem excluir os nacionais do Estado requerido.

Verifica-se, pelo exposto, flagrante paradoxo: enquanto a doutrina é amplamente majoritária em favor da extradição de nacionais, as legislações dos países, na quase totalidade, persistem na não-inclusão do instituto nos seus ordenamentos jurídicos ²⁶⁶.

De acordo com o Código de Bustamante, artigo 345, os Estados não são obrigados a entregar seus nacionais. Entretanto, em 1930, a III Conferência Internacional para Unificação do Direito Penal consagrou a extraditabilidade dos nacionais. Alguns países como o Reino Unido e os Estados Unidos, embora admitam a extradição de nacionais, dificilmente deferem os pedidos de extradição. Os países da União Européia, outrossim, extraditam nacionais para outros Estados da Comunidade. A Itália, mediante reciprocidade, admite a extradição de cidadãos italianos ²⁶⁷.

Questão que sugere reflexões na Corte Suprema diz respeito ao problema da dupla nacionalidade. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, quando há dupla nacionalidade da pessoa extraditanda prevalece a nacionalidade real e efetiva, identificada através de laços fáticos forte entre a pessoa e o Estado.

(...)“OBITER DICTUM” DO RELATOR (MIN. CELSO DE MELLO),
MOTIVADO PELA PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO DA
PRESENTE AÇÃO DE “HABEAS CORPUS”: IMPOSSIBILIDADE
CONSTITUCIONAL ABSOLUTA DE EXTRADITAR-SE BRASILEIRO

²⁶⁴ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Público Internacional*. Tomo II. Op. cit., p. 135-138.

²⁶⁵ AMORIM ARAÚJO, Luis Ivani de. *Direito internacional Penal*. Op. cit., p. 45.

²⁶⁶ DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *A Extradicação no Alvorecer do Século XXI*. Op. cit., p. 40.

²⁶⁷ Idem, *Ibidem*, p. 72.

NATO E POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL DA LEI PENAL BRASILEIRA A FATOS DELITUOSOS SUPOSTAMENTE COMETIDOS, NO EXTERIOR, POR BRASILEIROS - CONSIDERAÇÕES DE ORDEM DOUTRINÁRIA E DE CARÁTER JURISPRUDENCIAL. - O brasileiro nato, quaisquer que sejam as circunstâncias e a natureza do delito, não pode ser extraditado, pelo Brasil, a pedido de Governo estrangeiro, pois a Constituição da República, em cláusula que não comporta exceção, impede, em caráter absoluto, a efetivação da entrega extradicional daquele que é titular, seja pelo critério do "*jus soli*", seja pelo critério do "*jus sanguinis*", de nacionalidade brasileira primária ou originária. Esse privilégio constitucional, que beneficia, sem exceção, o brasileiro nato (CF, art. 5º, LI), não se descaracteriza pelo fato de o Estado estrangeiro, por lei própria, haver-lhe reconhecido a condição de titular de nacionalidade originária pertinente a esse mesmo Estado (CF, art. 12, § 4º, II, "a"). - Se a extradição não puder ser concedida, por inadmissível, em face de a pessoa reclamada ostentar a condição de brasileira nata, legitimar-se-á a possibilidade de o Estado brasileiro, mediante aplicação extraterritorial de sua própria lei penal (CP, art. 7º, II, "b", e respectivo § 2º) - e considerando, ainda, o que dispõe o Tratado de Extradicação Brasil/Portugal (Artigo IV) -, fazer instaurar, perante órgão judiciário nacional competente (CPP, art. 88), a concernente "*persecutio criminis*", em ordem a impedir, por razões de caráter ético-jurídico, que práticas delituosas, supostamente cometidas, no exterior, por brasileiros (natos ou naturalizados), fiquem impunes. Doutrina. Jurisprudência. (...) (STF - HC-QO 83113 / DF - DISTRITO FEDERAL; QUESTÃO DE ORDEM NO HABEAS CORPUS; Relator(a): Min. CELSO DE MELLO; Julgamento: 26/06/2003; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; DJ 29-08-2003)

Ademais, em que pese a Constituição Federal proibir a extradição de nacionais, incluindo os naturalizados, excepciona-se quando o crime comum é praticado antes da naturalização ou quando comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins. Nestas circunstâncias impõe-se a nulidade absoluta da nacionalidade adquirida. Entende-se que a naturalização ocorreu com o fim precípua de fraudar a punição prevista pela ordem jurídica infringida. É desnecessário, contudo, a prévia anulação da naturalização para a concessão da extradição ²⁶⁸.

No que concerne ao disposto no artigo 5º, LI, *in fine*, da Constituição Federal de 1988, denotam-se problemas na sua aplicação, eis que a expressão "na forma da lei" pressupõe que a legislação ordinária deverá regulamentar a forma de aplicação da norma constitucional. O intuito da legislação é claro: combater com maior rigor o crime de tráfico. Entretanto, tal intuito vem de

²⁶⁸ RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A Extradicação no Direito Internacional e no Direito Brasileiro*. Op. cit., p. 122.

encontro ao pressuposto da análise apenas formal do pedido extradicional, baseada no sistema contencioso limitado.

Sendo assim, não cabe ao Supremo a análise do mérito do pedido de extradição, não se tendo como conceder a extradição instrutória do criminoso naturalizada em razão da prática de tráfico de entorpecentes. Contudo, admite-se a extradição quando já existe sentença final transitada em julgado condenando o indivíduo por crime de tráfico de entorpecentes e drogas afins (extradição executória).

Por fim, dentre as pessoas que não estão sujeitas ao instituto da extradição, encontram-se os Chefes de Estado ou os soberanos estrangeiros no exercício de suas funções, os refugiados em outros países, os agentes diplomáticos que gozam de imunidade absoluta, o extraditando que, condenado a pena de morte, foge para outro Estado que não preveja em sua legislação tal penalidade e o extraditando que, por motivo de força maior, encontra-se no Estado do requerido.

2.2.5. Crimes passíveis de Extradição

Em regra, todo fato delituoso, desde que observado os requisitos da lei, é passível de extradição. Entretanto, excepcionam-se alguns delitos dispostos no art. 77 da Lei n.6.815/80.

Art. 77. Não se concederá a extradição quando:

II - o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente;

(...)

IV - a lei brasileira impuser ao crime a pena de prisão igual ou inferior a 1 (um) ano;

V - o extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido;

(...)

VII - o fato constituir crime político;

2.2.5.1. A Dupla Tipicidade e a Pena mínima aplicada ao Crime

O inciso II acima transcrito se refere à própria natureza do instituto da extradição, impondo a lógica de que onde não há crime, não há punição. Neste ponto, cabe ressaltar que não resta descaracterizado o princípio da dupla tipicidade a circunstância de os fatos ilícitos não guardarem identidade de denominação jurídica com os tipos previstos na legislação penal brasileira. É essencial, para efeito de observância do postulado da dupla incriminação, que os fatos atribuídos ao extraditando revistam-se de tipicidade penal tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no sistema de direito positivo do Estado requerente. E, acrescenta Tiburcio: “que em ambos o fato seja punível como crime. Assim, se a legislação brasileira tipificar o fato como contravenção, o pedido extraditacional será indeferido (...)”²⁶⁹.

Goraieb²⁷⁰ admite o pedido de extradição fundamentado em várias infrações penais imputadas ao extraditando, não sendo necessário que todas elas correspondam a algum delito no Direito Brasileiro.

No sistema brasileiro adotou-se o critério da penalidade mínima ao invés da adoção da enumeração dos delitos. Dessa forma, não se concede a extradição aos crimes punidos com penas iguais ou inferiores a 1(um) ano. Em razão da ambigüidade do disposto no inciso IV do artigo 77 – eis que não há a previsão se o referido prazo é o da pena mínima *in abstracto* ou da pena *in concreto* -, levantaram-se discussões doutrinárias.

Cahali²⁷¹, no mesmo sentido que o Supremo Tribunal Federal adotou, entende que no processo extraditacional dever-se-á levar em conta a pena mínima imposta *in abstracto* nos exatos termos da lei brasileira. Sendo o fato considerado contravenção penal, no Brasil, não poderá ser concedida a extradição, eis que o instituto visa combater crimes de maior gravidade.

²⁶⁹ TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*. Op. cit., p. 248.

²⁷⁰ GORAIEB, Elizabeth. *A Extradição no Direito Brasileiro*. Op. cit., p. 63.

²⁷¹ CAHALI, Yussef S. *Estatuto do Estrangeiro*. Op. cit., p. 335.

EXTRADIÇÃO: PROMESSA DE RECIPROCIDADE. ESTELIONATO E CRIME FALIMENTAR; DELITOS NÃO CONFIGURADOS NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA. EXTRADITANDO CASADO COM BRASILEIRA. 1. (...)2. O crime de fraude, previsto no Código Penal Alemão, corresponde ao crime de estelionato (art. 171 do Código Penal Brasileiro) e o crime de inobservância da contabilização obrigatória, definido no mesmo código teutônico, tem correspondente no crime falimentar descrito no art. 186, VI, da Lei nº 7661/45 (Lei de Falências). Contudo, a tipificação desta espécie de delito falimentar só ocorre se concorrer com a falência, o que, na hipótese examinada, não resultou declarada por sentença proferida pela Justiça alemã. 3. Os crimes previstos na legislação penal alemã, pautados para o pedido de extradição, mas que não guardam semelhança com qualquer tipo penal da legislação pátria, não podem servir de base para o deferimento da medida extraditória. 4. **Não há como acolher-se a tese segundo a qual a extradição não poderá ser concedida, ao argumento de que a pena mínima prevista para o crime de estelionato é apenas de um ano, porquanto esse delito não se agrupa nos crimes que a lei brasileira impõe pena de prisão igual ou inferior a um ano, mas sim igual ou superior a um ano.** 5.(...) (STF - Ext 665 / RFA - REPUBLICA FEDERAL DA ALEMANHA EXTRADIÇÃO; Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA; Julgamento: 06/06/1996; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; DJ 06-09-1996).

O instituto da extradição deve ficar adstrito a fatos justificadores de penalidades mais gravosas, em razão das formalidades, morosidade e despesas que naturalmente decorrem de um processo que tal.

2.2.5.2. Crimes Políticos e demais Fatos Criminosos Insuscetíveis à Extradição

Os chamados *crimes políticos* se constituem em relevante fator limitador da concessão da extradição. Segundo Beviláqua²⁷², há consenso doutrinário justificado pelo fato de as questões partidárias obscurecerem a apreciação dos mesmos, possibilitando a consideração de crimes hediondos fatos de somenos importância. Assevera o autor que as paixões partidárias impelem à prática de atos reprováveis pessoas não propensas ao crime, mas muitas vezes grandemente sugestionáveis.

²⁷² BEVILÁQUA Clóvis. *Direito Público Internacional*. Tomo II. Op. cit., p. 142-143.

No caso da legislação brasileira, considerar o crime político pacífico de extradição implica atacar o próprio texto constitucional, eis que, nas palavras de Dardeau de Carvalho, os crimes políticos nada mais são do que *ações ou omissões consideradas contrárias às instituições dominantes*²⁷³. Dentre os fundamentos da não extradição dos criminosos políticos está a ordem democrática - que decorre da liberdade de pensamento e expressão - e a animosidade do Estado que teve a usar ordem político-social abalada.

Entretanto, conforme salienta Araújo Jr.,

Caso a violência não atinja pessoas inocentes, nem os fatos constituam principalmente uma infração penal comum, o entendimento dominante é no sentido de que em relação a eles, também, não deva ser deferida a extradição. Entretanto, se a ação violenta for dirigida contra terceiros envolvidos no conflito (inocentes) ou os fatos constitutivos da infração caracterizarem, fundamentalmente, um crime comum, o delito perderá a sua conotação política principal e, por isso, a extradição deverá ser concedida²⁷⁴.

Quando o crime político se liga a crimes comuns, a complexidade aumenta. Na hipótese de crime conexos ou na hipótese de delitos complexos (que constituem atos isoláveis, inseparáveis por seus elementos), os Estados adotam posturas distintas. Os Estados Unidos e a Inglaterra tendem a adotar o critério da existência de um momento político conturbado para a definição de crime político. A Suíça adota o critério do motivo determinante do acusado, que deve ter fundamento político conjugado com o critério finalidade. E a França elegeu o critério da motivação, conjugado com a gravidade do crime cometido²⁷⁵.

No Brasil, o STF optou por incluir, entre os elementos relevantes para caracterizar a ocorrência de crime político, a motivação do agente, os fins visados e a circunstância de ter exercido cargo ou função político-administrativos. Desse modo, havendo crime político, este sempre haverá de predominar sobre o comum, para fins de evitar a extradição, não podendo a lei ordinária impor restrições à garantia constitucional sob pena de violar a Carta Magna.

²⁷³ DARDEAU DE CARVALHO, Alciro. *Situação Jurídica do Estrangeiro no Brasil*. Op. cit., p. 142.

²⁷⁴ ARAÚJO JR, João Marcelo. *Extradição: Alguns aspectos fundamentais*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Ano 90, Vol. 326. Abril/Junho 1994, p. 69; DEL'OLMO Florisbal de Souza. *A Extradição no Alvorecer do Século XXI*. Op. cit., p. 43.

²⁷⁵ TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*. Op. cit., p. 226-230.

Ademais, compete ao Estado requerido a definição, por vezes difícil, do crime político, bem como decidir se o fato, ou os fatos incriminados, têm ou não caráter político, sendo esta a orientação que melhor se acomoda às regras referentes aos conflitos de leis no espaço. De certo que os crimes de traição, conspiração para derrubar um governo e espionagem impedem a extradição, assim como a extradição política disfarçada, que ocorre quando o pedido revela aparência de crime comum, mas de fato dissimula perseguição política.

É preciso salientar as exceções a esta regra. Não há como imputar como crime político o genocídio, eis que considerado delito repugnante à consciência jurídica da humanidade, assim como a tortura, a indevida experimentação humana, o tráfico de crianças, trabalhadores, mulheres e armas, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra, a tomada de reféns civis, o tráfico internacional de drogas e a prática do terrorismo, dentre outros. O poder judiciário analisará a natureza do(s) delito(s) sob o(s) qual(is) o extraditando está sendo acusado, ou seja, se o crime é político ou comum, tendo ainda a liberdade de deixar de considerar crime político atentado contra Chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem como os atos de sabotagem, seqüestro ou anarquismo, com fulcro na Lei belga de 22.06.1856.²⁷⁶

Também não será concedida a extradição por infrações administrativas, por crime de imprensa, por crimes de ordem religiosa ou convicções filosóficas. O delito de imprensa pode ser considerado como uma variante do delito de opinião²⁷⁷ e se encaixa perfeitamente na conotação de crime político, eis que frequentemente as pessoas exteriorizam a opinião por meio de imprensa com motivação política.

Os crimes contra a religião equiparam-se aos crimes militares e não ensejam a extradição, pois a Constituição Federal garante a liberdade de culto e crença religiosa.

²⁷⁶ STF - Ext 272 / AI - AUSTRÁLIA; Relator: Min. VICTOR NUNES; Julgamento: 07/06/1967; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; DJ 20-12-1967. In: www.stf.gov.br.

²⁷⁷ RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A Extradicação no Direito Internacional e no Direito Brasileiro*. Op. cit., p. 99.

2.2.5.3. Prescrição

Outro pressuposto básico da extradição é que o fato imputado ao extraditando não esteja prescrito, ou seja, não esteja com a sua punibilidade extinta, seja pela lei brasileira, seja pela lei do Estado requerente. Segundo Tiburcio²⁷⁸, estão abrangidos por esta excludente não só a prescrição, mas também a anistia, graça ou indulto.

Extradição executória: Itália: pena residual, decorrente de duas condenações proferidas na França contra o Extraditando, e reconhecidas na Itália, unificadas, para fins de execução, com as penas de outras três condenações por fatos ocorridos na Itália: análise das condenações objeto do pedido, para indeferir a extradição. II. **Prescrição: consumação, independentemente, do período de pena já cumprido, quanto a todos os fatos objeto das condenações na Itália** (Sentenças ns. 449; 994; 426). **Ocorrência da prescrição - segundo a Lei brasileira - relativamente a todos os delitos cujas penas aplicadas não ultrapassaram 4 anos** (Tratado incidente, Art. III, 1.A, b; e C.Penal, art. 109, IV): evasão mediante violência contra pessoa e roubo (Sentença n. 449); extorsões e rixa (Sentença n. 994) e estupro e insulto (Sentença n. 426), todos em continuação. III. Condenações impostas ao Extraditando na França e reconhecidas na Itália (Sentença 6/90, do Tribunal de Apelação de Gênova): inviabilidade do pedido de extradição. 1. Inadmissibilidade da extradição quanto ao delito de porte de armas que, ao tempo de sua prática, anterior à edição da L. 9.437, 20.2.97, constituía no Brasil mera contravenção penal. 2. Concessão de anistia quanto à condenação à pena de 1 ano de reclusão pelo delito de "Tentativa de evasão de condenado" ocorrida em Antibes (Tratado incidente, Art. III, 1.A, c). 3. Deficiência da instrução documental do pedido, com relação às condenações por roubos agravados - na forma tentada e consumada - e por lesões corporais, que não permite a análise da prescrição. IV. Extradição executória: prescrição: base de cálculo. Tratando-se de pedido de extradição, para fins de execução já iniciada, a análise da prescrição deve ser feita, não à luz da pena unificada para fins de execução, mas sim das penas efetivamente aplicadas ou que restam a cumprir, relativamente a cada um dos delitos. (STF - Ext 1065 - REPÚBLICA ITALIANA - Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - Julgamento: 17/05/2007 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

Analisou-se, portanto, a extradição e o ordenamento jurídico brasileiro, inicialmente passando por uma evolução histórica e, posteriormente, adentrando aos vetores eleitos para as reflexões que se propõe a dissertação. Efetuou-se um panorama aprofundado sobre a extradição e

²⁷⁸ TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*. Op. cit., p. 248.

suas diretrizes normativas, destacando-se, em cada um deles, o que se entendeu necessário para o desenvolvimento do estudo e a consecução dos objetivos traçados.

3. A EXTRADIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

3.1. Extradicação, Criminalidade Transnacional e Cooperação Internacional

3.1.1. O Sistema Jurídico e a Criminalidade Transnacional

Independentemente de qual seja o conceito de sociedade que se deva utilizar, não existe dúvida que nas circunstâncias atuais existe somente um sistema social: a sociedade mundial. Ainda que a maioria dos sociólogos negue a este sistema global o título de sociedade, resulta impossível denominar como sistema social os sistemas nacionais.

Note-se que há uma interconexão recursiva da comunicação: o sistema econômico mundial tem mercados globais para seus produtos e opera com base em créditos; o sistema político mundial coloca os Estados em dependência recíproca e indissolúvel; as conseqüências ecológicas das guerras modernas, com uma lógica obrigada de prevenção e intervenção. Enfim, resulta difícil negar os entrelaçamentos no âmbito mundial de todos os sistemas funcionais.

O crime transnacional, por exemplo, não conhece fronteiras territoriais e suas operações criminosas são efetuadas em qualquer parte do globo terrestre; o tráfico de drogas articula onde aplicar os recursos, escolhe os locais de produção, de distribuição e, posteriormente, como ‘lavar’ os lucros ²⁷⁹. Existe uma globalização do crime e, por conseguinte, o enfraquecimento da capacidade regulatória do Estado da própria legislação, já que os tipos de negócios (criminosos) fogem a regulação governamental. Mas os problemas jurídicos advindos da globalização da delinqüência não param aí: utilizando-se dos limites territoriais do Estado e do Direito, muitos destes atores criminosos escapam da punibilidade, refugiando-se em outro país.

²⁷⁹ Obviamente que as decisões também são condicionadas pelas vantagens e riscos que cada país oferece.

Não há limitação territorial para as operações criminosas. “A consciência deste fato pode possibilitar observações diversas da causalidade e ao mesmo tempo facilitar uma racionalidade compatível com essas condições estruturais de complexidade”²⁸⁰. Portanto, observa-se que a globalização condiciona profundamente a evolução das instituições sociais e das formas de comunicação, sobretudo no aspecto do risco, pois na medida em que o crime se globaliza, ampliam-se também as causas e os efeitos dos riscos.

A teoria jurídica utilizada atualmente deriva de uma forma da sociedade que é a modernidade, onde a racionalidade jurídica está ligada a idéia de um Estado forte e as relações criminosas, por sua vez, não eram tão sofisticadas. Entretanto, a forma da sociedade globalizada - e com ela a criminalidade transacional - transformou as bases conceituais, estruturas e processos sociais, provocando mudanças no Direito e no Estado. Como o Estado deixa de ser o único fundamento de validade do Direito, os conceitos até então prevaletentes na teoria jurídica estão sendo alterados. O fenômeno da globalização atacou a operacionalidade do sistema jurídico²⁸¹. O Direito – até então enraizado no princípio da soberania – precisa captar o dinamismo e a interdependência presente na sociedade globalizada. Nesta sociedade, não há mais como conceber o Direito como imutável e/ou indiferente às transformações sociais, pois “o sistema jurídico pertence à sociedade e a realiza”²⁸². Bauman retrata bem a realidade, enfatizando que:

Num mundo em que coisas deliberadamente instáveis são matéria-prima das identidades, que são necessariamente instáveis, é preciso estar constantemente em alerta; mas acima de tudo é preciso manter a própria flexibilidade e a velocidade de reajuste em relação aos padrões cambiantes do mundo “lá fora”²⁸³.

Há um conflito de caráter espacial entre a competência do Estado e do Direito, que é limitada ao território nacional, e alcance da criminalidade, que extrapola as fronteiras do Estado nacional. Isto porque um dos elementos constitutivos do Estado nacional - território - não é

²⁸⁰ DE GIORGI. Referência e obstáculo. In: *Direito, Democracia e Risco*. Porto Alegre: SAFE, 1998, p. 31.

²⁸¹ De acordo com Teubner, a “globalização, longe de prover uma unificação e universalização total do discurso jurídico, ela intensifica um processo de grande fragmentação de discursos sociais, potencializando as possibilidades de conflito”. (TEUBNER, Gunther. *Direito, Sistema e Policontextualidade*. Trad. Brunela Vieira de Vicenzi, Dorothee Susanne Rüdiger, Jürgen Volker Dittberner, Patrícia Stazione Galizia e Rodrigo Octávio Broglia Mendes. Piracicaba: Editora Unimep, 2005, p. 14).

²⁸² ROCHA, Leonel Severo. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed, 2005, p. 12.

²⁸³ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 100.

elemento constitutivo do sistema social, já que a forma social surge com o sentido produzido a partir da observação da diferença entre sistema e ambiente, ou seja, a sociedade é constituída exclusivamente de comunicação. E a comunicação não conhece fronteira territorial.

O Estado, portanto, já não consegue mais exercer plenamente o seu papel de instituidor das expectativas normativas da sociedade. O seu Poder está limitado ao território nacional, enquanto que a complexidade e a contingência social atravessam as fronteiras geográficas. O Direito, por sua vez, por ser originário de um centro de Poder local - o Estado nacional - e ser controlado por seus processos decisórios, já não consegue mais produzir comunicação suficiente para reduzir a complexidade da sociedade globalizada e combater a impunidade. Luhmann enfatiza que:

(...) com isso delinea-se a situação na qual aqueles problemas que só podem ser resolvidos no plano da sociedade mundial, que não mais podem ser problematizados nos sistemas políticos parciais a não ser do ponto de vista local, não mais podem ser encaminhados na forma do direito ²⁸⁴.

Enfrentar a criminalidade e a impunidade de dimensões mundiais, mediante a produção de decisões que vinculam apenas uma parcela do sistema social - o território nacional -, é um dos desafios da modernidade de acordo com Beck ²⁸⁵. Acredita-se, no entanto, que como não há um governo global, o risco da criminalidade transnacional não pode ser amenizado da mesma forma como se controlam os crimes nacionais.

3.1.2. Extradicação e a Cooperação Penal Internacional

Com a globalização, o Estado nacional, como centro de Poder, começa a perder e a ganhar espaço, paradoxalmente, no cenário internacional, inclusive para outras organizações: as organizações internacionais. Entende-se que o momento atual é de adaptação e ajuste de

²⁸⁴ LUHMANN. *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 154.

²⁸⁵ BECK. *La Sociedad del Riesgo Global*. Op. cit., p. 10.

mudanças no sistema político e jurídico, gerando interrogações sobre o seu próprio futuro, num cenário cada vez mais interdependente e, ao mesmo tempo, cada vez mais fragmentado.

De acordo com Faria²⁸⁶, o Direito Internacional se torna bastante útil para a identificação das instituições jurídicas advindas da globalização, já que o Direito positivo do Estado-nação não possui mais condições para se organizar sobre a forma de atos unilaterais, transmitindo de modo “inspirativo” as diretrizes e os comandos do legislador.

O cenário atual é “de dispersão do poder normativo entre os governos, organismos multilaterais (...)”²⁸⁷, e, ao mesmo tempo, de predominância do Estado no cenário internacional, através da celebração de tratados internacionais, acordos promotores da supranacionalidade, os criadores de organizações internacionais²⁸⁸, que afirmam a participação soberana dos Estados na cooperação penal internacional de combate ao crime e à impunidade.

Isso se dá em razão do acoplamento estrutural entre o sistema político e jurídico, através do Estado. O sistema jurídico diferencia-se funcionalmente, com o objetivo de combater a impunidade e tornar efetiva a jurisdição, elegendo formas jurídicas de cooperação internacional. A nova forma de projeção dos delitos tradicionais devido aos aportes contemporâneos da tecnologia e comunicação e, fundamentalmente, o surgimento de novas modalidades delitivas de estrutura transnacional deixam os Estados em situação de impotência policial e judicial. Os Tribunais deparam-se com problemas específicos, tanto no terreno dos fatos como no jurídico, os quais são acentuados pelas diferenças existentes entre as legislações dos países envolvidos.

(...) estructuralmente el delito de configuración transnacional logra quebrar el circuito de validez y eficacia de las normas, puesto que se establece fuera de su alcance, y “um sistema no puede sobrepasar sus propios limites”. Normalmente este tipo de delitos no solo traspasa las fronteras nacionales, sino que las utilizan precisa y deliberadamente para sus fines, puesto que la policía, como el

²⁸⁶ FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 155.

²⁸⁷ Idem, *Ibidem*, p. 154.

²⁸⁸ PEREIRA, Antônio Celso Alves. A Nova Estratégia de Segurança Nacional dos Estados Unidos: aspectos políticos e jurídicos. *In Curso de Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luís Ivani de Amorim Araújo pelo seu 80º aniversário*. Florisbal de Souza Del’olmo (coord.). – Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 59-81, p. 67.

derecho penal al cual sirve, está naturalmente delimitada por el principio de territorialidad ²⁸⁹.

Entretanto, doutrinariamente, tem-se insistido no sentido de que a diversidade existente em muitas legislações nacionais não deve apresentar-se como um obstáculo insuperável. O intuito é que se análise - caso a caso - o real alcance e projeção destas diferenças, ensaiando as instâncias de cooperação internacional compatíveis com a vigência daquelas características que surjam como essenciais de cada ordem jurídica. Da mesma forma que se torna necessário superar o obstáculo epistemológico da multiplicidade territorial das sociedades, conforme já exposto.

A sociedade mundial se encontra caracterizada por uma primazia de diferenciações por funções. No entanto, a diferenciação por funções não significa, em absoluto, uma simetria regional do desenvolvimento e muito menos uma evolução convergente. Pelo contrário, é precisamente porque os sistemas funcionais são sistemas autopoieticos (operacionalmente fechados) que se pode esperar que seus efeitos tenham conseqüências diversas.²⁹⁰

O sistema jurídico tem caráter mundial, pois em cada uma das regiões (Estados), os assuntos jurídicos podem diferenciar-se de qualquer outro assunto, sendo que o que existe - sobretudo na forma de direito internacional privado - são regras de tradução de uma ordem jurídica à outra.

Como ainda não existe um Estado Mundial, os Tratados Internacionais²⁹¹ em matéria de Extradicação efetuam o acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o político²⁹². Mas o que é

²⁸⁹ CERVINI, Raul. Principios de la Cooperacion Judicial Internacional en Asuntos Penales. In *Curso de Cooperación Penal Internacional*. Universidad Catolica Del Uruguay Damaso A. Larrañaga. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994, p. 28-74, p. 30.

²⁹⁰ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Trad. de Javier Torres Nafarrate e colaboração de Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Felipe Segura. México : Universidade Iberoamericana, 2002, p. 650.

²⁹¹ O tratado é a fonte mais comum e abundante do instituto extradicional e pode ser definido como meio pelo qual se manifesta o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas internacionais. De acordo com a Convenção sobre o Direito dos Tratados, concluída em Viena, em 23.05.69, o tratado significa um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regidos pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica. (GORAIEB, *op cit.*, p. 46).

²⁹² Cabe ressaltar que a ordem jurídica nacional não é um subsistema jurídico do sistema jurídico internacional. Embora alguns elementos pertençam a ambos (por exemplo, normas internacionais internalizadas ou incorporadas), nem todos os elementos daquele pertencem a este, como a maioria das normas exclusivamente internas. (YAMAMOTO, Toru. *Direito Internacional e Direito Interno*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000, p. 82.).

acoplamento estrutural? Os sistemas sociais autopoieticos possuem uma estrutura que torna determinável a complexidade do sistema. No Direito, tais estruturas são formadas por expectativas normativas que garantem a passagem de uma operação jurídica à outra. O acoplamento estrutural seria ligações entre estruturas de sistemas sociais, sem, contudo, que abram mão de sua autonomia e de seu fechamento recíprocos. De certa forma, pode-se dizer que o acoplamento estrutural permite ao sistema perceber as ‘irritações’ – que são sempre auto-irritações do próprio sistema – e aprender, sem que o sistema perca a sua identidade e o contato com a realidade.

Dentre os mecanismos de cooperação jurídica internacional, cabe salientar que o instituto da extradição é um dos mais cortejados pelo Direito Internacional. Ele afirma a existência de um interesse comum, que coloca os Estados em dependência recíproca e indissolúvel, traduzindo-se num instrumento jurídico de combate a impunidade e de realização da função do sistema jurídico: assegurar expectativas normativas, reduzindo complexidade social. A exemplo, cita-se o crime do racismo. Ele sempre existiu e ainda existe, mas nem por isso cabe ao Direito legitimá-lo, mas sim proteger quem espera um comportamento conforme à norma.

Os Tratados Internacionais – em especial os referentes à Extradição – são mecanismos de cooperação jurídica internacional, que fornecem regras de tradução de uma ordem jurídica a outra. O instituto da extradição é um dos mais cortejados pelo Direito Internacional. Através dele, faz-se possível a ação conjunta dos sistemas jurídicos dos Estados-membros, qual seja: o combate à impunidade e repressão à criminalidade.

Os Tratados passam a constituir um elemento do sistema jurídico e do sistema político dos Estados membros, representando expectativas normativas e políticas. Ou seja, o Tratado de Extradição é, ao mesmo tempo, uma operação jurídica e política internacional. A partir dele, abrem-se maiores possibilidades por parte da política de se servir do Direito para os seus fins.

O instituto da extradição passou por profundas mudanças quanto à dimensão, alcance e difusão, confirmando a evolução e adaptação constante do instituto, tanto ao sistema jurídico quanto ao sistema político ao longo dos séculos. Toda a comunicação de caráter normativo que se

refere à extradição compõe o círculo reprodutivo auto-reprodutivo e auto-referente da comunicação jurídica (tratados, promessas de reciprocidade, decisões judiciais, normas jurídicas, etc), que se opera através de uma comunicação especializada: possibilidade ou não de extradição através do cumprimento ou não de uma obrigação jurídica. É o que ocorre com a exigência de comutação da pena de morte e pena de prisão perpétua em pena privativa de liberdade não superior a 30 anos. A extradição, portanto, combina dois códigos: o da Política e o do Direito, operando um jogo constante entre eles.

A função da extradição junto ao sistema social parece representar a co-evolução dos sistemas parciais (Política e Direito) em nível internacional. Através dos Tratados de Extradição ou das promessas de reciprocidade – que possibilitam o acoplamento estrutural entre os sistemas jurídicos e políticos dos Estados-membros – podem-se coordenar os ganhos evolutivos dos sistemas funcionais, conservando uma sincronia temporal e coordenação operacional. Essa função co-evolutiva permite maior elasticidade e capacidade de adaptação das expectativas normativas a uma sociedade cada vez mais complexa.

O sistema jurídico permite acompanhar as necessidades e prioridades políticas dos Estados, que estão implícitas em todo intento de regulação jurídica internacional. Observe-se que a Convenção das Nações Unidas de 1988 sobre o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas, conta com uma diversidade muito grande de Estados e, por conseguinte, de ordens jurídicas. Desta forma, a Convenção não se limita a combater o narcotráfico e a tipificação material dos delitos neste campo, mas fundamentalmente dedica-se - em um extenso artigo (n. 7) - à assistência judicial internacional entre os Estados. Segundo Cervini, isso significa que a assistência judicial internacional tem passado de mera cortesia a compromisso jurídico. “La tendencia internacional marca que la Cooperación Jurisdiccional Penal no puede reducirse a un acto discrecional o voluntário sino que hoy dia constituye un deber de principio”²⁹³.

Ademais, a obrigatoriedade da extradição – quando fixada em Tratado ou em promessa de reciprocidade²⁹⁴ – garante a autopoiesis do sistema jurídico, eis que as expectativas criadas em

²⁹³ CERVINI, Raul. *Principios de la Cooperacion Judicial Internacional en Asuntos Penales*. Op. cit., p. 35.

²⁹⁴ Cabe assinalar que o fundamento dos tratados internacionais é a norma *pacta sunt servanda*, que é um dos princípios constitucionais da sociedade internacional. De acordo com Accioly, os tratados de extradição podem ser

razão dos tratados ou promessa de reciprocidade serve de elemento auto-reprodutor, gerando novas obrigações e novas extradições. Uma vez preenchidos as condições (os programas), a obrigatoriedade da extradição se impõe, tornando efetiva a jurisdição do Estado requerente e validando a ordem jurídica internacional.

Sustenta Dolinger que o Supremo Tribunal Federal tem sido coerente em atribuir supremacia ao tratado contratual que estabelece uma obrigação recíproca direta de Estado para Estado, dado que, nesse caso, o *pacta sunt servanda* está “muito mais evidente, muito mais forte, e muito mais vinculante do que quando os Estados assinam uma convenção deliberando introduzir uma certa norma em seus sistemas nacionais”, deixando, pois, de assim proceder quando se trata de tratado normativo, que não envolve a reciprocidade do tratado contratual, aplicando o princípio *later in time* ou princípio da especialidade, conforme o caso²⁹⁵.

O sistema jurídico, portanto, trabalha ao sentido de manter o máximo das expectativas normativas, constituindo o instituto da extradição num elemento de cooperação internacional da luta contra o crime e a impunidade e de implementação dos Direitos Humanos.

A cooperação jurídica internacional se vincula assim à ampliação do poder repressivo dos Estados territoriais e, neste sentido, aparece como uma estratégia que responde a necessidades derivadas da sociedade mundial, altamente complexa e contingente.

3.1.3. Extradição e Direitos Humanos

O Direito tem a função de reduzir a complexidade social, mantendo expectativas normativas. A “função do direito reside na sua eficiência seletiva, na seleção de expectativas comportamentais que possam ser generalizadas”²⁹⁶. Mas o que possibilita a existência do sistema jurídico é o fechamento operacional. O Direito opera fechado e de maneira recursiva, através de

definidos como “acordos celebrados entre os Estados, através dos quais eles estabelecem regras para a entrega recíproca dos delinquentes que tenham praticado o delito no território de um deles e se refugiado dentro das fronteiras do outro”. (ACCIOLY, op cit., p. 20).

²⁹⁵ YAMAMOTO, T. *Direito Internacional e Direito Interno*. Op cit., p. 232.

²⁹⁶ ROCHA, Leonel Severo. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoietico do Direito*. Op. cit., p. 32.

um código binário: Direito/não-Direito. O Direito deve produzir Direito a partir do Direito, o que implica, muitas vezes, decidir contra a maioria, contra a opinião pública.

Observa-se muitas vezes uma intromissão da política (e de outros sistemas parciais, como a economia) no Direito. E, pode-se afirmar que em razão da própria natureza do delito transnacional, cada vez mais a cooperação jurídica internacional estará imbuída de valorações políticas, eis que o Direito não se encontra isolado ou alheio à realidade ou a qualquer necessidade política ou econômica. Torna-se fácil perceber quando se pensa no fluxo de divisas que o tráfico de drogas comporta para os outros países ou quando se pensa no bloqueio maciço de contas nos circuitos financeiros desses países a requerimento de Estados exportadores que, de efetivo, poderia gerar crises financeiras sem precedentes.

Entretanto, “quanto mais o Direito é confrontado às expectativas sociais da isomorfia de suas decisões com as configurações culturais ou políticas (...), mais ele deve curvar sobre sua recursividade e assegurar uma conectividade extremamente fechada de suas operações”²⁹⁷.

Lutou-se durante longos anos pela consolidação do princípio da dignidade humana, ou seja, por Direitos Individuais, Políticos, Sociais e Difusos, não sendo suficiente o reconhecimento dos mesmos apenas no plano político-social. Conforme assevera Moraes, é necessário dar aos Direitos Humanos eficácia jurídica e efetividade prática²⁹⁸. Para Ricupero²⁹⁹, o problema da falta de implementação dos Direitos Humanos é a impunidade que se estendem aos mais diversos setores, em razão da inadequação da lei.

Ademais, diante da crescente criminalidade – tráfico de drogas, de armas e de mulheres, comercialização de crianças e de órgãos humanos, os crimes contra a humanidade, cibercrime, terrorismo, genocídio, dentre outros de caráter transnacional – que ferem sobremaneira os Direitos Humanos, nada mais lógico de que se confira ao Direito – por meio do Supremo

²⁹⁷ CLAM, Jean. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Op. cit., p. 130.

²⁹⁸ MORAIS, José Luis Bolzan. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 61.

²⁹⁹ RICUPERO, Rubens. Normas internacionais de proteção e dificuldades internas. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (Ed.) *A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. São José, CR: IIDH, ACNUR, CIVC, CUE, 1996, p. 164-173, p. 170-171.

Tribunal Federal – a expectativa de transformador social e, dessa forma, exigir-lhe a tomada de decisões a partir da programação finalística, que permite ao Direito antecipar o futuro, ou seja, decidir diferentemente, produzindo tempo.

Isso se dá porque o juiz é obrigado a decidir. Diferentemente do que ocorre na Política, quem recorre aos Tribunais já se sente lesado e, dessa forma, o Direito não pode deixar de decidir, o que implica no aumento considerável de poder de criação do Direito por parte do juiz³⁰⁰. De acordo com Luhmann, só o sistema jurídico coage os Tribunais à decisão, por conseguinte nem o legislador nem as partes privadas contratantes o fazem. Com base nessa regra, os Tribunais constituem o centro do sistema jurídico, atuando nos limites impostos pelo sistema, enquanto a legislação está na periferia.

Por isso a necessidade de se afirmar que a extradição não é um método apenas de cortesia internacional, mas de cooperação jurídica internacional para a repressão à criminalidade, de combate à impunidade e de manutenção de expectativas normativas. Os Direitos Humanos possibilitam a abertura cognitiva do sistema jurídico ao mesmo tempo em que limita o poder do Tribunal. Ou seja, os Direitos Humanos fortificam a capacidade de enfrentar os problemas mais diversos, advindos como irritações de todas as esferas diferenciadas de comunicação, constituídas no ambiente do sistema social e, simultaneamente, evitam a deformação do Direito via decisões jurídicas.

Desta forma, chama-se atenção para o fato de que não são somente os Direitos Humanos do extraditando que merecem atenção do sistema jurídico em processo de extradição. Até porque, quando há indícios fortes que esse mesmo extraditando - protegido pelos seus direitos - atentou contra os Direitos Humanos de outrem, tendo sido acusado da prática de delitos graves, como por exemplo, o de tráfico de mulheres, crianças e/ou órgãos humanos, acredita-se que se impõe a aplicação do princípio de primazia aos Direitos Humanos das vítimas. De acordo com Wolkmer, “nos marcos de um cenário globalizado, os direitos humanos em emergência materializam

³⁰⁰ CAMPILONGO, C. F. *O Direito na Sociedade Complexa*. Op cit., p. 107.

exigências reais da própria sociedade diante das condições emergentes da vida e das crescentes prioridades determinadas socialmente”³⁰¹.

Isso não significa dizer que se está pretendendo criar violações aos Direitos Humanos³⁰², sobretudo quando a decisão em processo extradicional é vinculante ao Estado requerido, de forma que a sentença declaratória acresce-se a orem de extraditar, com formação de título para a entrega do extraditando ao Estado requerente, sem necessidade de processo de execução. Ou seja, à extradição segue-se à execução, *sine intervallo*³⁰³. Portanto, é preciso buscar o equilíbrio entre as exigências de cooperação e a preocupação com as garantias individuais³⁰⁴.

Observa-se que pedidos de extradição são negados por motivos processuais, embora a afronta aos Direitos Humanos é amplamente averiguada por uma lista enorme de decisões do sistema jurídico do país requerente que imputam ao extraditando a prática de inúmeros crimes.

En el caso de que la extradición sea solicitada em razón de la existência de diversos procesos cuyas penas sean inferiores al limite fijado, la orientación internacional es de negar a extradición. Ésta a nuestro juicio no es la doctrina más adecuada. Por los mismos motivos que insipran al legislador brasileño, en materia de libertad condicional, a establecer em nuestro Código Penal la suma de las penas y para mantener la simetria del sistema, somos de la opinión que, para os efectos de la extradición, las penas cominadas a los diversos delitos deben ser, también, sumadas³⁰⁵.

³⁰¹ WOLKMER, Antônio Carlos. Novos Pressupostos para a Temática dos Direitos Humanos. In: RÚBIO, David Sánchez, FLORES, Joaquín Herrera e CARVALHO, Salo de (Orgs.). *Direitos Humanos e Globalização. Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 4.

³⁰² Cabe ressaltar que, no Brasil, os Direitos Humanos reconhecidos por Convenções e Tratados possuem *status* de norma constitucional.

³⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal. In: *O Direito Internacional no Terceiro Milênio: estudos em homenagem ao Professor Vicente Marotta Rangel*. Luiz Olavo Baptista e José Roberto Franco da Fonseca (Coords). – São Paulo: Ltr, 1998, p. 838.

³⁰⁴ Idem, *Ibidem*, p. 835. Ressalta a autora que vários Estados têm posto em realce princípios como a denominada cláusula francesa ou de não discriminação, que proíbe a entrega de pessoa na presença de riscos de discriminação; ou de cláusulas que evitam a exposição a tratamentos desumanos, degradantes ou lesivos da integridade física da pessoa; ou a denominada cláusula humanitária, que possibilita a negativa da entrega quando, pela idade, condições de saúde ou outras circunstâncias pessoais, é possível considerar a extradição incompatível com considerações humanitárias; ou quando a extradição possa submeter o acusado a julgamento por tribunais de exceção ou o sentenciado a cumprir pena aplicada por esses tribunais; e finalmente, os princípios que regem de maneira diversa da do passado as medidas cautelares, reforçam a garantia jurisdicional, valorizam o contraditório, enaltecem o princípio do *ne bis in idem*.

³⁰⁵ ARAUJO JR, João M. La Extradición. In *Curso de Cooperación Penal Internacional*. Universidad Católica Del Uruguay Damaso A. Larrañaga. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994, p. 151-177, p. 166.

Os Direitos Humanos aumentam a capacidade dos sistemas político e jurídico de responder adequadamente às exigências do respectivo ambiente³⁰⁶ e os grandes beneficiários serão as pessoas protegidas. Neste contexto, a extradição auxilia no processo de expansão e fortalecimento das expectativas normativas e, conseqüentemente, na redução da complexidade social. “Los derechos humanos sirven, en términos de funciones sistémicas, para mantener abierto el futuro de la reproducción autopoiética de los diferentes sistemas”³⁰⁷.

Ademais, a cooperação jurídica internacional³⁰⁸ que se efetua através do instituto da extradição pode se tratar de uma manifestação de interesse universal da humanidade, supranacional, que se expressa numa certa ‘solidariedade’ e evidencia, através da repulsa à criminalidade, a existência também de uma sociedade mundial.³⁰⁹ Segundo Warat:

Muitas vezes se tem confundido a solidariedade com a caridade e com o paternalismo: duas formas aristocráticas de tomar distância dos conflitos e impedir sua resolução. A solidariedade é uma forma de sair do narcisismo, aceitando que o outro existe. A solidariedade é a forma do amor. Não se pode amar sem ser solidário com o objeto amado. Não existe afetividade sem solidariedade. Quando se pratica a solidariedade, está-se reconhecendo a existência do outro como diferente, está aceitando-o sem pretender narcisisticamente fusioná-lo com o modelo de homem que o imaginário instituído produz como fantasia tanática. Dignidade e solidariedade constituem, portanto, os dois componentes básicos da matriz simbólica dos Direitos Humanos. Porque o homem precisa reconhecer-se digno e solidário para poder contrapor-se às densidades simbólicas que vão preparando as estratégias fatais da alienação, a irrupção forçada de uma sociedade pós-totalitária³¹⁰.

Cabe salientar que a redução da criminalidade não se verifica pela estabilidade ou pela invariabilidade das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, mas ao contrário, é o

³⁰⁶ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 106.

³⁰⁷ LUHMANN, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Op. cit., p. 171.

³⁰⁸ A convivência entre o Direito nacional e o Direito Internacional não se verifica por meio de uma concepção piramidal ou formalista do Direito. Não há superioridade do Direito Internacional, na medida em que ambos os ordenamentos convivem paralelamente, com distintas competências e órgãos emanadores de Direito, mas na busca de um fim comum.

³⁰⁹ ARAUJO JR, João M. Araújo. La Extradición. *In Curso de Cooperación Penal Internacional*. Universidad Católica Del Uruguay Damaso A. Larrañaga. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994, p. 151-177, p. 155.

³¹⁰ WARAT, Luis Alberto. *Epistemología e Ensino do Direito: o sonho acabou*. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 388.

aumento da diferença, a ampliação dos conflitos e a existência de ruídos que importa na auto-produção do sistema jurídico e do sistema político na contemporaneidade da sociedade moderna.

3.1.3.1. O Caso Pinochet

Para ilustrar o exposto, é relevante analisar o caso Pinochet, altamente divulgado na imprensa e que, com certeza, mudou a concepção mundial a respeito do instituto da extradição e configurou um avarço para a proteção dos Direitos Humanos.

O General Augusto Pinochet, ex-ditador chileno, foi detido em 16 de outubro de 1998 em uma clínica, em Londres, pela polícia britânica. A prisão efetuou-se em razão do pedido de extradição do juiz espanhol Baltasar Garzón, que já havia emitido um mandado de detenção internacional contra o antigo chefe andino, com o objetivo de levá-lo a julgamento pelos crimes de genocídio, torturas e desapareções contra cidadãos espanhóis durante o seu governo (1973-1990).

A Câmara dos Lordes – instância máxima jurisdicional britânica – cassou a imunidade de Pinochet em novembro de 1998. Tal decisão foi anulada em dezembro do mesmo ano em razão de Pinochet ter alegação suspeição de um dos magistrados por ter ligações com a Anistia Internacional. Em 24 de março de 1999, a mesma Câmara dos Lordes assegurou a imunidade de Pinochet até a entrada em vigor - no Reino Unido - da Convenção contra a Tortura de 1984, que ocorreu em 11 de dezembro de 1988. Sendo assim, o ex-ditador chileno ainda poderia ser extraditado pelos crimes cometidos após esta data. Entretanto, por razões de ordem humanitária, decidiu-se interromper um procedimento de extradição, antes de concluído, no que era uma decisão que – ao ser política – se poderia não recorrer ³¹¹.

³¹¹ DEL'OLMO, F. *A Extradicação no Alvorecer do Século XXI*. Op. cit., p. 218.

O pedido de extradição efetuado pelo juiz espanhol pôs em debate o alcance da imunidade diplomática³¹² em contraposição à prática de violações sistemáticas de Direitos Humanos. Em razão de vários tratados e convenções, à legislação britânica não havia dúvidas de que os Chefes de Estado e ex-Chefes de Estado gozam de imunidade diplomática em solo britânico. Entretanto, de acordo com Vieira³¹³, que faz uma observação pormenorizada da decisão tomada pela Corte Judiciária dos Lordes, foi questionado pelos magistrados a qualidade de ex-chefe de Estado de Pinochet. Entenderam que adentrar nesta seara seria intervir sobremaneira na soberania de Estado estrangeiro, eis que não cabe a eles dizer positivamente quais os atos condizentes com um Chefe de Estado³¹⁴. Não obstante, há restrições sobre o que não é admitido ao Estado, no que se refere a sua relação com os seus nacionais. Sendo assim, uma vez que se considera crime internacional a tortura ou o assassinato arbitrário de seus inimigos, é evidente que ao cometer atos que constituíram graves violações de Direitos Humanos, o General Augusto Pinochet estava violando frontalmente o Direito Internacional.

Nesse sentido, os atos contrários à lei internacional não podem ser considerados atos do Estado chileno, mas sim das pessoas que se encontravam no exercício do poder. Dessa forma, aquela imunidade que deveria salvaguardar as pessoas, para não colocar em risco a soberania nacional, perde totalmente o seu sentido. Não pode o Direito Internacional ser utilizado como escusa para sua própria implementação. Em outros termos, não podemos invocar os tratados diplomáticos sobre imunidade para não aplicar os tratados internacionais de direitos humanos³¹⁵.

De acordo com o Tribunal, os atos praticados pelo ex-ditador chileno atentam violentamente contra os Direitos Humanos e por essa razão não podem ser considerados de um Chefe de Estado legítimo. Sendo assim, a imunidade prevista na lei inglesa não poderia beneficiar o ex-ditador.

³¹² “La inmunidad de los Jefes de Estado es una de las características de la inmunidade de los Estados, pues sirve a la protección del Estado que ellos representan”. (HERDEGEN, Matthias. *Derecho Internacional Público*. Trad. Marcela Anzola Ll. M. México: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 283).

³¹³ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Imunidades de Jurisdição e Foro de Prerrogativa de Função*. Site: http://dhnt.org.br/direitos/sip/tpi/Textos/tpi_vieira.html. Consulta em 01.07.2007.

³¹⁴ Para os votos vencedores, antes de se declarar a imunidade do exditador, era necessário verificar se os atos de violação dos direitos humanos de responsabilidade do general, como amplamente demonstrado pelo conjunto probatório, eram compatíveis com a função de chefe de Estado ou não.(...)Concluíram que isso estaria fora de sua alçada legal e portanto seria uma interferência na soberania do Estado estrangeiro. Mais do que isso, seria muito arriscado para qualquer tribunal se arvorar em guardião último do que devem ou não fazer os chefes de Estado. (VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. cit., s/p).

³¹⁵ Idem, Ibidem, s/p.

Aquí, con el voto de Lord Brown-Wilkinson, se estableció que esta clase de torturas no se encontraban clasificadas dentro del círculo de funciones soberanas protegidas por la inmunidad de los Estados: “Se puede decir que la comisión de un crimen internacional en contra de la humanidad y el *jus cogens*, es un acto en cumplimiento de una función oficial en nombre del Estado? Yo creo que no se requiere de un fundamento muy fuerte para decir que la implementación de la tortura, como se encuentra definida en la Convención sobre Tortura, no puede ser una función estatal”.³¹⁶

Ressalta VIEIRA que o “resultado do julgamento foi mais surpreendente, pois articulado a partir de uma densa e sólida construção jurisprudencial e não de uma simples argumentação jurídica voltada a justificar interesses políticos subalternos”³¹⁷.

Caso os demais tribunais do mundo tenham a intenção de levar a sério o complexo instrumental de direitos humanos posto a sua disposição, nas últimas décadas, dificilmente conseguirão desprezar a lógica que imperou na primeira decisão da Câmara dos Lordes. O Estatuto de Roma vem reforçar essa lógica que dominou a argumentação dos magistrados no caso Pinochet, ou seja, no que diz respeito à sistemática violação de direitos humanos, o conceito tradicional de soberania deve ceder espaço, como esfera de proteção de atos arbitrários dos governantes. Se aceitarmos que o princípio da soberania deve harmonizar-se ao da dignidade humana, encontrando-se por esse limitado, não se poderá admitir qualquer dúvida em relação à necessidade de se compreender a soberania brasileira como um instrumento de realização da dignidade humana. Aliás, qualquer constituição democrática, que respeite os direitos humanos, estará obrigada a organizar a soberania do Estado de forma instrumental³¹⁸.

Constata-se, portanto, que seja como for vai se firmando tanto na doutrina como nos Tribunais a tese de que, em matéria de Direitos Humanos, a proteção da dignidade da pessoa humana é finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico³¹⁹.

Ademais, é pertinente observar o caso Pinochet no sentido de demonstrar que – embora opere fechado, com códigos próprios – o sistema jurídico possui uma abertura cognitiva que lhe

³¹⁶ HERDEGEN, Matthias. *Derecho Internacional Público*. Op. cit., p. 284.

³¹⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Imunidades de Jurisdição e Foro de Prerrogativa de Função*. Op. cit., s/p.

³¹⁸ Idem, *Ibidem*, s/p.

³¹⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 121 e s.

possibilita ‘aprender’ e decidir diferente, produzindo tempo e, sobretudo, reduzindo complexidade do sistema social. Ao decidir diferente, a Câmara dos Lordes produziu comunicação. O sistema jurídico produziu informação, atuou no tempo, produzindo futuro. De acordo com Luhmann, sem informação não há comunicação; há apenas operações de repetição, de redundância.

Entende-se que o caso Pinochet representou um divisor de águas na história do instituto da extradição. Permite-se, então, considerar que a trajetória da extradição no mundo das ciências jurídicas comporta três fases: precursora, desde os primeiros indícios do instituto, na Antiguidade, até a lei belga de 1833; clássica, daí até o final do século XX; e contemporânea, após o julgamento do pedido espanhol contra Pinochet ³²⁰.

A decisão do sistema jurídico criou novas possibilidades ao instituto da extradição, eis que se pode levar a julgamento outros acusados que se encontram em situação análoga à de Pinochet, e trouxe novas perspectivas à implementação dos Direitos Humanos, pois se acabou com o ‘tabu’ da impunidade daqueles que se valem da imunidade de jurisdição e da desculpa de motivação política.

3.2. O Tribunal Penal Internacional, Direitos Humanos e a Extradição

3.2.1. O que é o Tribunal Penal Internacional?

A Corte Penal Internacional permanente é um projeto originário do século XIX, quando Gustave Moynier - um dos fundadores da Cruz Vermelha -, revoltado com as atrocidades cometidas na guerra franco-prussiana, sugeriu a responsabilização pessoal pelo genocídio praticado. Entretanto, o sonho de uma Corte universal para julgar os crimes de maior gravidade somente se acentuou no século XX em razão de pelos menos três extermínios de população: o

³²⁰ DEL’OLMO. *A Extradição no Alvorecer do Século XXI*. Op. cit., p. 220.

armênio, o judeu e o ruandês. Estes fatos e o amplo número de crimes perpetrados contra crianças, mulheres e homens em todo o mundo são grandes violações aos direitos humanos³²¹.

De acordo com Elizabeth Goraieb, o primeiro ensaio de uma jurisdição internacional “foi fruto dos vencedores, não ainda de uma consciência coletiva”.³²² Sendo assim, os Tribunais como os de Nuremberg, de Tóquio, da ex-Iugoslávia e de Ruanda³²³, são tribunais dos vencedores, que atuam sem imparcialidade e vinculados ao Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU). O poder dos cinco membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU é muito grande, devendo ser este o motivo de não existirem tribunais em Camboja, Afeganistão ou Vietnã.

Embora tivessem sido expressão dos vencedores, não resta dúvida que o Tribunal de Nuremberg, em 1945, e o Tribunal de Tóquio, em 1946, foram os primeiros atos para a concretização de uma justiça penal universal³²⁴. Para Del’Olmo, “tais Cortes” - também chamadas de Tribunais *ad hoc* - “que podem ser vistas como as primeiras respostas, albergadas pelo Direito Internacional, contra os autores de massacres indiscriminados, constituíram-se em precursores do Tribunal Penal Internacional, por fim um juízo criminal colegiado permanente”³²⁵.

Ademais, com a aceleração do processo de globalização e a revolução nos meios de comunicação, a sociedade civil mundial assiste às crueldades cometidas nos conflitos regionais e opõe a sua revolta. Gerou-se assim uma expectativa de criação de um Tribunal Penal Internacional, capaz de buscar a punição aos crimes internacionais na ausência ou incapacidade dos sistemas jurídicos nacionais e, dessa forma, em 17 de julho de 1998, nasceu um órgão

³²¹ De acordo com Flávia Piovesan, as atrocidades cometidas na II Guerra Mundial atingiram os direitos fundamentais da pessoa humana. Segundo ela, “Na administração dos territórios ocupados, os campos de concentração foram usados para destruir todos os grupos de oposição. Foram planejados para a destruição dos judeus. Estima-se que a perseguição policial resultou no assassinato de seis milhões de judeus, dos quais 4 milhões foram mortos pelas instituições de extermínio. (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. Op. cit., p. 147).

³²² GORAIEB, Elizabeth. *Tribunal Penal Internacional: uma conquista contra a impunidade*. Op. cit., p. 244.

³²³ O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia julgou pessoas responsáveis por grandes violações, tais como: genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, cometidos no território iugoslavo a partir de 1º de janeiro de 1991. O Tribunal de Ruanda buscou julgar acusados de genocídio e outros crimes internacionais cometidos durante o ano de 1994.

³²⁴ O Tribunal de Nuremberg teve como objetivo julgar os criminosos de guerra nazistas e o de Tóquio se destinou aos dirigentes e militares japoneses acusados de iguais delitos durante a II Guerra Mundial.

³²⁵ DEL’OLMO. *A Extradução no Alvorecer do Século XXI*. Op. cit., p. 248.

judiciário capaz de fazer frente aos chamados crimes internacionais, fazer valer os direitos humanos, configurando-se ainda como um instrumento de cooperação internacional de repressão ao crime e a impunidade.

O Tribunal Penal Internacional (TPI) foi criado na "Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas sobre o Estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional", realizada na cidade de Roma, na Itália, entre os dias 15 de junho a 17 de julho de 1998. O Tratado de Roma, que prevê a criação do Tribunal Penal Internacional e foi aprovado em 17 de julho de 1998 por uma maioria de 120 votos a favor, 7 em contrário (da China, Estados Unidos, Filipinas, Índia, Israel, Sri Lanka e Turquia) e 21 abstenções.³²⁶

O Estatuto de Roma ("Rome Statute of the International Criminal Court") entrou em vigor no dia 11 de abril de 2002, alcançando, na época, 66 ratificações, o que ultrapassou o número de adesões exigido para sua entrada em vigor. O Brasil assinou o pacto em 12 de fevereiro de 2000, ratificando-o em 12 de junho de 2002, depois de aprovado pelo Congresso Nacional, tornando-se o 69º Estado a reconhecer a jurisdição do TPI.

O Estatuto, que possui a natureza jurídica de tratado, vinculou os Estados ao Tribunal Penal Internacional, de acordo com suas normas de competência interna para a celebração de tratados. Possuindo caráter subsidiário, a Corte funciona somente se e quando a justiça repressiva interna dos Estados não funcione.

Composto por dezoito juízes, com mandatos de sete anos, oriundos de países diferentes, o TPI é a primeira Corte cuja constituição é integrada por magistradas, uma delas a brasileira Sylvia Helena Figueiredo Steiner. De acordo com o artigo 34 do Estatuto, o Tribunal tem como órgãos a Presidência, uma Seção de Recursos, uma de Julgamento em Primeira Instância e outra de Instrução, o Gabinete do Procurador e a Secretaria.

A nova Corte, sediada em Haia, na Holanda, tem competência para julgar os chamados crimes contra a humanidade, assim como os crimes de guerra, de genocídio e de agressão,

³²⁶ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Reflexos do Tribunal Penal Internacional no Brasil*. Op. cit., s/p.

possuindo uma lista tipificada dos delitos sujeitos à sua jurisdição. “Constitui, assim, um verdadeiro Código Criminal Internacional”³²⁷, que observa os princípios gerais do Direito Penal, dentre eles: o *nullum crimen sine lege* (art. 22), a *nulla poena sine lege* (art. 23), a não-retroatividade *ratione personae* (art. 24), a responsabilidade individual (art. 25), a maioria penal aos 18 anos (art. 26), a irrelevância da qualidade oficial (art. 27), a responsabilidade dos chefes militares e outros superiores hierárquicos (art. 28). O Estatuto estabelece o direito a presunção da inocência, no artigo 66, e o direito ao contraditório, a ampla defesa e ao silêncio, no artigo 67 do Estatuto de Roma, prescrevendo que:

Artigo 67

Direitos do Acusado

1. Durante a apreciação de quaisquer fatos constantes da acusação, o acusado tem direito a ser ouvido em audiência pública, levando em conta o disposto no presente Estatuto, a uma audiência conduzida de forma equitativa e imparcial e às seguintes garantias mínimas, em situação de plena igualdade:

- a) A ser informado, sem demora e de forma detalhada, numa língua que compreenda e fale fluentemente, da natureza, motivo e conteúdo dos fatos que lhe são imputados;
- b) A dispor de tempo e de meios adequados para a preparação da sua defesa e a comunicar-se livre e confidencialmente com um defensor da sua escolha;
- c) A ser julgado sem atrasos indevidos;
- d) Salvo o disposto no parágrafo 2º do artigo 63, o acusado terá direito a estar presente na audiência de julgamento e a defender-se a si próprio ou a ser assistido por um defensor da sua escolha; se não o tiver, a ser informado do direito de o tribunal lhe nomear um defensor sempre que o interesse da justiça o exija, sendo tal assistência gratuita se o acusado carecer de meios suficientes para remunerar o defensor assim nomeado;
- e) A inquirir ou a fazer inquirir as testemunhas de acusação e a obter o comparecimento das testemunhas de defesa e a inquirição destas nas mesmas condições que as testemunhas de acusação. O acusado terá também direito a apresentar defesa e a oferecer qualquer outra prova admissível, de acordo com o presente Estatuto;
- f) A ser assistido gratuitamente por um intérprete competente e a serem-lhe facultadas as traduções necessárias que a equidade exija, se não compreender perfeitamente ou não falar a língua utilizada em qualquer ato processual ou documento produzido em tribunal;
- g) A não ser obrigado a depor contra si próprio, nem a declarar-se culpado, e a guardar silêncio, sem que este seja levado em conta na determinação da sua culpa ou inocência;
- h) A prestar declarações não ajuramentadas, oralmente ou por escrito, em sua defesa; e

³²⁷ GORAIEB, Elizabeth. *Tribunal Penal Internacional*. Op. cit., p. 275.

i) A que não lhe seja imposta quer a inversão do ônus da prova, quer a impugnação.

O Tribunal Penal Internacional é um tribunal permanente capaz de investigar e julgar indivíduos acusados das mais graves violações de direito internacional humanitário. Diferente da Corte Internacional de Justiça, cuja jurisdição é restrita a Estados, o TPI analisará casos contra indivíduos; e distinto dos Tribunais de crimes de guerra da Iugoslávia e de Ruanda, criados para analisarem crimes cometidos durante esses conflitos, sua jurisdição não estará restrita a uma situação específica, sendo os crimes de sua competência imprescritíveis (art. 29 do Estatuto).

Sua criação constitui um avanço importante, pois é a primeira vez na história das relações entre Estados que se consegue obter o necessário consenso para levar a julgamento, por uma corte internacional permanente, políticos, chefes militares e mesmo pessoas comuns pela prática de delitos da mais alta gravidade, que até agora, salvo raras exceções, têm ficado impunes, especialmente em razão do princípio da soberania. Flávia Piovesan faz referência ao livro de Abram Chayes, prof. da Universidade de Harvard, denominado *The New Sovereignty*, para quem:

(...) a soberania não pode mais consistir na liberdade dos Estados de atuarem independentemente e de forma isolada à luz do seu interesse específico e próprio. A soberania hoje consiste, sim, numa cooperação internacional em prol de finalidades comuns. Um novo conceito de soberania, diz o autor, aponta a existência de um Estado não isolado, mas membro da comunidade e do sistema internacional. Os Estados, conclui, expressam e realizam a sua soberania, participando da comunidade internacional, ou seja, participar do sistema internacional é sobretudo um ato de soberania por excelência. Prenuncia-se, desse modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava os seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica decorrente da sua soberania. Nesse contexto, pode-se afirmar que uma das principais preocupações desse movimento de internacionalização dos direitos humanos é justamente convertê-los em tema de legítimo interesse da comunidade internacional.³²⁸

³²⁸ Texto baseado nas notas taquigráficas de conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília - DF. (PIOVESAN, Flávia. Princípio da Complementariedade e Soberania. Disponível em: <http://dhnt.org.br/direitos/sip/tpi/Textos/tpi_piovesan.html>. Acesso em: em 05.07.2007).

Mais do que isso, porém, o nascimento de uma jurisdição universal é um grande passo em direção da universalidade dos Direitos Humanos e do respeito do direito internacional. De acordo com Guilherme da Cunha, não há dúvidas que a criação da Corte Penal Internacional constitui um progresso moral e político para toda a humanidade, cujo objetivo - de contar com uma instituição permanente e sob o controle internacional para administrar a justiça universal “é compatível com a universalidade dos direitos humanos. (...) Abre-se, assim, o caminho para um sistema integral de repressão aos crimes graves de Direito Internacional mediante a progressiva consolidação de um sistema internacional de proteção ao ser humano”³²⁹.

3.2.2. Os Desafios ao Tribunal Penal Internacional

O grande problema que se verifica entre os Estados e que impossibilita a formação e potencialização de um sistema de cooperação mundial ou transnacional de combate ao sistema criminal transnacional é exatamente o fato de a política, ao diferenciar-se e ao especializar-se funcionalmente, torna-se incapaz de tematizar os problemas que se colocam em escala mundial. Ou seja, os Estados registram os problemas num recorte particular, na medida em que afete interesses, e não decide antecipando-se, mas apenas reagindo. “Estados que falam de paz e resolvem sua economia vendendo armas, falamos de ecologia enquanto se multiplicam os dispositivos nucleares; forças de paz integradas por soldados que satisfazem sua violência apertando os botões do controle remoto das armas de bombardeio”³³⁰.

A exemplo, pode-se citar a atitude dos Estados Unidos, que, após assinar o Estatuto do Tribunal Penal Internacional notificaram a Organização das Nações Unidas que não o iam ratificar, por três razões: invocam a desnecessidade da implantação do tribunal por inserir-se no

³²⁹ CUNHA, Guilherme da. *As Dimensões Política e Humanitária da Criação do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <http://dhnt.org.br/direitos/sip/tpi/Textos/tpi_cunha.html>. Acesso em: 01.07.2007. Texto baseado nas notas taquigráficas de conferência proferida no Seminário Internacional “O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Brasileira”, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 30 de setembro de 1999, no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em Brasília-DF.

³³⁰ WARAT, Luis Alberto. *Territórios Desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade*. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 500.

papel do Conselho de Segurança da ONU; afirmam que qualquer interferência, quando da transição de um estado para democracia, seria imprópria; aventam por fim a falta de definição do crime de agressão no Estatuto de Roma. Em que pese os Estados Unidos terem prometido não prejudicar as ações do emergente tribunal, contactou com cerca de 180 países que foram incitados a se comprometerem a não entregar, sob hipótese alguma, cidadãos norte-americanos ao Tribunal Penal Internacional. Segundo Del’Olmo tratou-se de mais uma retaliação norte-americana à Corte.

Convém frisar que o Brasil rejeitou, com fundadas razões a proposta americana: aceitá-la seria distinguir o cidadão norte-americano em relação ao próprio brasileiro e os Estados Unidos estariam sendo colocados em um patamar superior ao de todos os demais países, que não merecem igual privilégio no Brasil. A recusa brasileira redundou em sanções ao país, que teve suspensa parte do apoio que lhe vinha sendo fornecido no aprimoramento de setores militares

³³¹

O combate ao terrorismo, por exemplo, requer, no mínimo, uma “ação coordenada de toda sociedade internacional” ³³². Apesar de atingir diretamente alguns países, o terrorismo possui efeitos deletérios sobre todo o planeta, exigindo uma unificação política da sociedade mundial. Da mesma forma pode-se dizer dos crimes de tráfico de órgãos humanos para a comercialização, da escravidão, do tráfico de mulheres e de crianças.

Enquanto não existir um estado mundial faltará à sociedade mundial um momento considerado essencial na antiga tradição européia e que ainda hoje é visto, principalmente por TALCOTT PARSONS como um momento constitutivo do conceito de sociedade: a propriedade de uma corporação social atuante, de coletividade ³³³.

3.2.3. Conflitos entre Constituição Federal e o Estatuto de Roma

De acordo com Rezek, ao Direito internacional não importa qual o método utilizado pelos Estados para a incorporação das normas convencionais em suas ordens jurídicas, sendo relevante

³³¹ DEL’OLMO, F. *A Extradicação no Alvorecer do Séc. XXI*. Op. cit., p. 254.

³³² Idem, *Ibidem*, p. 236.

³³³ LUHMANN, N. *Sociologia do Direito II*. Op. cit., p. 159.

apenas que o tratado – de boa-fé – seja cumprido pelas partes.³³⁴ O Estatuto de Roma foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro com a aprovação pelo Decreto Legislativo n. 112, de 6 de junho de 2002, e com a posterior promulgação pelo Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. O depósito da Carta de Ratificação foi procedida no dia 20 de junho de 2002, tendo o Estatuto entrado em vigor em 1º de julho de 2002.

Sem dúvida, o Estatuto de Roma marca um avanço do Direito. Entretanto, faz-se necessário observar certas dificuldades que se colocam ao Direito com a incorporação do Tratado no ordenamento jurídico brasileiro.

Vieira³³⁵ afirma que um dos problemas é saber se a soberania do Estado - assegurada pela Carta da ONU e fundamento de ordem constitucional brasileira – pode conviver com essa nova jurisdição da Corte Penal, que elide qualquer possibilidade de invocação da imunidade de jurisdição por parte daquele que cometeu o crime contra a humanidade, crime de agressão, crime de guerra ou genocídio. Outra questão, segundo o autor, é que o Tratado de Roma prevê a possibilidade de prisão perpétua, a qual é expressamente proibida pela Constituição Federal de 1988. E, por fim, a questão de saber se o instituto da entrega, previsto no artigo 89 do Estatuto, se choca com a proibição de extraditar nacionais, prevista na Carta Magna.

De acordo com Oscar Vilhena Vieira, a Constituição Federal de 1988 deve ser interpretada de forma dinâmica, asseverando que:

(..) a Constituição jamais deve ser interpretada de forma mecânica. Sendo a Constituição um instrumento que serve como elo de ligação entre o mundo da ética-política com o mundo do direito, a sua adequada compreensão não pode dispensar um olhar mais abrangente sobre o significado de seus dispositivos. Se é correto afirmar que a Constituição brasileira e o Tratado de Roma têm uma finalidade comum, que é a proteção da dignidade humana, embora discordem em relação a alguns dos meios para atingir seus objetivos, é nossa obrigação como intérpretes do Direito buscar verificar em que medida esses dois instrumentos podem ser harmonizados.

³³⁴ REZEK, J. *Direito Internacional Público*. Op. cit., p. 78.

³³⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Reflexos do Tribunal Penal Internacional no Brasil*. Op. cit., s/p.

Sabe-se que a sociedade moderna, globalizada, não produz consenso, mas a diferença, a singularidade, a fragmentação, sendo que procurar conservar a sociedade é o mesmo que erguer barreiras à comunicação social. A sociedade moderna, altamente complexa e contingente, é constituída por uma estrutura paradoxal, onde se ampliam a segurança e a insegurança, o Direito e o não-Direito. O Direito – como sistema parcial da sociedade – não emana de consenso, de acordo, mas tende a ser fruto de decisões; é um direito posto. E, como tal, o risco na tomada de decisões é inevitável, o que torna necessário operar sob uma nova racionalidade jurídica.

Para a teoria dos sistemas, a Constituição pode ser vista como forma de tomar decisões coletivas, efetivando o acoplamento estrutural entre o sistema político e o jurídico, de forma a desempenhar a função de estimular a sensibilidade de um sistema ao outro, ao mesmo tempo em que fixa os limites de cada um³³⁶. Entretanto, não existe ainda uma Constituição Mundial que promova o acoplamento estrutural entre o sistema político e jurídico e que estabilize procedimentos que garantam expectativas normativas para a sociedade mundial.

O sistema jurídico - diferentemente do sistema político que pode adiar ou não decidir - é obrigado a decidir e quando o faz projeta o futuro, produz tempo³³⁷, definindo o seu posicionamento para casos análogos. Nesse sentido, é dever do Direito, através dos Tribunais, decidir se determinada lei, licitação ou tratado – no caso, o Tratado do Roma – são compatíveis com o ordenamento jurídico. Tal decisão é contingente, o que significa dizer que os seus resultados podem ser outros, diversos do esperado.

No mundo moderno, a visão hierárquica das relações entre legislação e jurisdição é incompatível³³⁸. Os próprios modos de produção do Direito mundial são cada vez mais difusos, policêntricos. No entanto, isso não significa o desaparecimento do Direito, mas a necessidade de

³³⁶ A relação entre direito e política sempre foi turbulenta, mas ambos os sistemas não se confundem. O sistema jurídico não assegura comportamentos conforme o direito, mas concede ao Tribunais a função de afirmar o direito. O sistema jurídico procura despolitizar os problemas, processando as questões em termos jurídicos; caso contrário, a tomada de decisões econômicas ou políticas exporia o direito a elevados riscos. Já, o sistema político tem como função tomar decisões que vinculam a coletividade e operam sobre um código binário: governo/oposição, poder/não-poder. A política depende de um mínimo de consenso, por isso pode adiar a sua decisão ou deixar de decidir. (CAMPILONGO, C. *O Direito na Sociedade Complexa*. Op cit., p. 125)

³³⁷ ROCHA, Leonel Severo. *O Direito na forma de Sociedade Globalizada*. Op. cit.

³³⁸ CAMPILONGO. *O Direito na Sociedade Complexa*. Op cit., p. 98.

o Direito intensificar a especificidade funcional. Ou seja, importa é que o Direito opere com base no seu código binário: direito/não-direito e não de onde emana o Direito.

Não seria pela eventual nova configuração dos espaços – descentralizados, paralelos ao Estado, informais, não hierarquizados – que o sistema jurídico estaria se descaracterizando. Há que se perguntar, isto sim, se as novas formas jurídicas continuam operando como programas condicionais, garantindo expectativas normativas, atuando como ordem coercitiva e, principalmente, diferenciando-se do ambiente externo com base no código particular (direito/não-direito)³³⁹.

Ademais, a complexidade social gerada pela globalização aumenta a dependência do sistema jurídico com o seu ambiente externo. O sistema jurídico está aberto cognitivamente a seu ambiente e, desta forma, pode apreender com ele, ajustando os seus programas, modificando os procedimentos e alargando sua sensibilidade cognitiva.

Desta forma, conferem-se expectativas elevadas na capacidade da Constituição e na capacidade de o Direito atuar como meio de transformação social. Por isso, o sistema jurídico deve ser o garante da Constituição, mas também dos Direitos Humanos. Ou seja, “de nada adianta um Poder Judiciário que não seja capaz de conferir eficácia aos direitos fundamentais e, vice-versa, de nada adianta um elenco de direitos fundamentais se o Poder Judiciário não é capaz de atingi-los ou implementá-los”³⁴⁰.

Segundo Milton Ângelo: “No presente domínio de proteção, o direito internacional e o direito interno, longe de operarem de modo estanque ou compartimentalizado, se mostram em constante interação, de modo a assegurar a proteção eficaz do ser humano”³⁴¹.

Sendo assim, acredita-se que o aparente conflito entre alguns dispositivos constitucionais e o Tratado de Roma pode ser mais bem tratado pelo sistema jurídico a partir de uma nova racionalidade jurídica, cuja teoria dos sistemas torna-se uma opção³⁴².

³³⁹ Idem, *Ibidem*, p. 145.

³⁴⁰ Idem, *Ibidem*, p. 100.

³⁴¹ ÂNGELO, Milton. *Direitos Humanos*. São Paulo: Editora de Direito, 1998, p. 73.

³⁴² Não se pretende adentrar na discussão doutrinária entre monistas e dualistas, mas tão-somente deixar assentado que quando instalados aparentes conflitos entre normas internacionais de direitos humanos e de direito interno, aquelas - pelo fato de exprimirem certa forma de consciência universal - atuam como uma Constituição Mundial ou

3.2.3.1. A Imunidade de Jurisdição e a Soberania

Embora o Brasil tenha ratificado o Estatuto de Roma já em 2002 e já houvesse determinação expressa no sentido de que o Brasil propugne pela criação de um tribunal internacional de Direitos Humanos (art. 70 do ADCT), a partir da Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, o legislador não deixou dúvidas quanto à submissão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional (artigo 5º, parágrafo 4º, CF/88).

Ainda com a Emenda Constitucional n. 45/2004, concedeu-se aos Tratados Internacionais de Direitos Humanos status de emenda constitucional, o que reforça um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, qual seja o da dignidade da pessoa humana. Desta forma, entende-se que o ordenamento jurídico dos Estados democráticos de Direito devam ter necessariamente repúdio a todos os crimes que se encontram sob a jurisdição da Corte de Roma. Portanto, do exposto pode-se chegar à presunção de que o que está estabelecido no Estatuto deve, em princípio, ser incorporado ao sistema jurídico brasileiro.

O princípio da soberania – como fundamento da República - poderia apresentar alguns problemas para a adesão do Brasil a esse Tratado. É evidente que o Tribunal Penal Internacional acentua o paradoxo existente em torno da soberania estatal, uma vez que o Estado amplia consideravelmente a soberania para logo após ceder parte dela ao Tribunal Penal Internacional.

O conceito de soberania, no entanto, não pode se entendido de forma a obstar o funcionamento do sistema jurídico e político. A muito que a problematização em torno do conceito de soberania vem sendo intensificada - não só pelo processo de globalização -, mas, sobretudo, pela divulgação dos Direitos Humanos. Para Piovesan, ao se afirmar a universalidade dos Direitos Humanos, em 1948, operou-se uma relativização do conceito de soberania em prol dos Direitos Humanos, que passam a constituir um legítimo interesse da comunidade

supra-nacional, efetivando o acoplamento estrutural entre os sistemas jurídicos e políticos em nível internacional.(COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.61).

internacional ³⁴³. Complemente-se a isso o fato de que ao sistema jurídico independe de onde provêm as expectativas normativas e que a Corte Penal Internacional constitui uma aquisição evolutiva dos sistemas jurídicos e político.

Quanto à imunidade de jurisdição, o Estatuto de Roma constitui uma evolução do sistema jurídico, uma vez que possibilita o julgamento de autoridades, políticos, chefes militares e mesmo pessoas comuns pela prática de delitos da mais alta gravidade, que até agora, salvo raras exceções, têm ficado impunes, especialmente em razão do princípio da soberania. Salienta-se que “não temos um Estado e suas autoridades sendo julgados por outro Estado, à revelia de sua vontade, mas sim autoridades de um Estado sendo julgadas por um organismo internacional, ao qual se submeteram voluntariamente os Estados” ³⁴⁴.

3.2.3.2. Prisão Perpétua

O Tribunal Penal Internacional poderá a aplicar a pena de prisão perpétua, conforme dispõe o artigo 77, que assim redigido:

Artigo 77

Penas Aplicáveis

1. Sem prejuízo do disposto no artigo 110, o Tribunal pode impor à pessoa condenada por um dos crimes previstos no artigo 5º do presente Estatuto uma das seguintes penas:

- a) Pena de prisão por um número determinado de anos, até ao limite máximo de 30 anos;
- ou
- b) Pena de prisão perpétua, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem (...)

³⁴³ PIOVESAN, Flávia. *Apud*. Arnaldo Sussekind, mencionado por Flávia Piovesan, afirma que: “Se o direito à soberania do Estado constitui um dos princípios basilares do Direito Internacional Público, não menos fundamental é o acatamento do aforismo *pacta sunt servanda*, em virtude do qual o Estado vinculado a um tratado deve cumprir as obrigações dele resultantes, sob pena de responsabilidade na esfera internacional”. (PIOVESAN, Flávia. Op. cit., p. 72)

³⁴⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Imunidades de Jurisdição e Foro de Prerrogativa de Função*. Op. cit. s/p.

A Constituição Federal de 1988 proíbe expressamente a pena de prisão perpétua, conferindo ao artigo 5º, inciso XLVII, b, condição de cláusula pétrea e, dessa forma, a previsão de prisão perpétua simplesmente inviabilizaria a adesão do Brasil ao Tratado.

Vieira faz longa reflexão acerca dos dispositivos que aparentemente se encontram em conflito, afirmando que uma interpretação mecânica da Constituição simplesmente “afastaria a possibilidade de se ampliar a esfera de proteção da dignidade dos brasileiros, por intermédio de mais um mecanismo de direitos humanos, que é a Corte Internacional.”³⁴⁵ Argumenta o autor que Supremo Tribunal Federal tem concedido, em mais de uma ocasião, a extradição para os Estados que admitem a pena de morte, com a condição de que houvesse a comutação desta pena pela de prisão perpétua. Entretanto, desde 1985, o Supremo Tribunal Federal vem julgando no sentido de comutação da penal perpétua por pena não superior a 30 anos ³⁴⁶.

Para Vieira, o ordenamento jurídico oferece tratamento distinto para os casos de extradição, tendo em vista que a Lei n. 6.815/80 não restringir a extradição em função da pena perpétua, enquanto que para os casos domésticos, aplica-se a vedação constitucional. “Nesse passo a previsão da prisão perpétua pela jurisdição da Corte de Roma não constituiria nenhum obstáculo para o ordenamento jurídico brasileiro, em termos de adesão” ³⁴⁷.

De outra banda, se o fundamento para não conceder a entrega é a dignidade da pessoa humana, a sua violação não pode ser um instrumento de ação do Estado. Segundo o autor, tem-se

³⁴⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Imunidades de Jurisdição e Foro de Prerrogativa de Função*. Op. cit. s/p.

³⁴⁶ EMENTA: EXTRADIÇÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E LAVAGEM DE DINHEIRO. REQUISITOS. OBSERVÂNCIA. TRÁFICO DE DROGAS PARA OS ESTADOS UNIDOS, A PARTIR DE OUTRO PAÍS. COMPETÊNCIA DO ESTADO REQUERENTE. PRESCRIÇÃO: INOCORRÊNCIA. PRISÃO PERPÉTUA. COMUTAÇÃO. EXIGÊNCIA DE COMPROMISSO FORMAL. 1. Evidenciado que os documentos formalizadores do pleito extraditacional demonstram o contrário, não procede a alegação de vícios formais atinentes ao local, data, natureza e circunstâncias dos fatos criminosos. 2. Sendo incontroverso que o extraditando traficava drogas para os Estados Unidos a partir de outro País, compete ao Estado requerente o processo e o julgamento, a teor do que dispõe o artigo 78 da Lei n. 6.815/80. 3. Prescrição pelo transcurso do prazo de 5 (cinco) anos para o *indictment*. Inocorrência, eis que o extraditando foi pronunciado em 26 de maio de 2005 por crimes ocorridos entre o início de 2000 e maio de 2004. 4. Tráfico de entorpecentes. Pena de prisão perpétua. Entrega do extraditando condicionada ao compromisso formal, de comutação, pelo Estado requerente, para pena de reclusão não superior a 30 anos (CPB, artigo 75). Precedentes. Pedido de extradição deferido (STF - Ext 1041 / EU - ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA EXTRADIÇÃO; Relator(a): Min. EROS GRAU; Julgamento: 16/11/2006; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; DJ 16-03-2007).

³⁴⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Imunidades de Jurisdição e Foro de Prerrogativa de Função*. Op. cit., s/p.

“duas normas com mesmo objetivo, sendo que discordam, entre si, quanto aos meios para se atingir esse fim”³⁴⁸.

Melhor seria se pudéssemos conciliar a necessidade de punição, com humanidade da pena. Isso, porém, não foi feito e o tratado não admite reservas. Mesmo assim, o ganho de se contar com um sistema internacional voltado a coibir crimes tão graves como o genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão, é muito grande, pois a prática de qualquer um desses crimes gera uma violação dos direitos de milhares de pessoas. Porém, na esfera dos direitos de conteúdo moral, como temos nesse caso, os cálculos quantitativos não devem prevalecer³⁴⁹.

Para Del’Olmo, a própria Corte Criminal Internacional abriu caminhos para a solução de eventual impasse, uma vez que “dispõe-se levar em consideração, quando do julgamento, o fato da não-previsão dessa pena na ordem jurídica de que o acusado é nacional, presumindo-se que não a aplique”³⁵⁰. Ademais, do que se depreende do disposto do artigo 77, alínea b, do Estatuto de Roma, a aplicação da pena de prisão perpétua constitui uma exceção, cuja decisão deverá ser revista pela Corte depois de cumpridos 25 anos de pena, conforme dispõe o art. 110, 3, do Estatuto.

3.2.3.3. Extradicação e Entrega

Levantou-se o questionamento se a possibilidade de se entregar brasileiros à Corte Penal Internacional ara serem julgados pro crimes internacionais não estaria em contradição ao disposto no artigo 5º, inciso LI, da Carta Maior, que diz o seguinte: “Nenhum brasileiro será extraditado, salvo 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”.

Sendo esse inciso um Direito Fundamental, está coberto pelo art. 60, § 4º, inciso IV, que não permite deliberação proposta de emenda constitucional que possa abolir os direitos e

³⁴⁸ Idem, Ibidem, s/p.

³⁴⁹ Idem, Ibidem, s/p.

³⁵⁰ DEL’OLMO. *A Extradicação no Alvorecer do Séc. XXI*. Op. cit., p. 264.

garantias individuais. Portanto, o LI do artigo 5º é cláusula pétrea da Constituição atual a questão dos direitos de garantias individuais.

Conforme entendimento de Vieira³⁵¹, Del' Olmo³⁵² e Japiassù³⁵³, não há qualquer incompatibilidade entre a Carta Política brasileira e o documento internacional aprovado em Roma. Segundo Del'Olmo, a entrega constitui um novo instituto entre as medidas compulsórias de saída de pessoas do país, onde o acusado de crime internacional é posto à disposição do Tribunal para julgamento. Ademais, o próprio Tratado de Roma, expressamente no artigo 102, distingue o instituto da extradição do instituto da entrega ao prescrever que:

Artigo 102

Termos Usados para os Fins do Presente Estatuto:

- a) Por "entrega", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto.
- b) Por "extradição", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno.

João Grandino Rodas acentua a diferença entre os institutos, asseverando que:

O Tribunal é um fórum imparcial ao qual os Estados poderão entregar pessoas que talvez eles não extraditassem a outros Estados por várias razões políticas que, certamente, estariam na base dessa extradição e poderiam não estar na entrega. Portanto, não se trata mais de entregar alguém para um outro ente de Direito Público Internacional de igual categoria, um outro Estado também dotado de soberania ou competência, mas a uma instituição internacional desenhada por esforço de todos os Estados.³⁵⁴

É importante ressaltar que o Brasil, ao ratificar o Tratado de Roma, assumiu normas convencionais de cooperação dos Estados partes para com o Tribunal Penal Internacional. Sem a colaboração dos Estados, o Tribunal não terá viabilidade, pois não possui poder coercitivo com referência às suas investigações e suas decisões.

³⁵¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Imunidades de Jurisdição e Foro de Prerrogativa de Função*. Op. cit., s/p.

³⁵² DEL'OLMO. *A Extradicação no Alvorecer do Séc. XXI*. Op. cit., p. 264.

³⁵³ JAPIASSÙ, Carlos Eduardo Adriano. A Corte Criminal Internacional. Possibilidades de adequação do Estatuto de Roma à ordem constitucional brasileira. In **KOSOVSKI, Ester** e **ZAFFARONI, Eugenio Raúl** (orgs.). *Estudos em homenagem ao prof. João Marcello de Araujo Junior*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 81-101, p. 96.

³⁵⁴ RODAS, João Grandino. *A Entrega de Nacionais ao Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <http://dhnt.org.br/direitos/sip/tpi/Textos/tpi_grandino.html> Acesso em: 14.06.2007.

Pode-se, portanto, observar que o sistema jurídico, embora carente de um Estado Mundial e de uma Constituição supranacional, atua de forma a possibilitar a redução da complexidade social de seu ambiente através da diferenciação funcional e do acoplamento estrutural.

3.2.4. O Acoplamento Estrutural e o Combate à Impunidade

O Estatuto de Roma é um evento que reúne expectativas normativas e políticas. No sistema jurídico, estabelece-se a obrigatoriedade jurídica de entrega do acusado ao Tribunal Penal Internacional para julgamento; no sistema político denota-se uma deliberação entre Estado de ceder parte de sua soberania a Corte. O Estatuto de Roma configura, portanto, o acoplamento estrutural entre estes dois sistemas (jurídico e político) em nível internacional.

O Tribunal Penal Internacional pretende ser compatível com a clausura autopoietica tanto do sistema jurídico como do sistema político, ao mesmo tempo em que marca uma coordenação recíproca entre as estruturas de ambos. Através do Tribunal se alcança – devido à limitação das zonas de contato entre Direito e Política – um grande incremento de irritabilidade recíproca. Por conseguinte, o sistema jurídico tem maior possibilidade de registrar decisões políticas em forma e com efeitos jurídicos e, também, maiores possibilidades por parte da política de servir ao Direito para alcançar seus objetivos, potencializando o combate à criminalidade e à impunidade.

Como é muito difícil a existência de um Estado Mundial, não há como existir uma Constituição Mundial que registre, por excelência, o acoplamento estrutural entre o sistema político e jurídico. O Estatuto de Roma funciona como acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o sistema político no âmbito internacional e o Tribunal Penal Internacional atua como uma organização encarregada de operacionalizar o acoplamento.

Não obstante, a Corte Penal Internacional - como organização encarregada de operacionalizar o acoplamento entre o sistema jurídico e o político em nível internacional, tem o

fim de superar os riscos trazidos à extradição pela sociedade globalizada, altamente complexa e contingente. O Tribunal Penal Internacional almeja ser o melhor instrumento que a Humanidade já pode contar no combate à criminalidade e de implementação dos Direitos Humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da extradição passou por profundas mudanças quanto à dimensão, alcance e difusão, confirmando a evolução e adaptação constante do instituto, tanto ao sistema jurídico quanto ao sistema político ao longo dos séculos. Embora apresentasse algumas diferenças, entretanto, a extradição sempre teve como objetivo o combate à impunidade do delinqüente foragido do país que exerceu a atividade considerada criminosa.

A evolução social é contínua. A sociedade globalizada é resultado das transformações na estrutura do sistema. A sociedade evolui a partir da crescente complexidade, pois suas estruturas são pressionadas a responder e corresponder - selecionar entre as diversas opções - e, por essa razão, alteram-se/modificam-se reagindo à crescente complexidade e contingência.

A globalização transformou a forma da sociedade, refletindo também uma transformação no tempo e no espaço em nossas vidas. Nada é estanque ou eterno na sociedade globalizada e por promover uma gama muito grande de comunicação, ela estabelece um salto qualitativo nas alternativas de escolha, de possibilidades de decisões.

Globalização não é sinônimo de coesão social, uniformidade, estabilidade ou harmonia. Pelo contrário, na globalização reforçam-se simultaneamente segurança e insegurança, determinação e indeterminação, estabilidade e instabilidade. O paradoxo desencadeado pela

globalização também se verifica em relação ao Estado que, apesar de altamente fragmentado, deve ser soberano o suficiente para implementar reformas às novas necessidades, a Economia.

O eixo da sociedade globalizada é produzir diferença. A produção da diferença é a vigamestra da evolução social. Por isso, pode-se afirmar que globalização não é incompatível com a diferenciação funcional dos sistemas, ou seja, não é incompatível com o Direito, com o Estado ou com a soberania. Ao contrário, continuará a exigir, cada vez mais, um sistema político relativamente autônomo e, igualmente, um sistema jurídico operativamente fechado. Daí a enorme variabilidade a que estão expostos os dois sistemas no atual momento de adaptação institucional à nova ordem.

A sociedade, portanto, é uma sociedade mundial, composta unicamente de comunicação, e, como tal, não parou no tempo. Cada vez mais 'irritada' pela complexidade de seu ambiente, reagiu e produziu novas formas sociais, aumentando a sua complexidade e a do seu ambiente. Sendo assim, observa-se um condicionamento na evolução das instituições sociais e nas formas de comunicação, sobretudo no aspecto risco, não sendo mais possível trabalhar com uma teoria jurídica presa a noção de Estado e de norma, sob pena de não produzir comunicação suficiente para reduzir a complexidade social e, por conseguinte, combater a impunidade. Nesta sociedade, não há mais como conceber o Direito como imutável ou indiferente às transformações sociais.

O Direito, como subsistema social, é um sistema social autopoietico, no sentido de que seus elementos (comunicações jurídicas) são produzidos e reproduzidos pelo próprio sistema, através de uma seqüência de interação circular e fechada. Como sistema autopoietico, o Direito não é aberto nem fechado, mas sim um sistema aberto e fechado.

O sistema jurídico moderno é um conjunto de operações de comunicação diferenciado e cumpre uma função específica, qual seja: distinguir o Direito do não-Direito. Desta forma, objetiva reduzir a complexidade social, especializando-se na produção de um tipo particular de comunicação que procura garantir expectativas de comportamento assentadas em normas jurídicas. Atua, portanto, como estrutura do sistema social, o que implica dizer que o Direito visa substituir insegurança por segurança, no sentido de que, existindo um grau maior de

probabilidade, possibilitam-se determinadas coisas e rechaçam outras. No entanto, o sistema jurídico, como estrutura do sistema social, não possui a capacidade de eliminar a insegurança ou garantir comportamentos, mas sem o sistema jurídico, muitas atividades estariam totalmente comprometidas. O fim específico das estruturas do sistema social é aumentar o limiar de insegurança socialmente suportável, e não erradicar a insegurança. O Direito orienta as escolhas sem lhes retirar o caráter de opção, ou seja, sem destruir a possibilidade, em princípio, de uma seleção diferente.

Há, contudo, um conflito espacial entre a competência do Estado e do Direito, que é limitada ao território nacional, e a crescente criminalidade transnacional que, além de ser um dos mais perversos efeitos da globalização, os atos realizados e os sujeitos envolvidos demonstram o desenvolvimento – não apenas em um país ou território nacional – mas a par da atividade econômica das grandes corporações multinacionais, em nível transnacional ou mesmo planetário.

As redes internacionais do crime altamente organizado estão associadas ao tráfico de droga, de armamento, à exploração da imigração clandestina, à exploração sexual, à extorsão e o crime econômico e informático. O tratamento dispensado aos seres humanos no crime de comercialização de órgãos ou a de tráfico de crianças e de mulheres é objeto de repulsa de qualquer sistema jurídico, revelando-se práticas criminosas de violação grave, brutal e inescrupulosa aos Direitos Humanos.

A tensão em torno do terrorismo é exemplo de preocupação mundial. Os atos terroristas perturbam a paz e a ordem de todo planeta, ou seja, de países que não são alvos diretos dos atentados, aumentando excessivamente a complexidade e contingência. Por consequência, observa-se a incorporação nos ordenamentos jurídicos nacionais da tipificação penal dos atos terroristas. A variabilidade e diversidade quantitativa nas penas de prisão e na definição do tipo penal refletem a incerteza jurídica em torno das regras antiterror.

Dessa forma, pode-se afirmar que os Estados nacionais deixam de ser independentes e passam a ser interdependentes para aguerrir contra a impunidade e a criminalidade que opera transnacionalmente. Atualmente se firma no cenário internacional a participação soberana dos

Estados na cooperação penal internacional de combate ao crime e à impunidade, dando ênfase cada vez maior ao instituto da extradição como instrumento jurídico apto a operacionalizar a cooperação.

Os crimes transnacionais, além de traduzirem agressões aos Direitos Humanos, causam ‘perturbações’ à sociedade e ao sistema jurídico pela alta taxa de impunidade de seus autores. A extradição é um dos mecanismos de cooperação jurídica internacional mais cortejado pelo Direito Internacional. Ela afirma a existência de interesses comuns entre os Estados e se traduz num instrumento jurídico no combate a impunidade e de realização da função do sistema jurídico: assegurar expectativas normativas, reduzindo complexidade social.

A extradição obedece a programas, sendo que os mais destacados doutrinariamente são: o da especialidade, o indivíduo não pode ser julgado ou castigado por um delito diverso do que ensejou o pedido; o da identidade ou da dupla incriminação, não se concederá a extradição quando no Estado requerido não se considerar crime o fato que alicerçou a solicitação; o do *non bis in idem*, o que impossibilita condenar duas vezes a pessoa pelo mesmo fato; e o da nacionalidade do extraditando, que impõe a negativa constitucional de extraditar brasileiro nato.

O objetivo destes programas (leis, tratados, normas constitucionais, etc) são fornecer ao Direito orientações na aplicação correta de um dos valores do código (Direito/não-Direito) a determinadas circunstâncias. Por exemplo, a extradição visa repelir o crime (natureza das infrações), seja ele consumado ou tentado, razão pela qual não é admitida em processos de natureza administrativa, civil ou fiscal, nem tampouco a extradição de pessoas acusadas da prática de crime militar, de opinião, de imprensa e de crimes políticos, onde se deve aplicar o valor negativo do código.

Para obter o fim almejado com o referido instituto, os Estados utilizam-se dos preceitos de solidariedade e da paz social entre os povos, sendo esta uma das razões pelas quais se concede a extradição baseada somente em promessa de reciprocidade. A idéia de concessão da extradição mesmo sem a existência de Tratado Internacional vem sendo aplicada de forma constante pelo Supremo Tribunal Federal. Isso se dá porque o sistema jurídico e político dos Estados

diferenciam-se funcionalmente, com o objetivo de combater a impunidade e tornar efetiva a jurisdição, elegendo formas jurídicas de cooperação internacional.

Restou demonstrado que o combate ao sistema criminal transnacional depende que o sistema jurídico e o sistema político se desenvolvam igualmente em um nível internacional. As chances de êxito no combate apenas nacionalmente de algo que é transnacional são muito reduzidas. Por essa razão, observa-se o acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico em nível internacional, utilizando-se dos mecanismos e organismos de operacionalização já dispostos nos ordenamentos jurídicos, como tratados e organizações internacionais respectivamente.

Como ainda não existe um Estado Mundial, os Tratados Internacionais em matéria de Extradução, primeiramente, efetuam o acoplamento estrutural entre o sistema político e jurídico. Por acoplamento estrutural entende-se a ligação entre estruturas de sistemas sociais, sem, contudo, que abram mão de sua autonomia e de seu fechamento recíprocos. De certa forma, pode-se dizer que o acoplamento estrutural permite ao sistema perceber as ‘irritações’ – que são sempre auto-irritações do próprio sistema – e aprender, sem que o sistema perca a sua identidade e o contato com a realidade.

Em um segundo momento, os Tratados Internacionais, em especial os referentes à Extradução, constituem regras de tradução de uma ordem jurídica a outra. Através dele, faz-se possível a ação conjunta dos sistemas jurídicos regionais, qual seja: o combate à impunidade e repressão à criminalidade. Os Tratados passam a constituir um elemento do sistema jurídico e do sistema político, representando expectativas normativas e políticas. Ou seja, o Tratado de Extradução é, ao mesmo tempo, uma operação jurídica e política internacional. A partir dele, abrem-se maiores possibilidades por parte da política de se servir do Direito para os seus fins.

A função da extradição junto ao sistema social representa a co-evolução dos sistemas parciais (Política e Direito) em nível internacional, permitindo maior elasticidade e capacidade de adaptação das expectativas normativas a uma sociedade cada vez mais complexa. A cooperação jurídica internacional se vincula assim à ampliação do poder repressivo dos Estados territoriais e,

neste sentido, aparece como uma estratégia que responde a necessidades derivadas da sociedade mundial, altamente complexa e contingente, e, acrescente-se, não limitada territorialmente.

Demonstrou-se que a obrigatoriedade da extradição fixada em tratado ou em promessa de reciprocidade garante a autopoiesis do sistema jurídico, eis que as expectativas criadas em razão dos tratados ou promessa de reciprocidade servem de elemento auto-reprodutor, gerando novas obrigações e novas extradições. Uma vez preenchidas as condições (os programas), a obrigatoriedade da extradição impõe-se, tornando efetiva a jurisdição do Estado requerente e validando a ordem jurídica internacional.

Ademais, a diversidade existente em muitas legislações nacionais não tem se tornado um obstáculo insuperável à cooperação. O intuito é que se analise - caso a caso - o real alcance e projeção destes particularismos, ensaiando as instâncias de cooperação judicial internacional compatível com a vigência daquelas características que surjam como essenciais de cada sistema jurídico. Mas, sobretudo, deve-se priorizar a efetivação da proteção aos direitos humanos, eis que o sistema jurídico trabalha no sentido de manter o máximo das expectativas normativas, constituindo a extradição elemento fundamental na implementação dos direitos humanos.

Constatou-se que dois valores relevantes e de certo modo paradoxais têm emergido recentemente em sede de extradição e de cooperação internacional: de um lado, a necessidade de intensificar a referida cooperação na profunda luta contra o crime, priorizando os Direitos humanos das vítimas; e de outro, a busca cada vez mais profunda de que os Direitos Humanos devam colocar-se como termo de referência nessa matéria e, conseqüentemente, como limite à cooperação internacional em matéria penal.

Certo é que os Direitos Humanos aumentam a capacidade dos sistemas político e jurídico de responder adequadamente às exigências do respectivo ambiente e os grandes beneficiários serão as pessoas protegidas, pois possibilitam a abertura cognitiva do sistema jurídico. O Tribunal não pode deixar de decidir e, diante da crescente criminalidade, concede-se ao Direito a expectativa de transformador social. Conseqüentemente, diante da impossibilidade de decidir,

diante da insuficiente programação condicional, o Tribunal alarga consideravelmente o seu poder de criação do Direito. Por isso a necessidade de se afirmar a obrigatoriedade da extradição.

A extradição é um mecanismo de cooperação jurídica internacional para a repressão à criminalidade, de combate à impunidade e de manutenção de expectativas normativas. Os Direitos Humanos possibilitam a abertura cognitiva do sistema jurídico ao mesmo tempo em que limita o poder do Tribunal. Ou seja, os Direitos Humanos fortificam a capacidade de enfrentar os problemas mais diversos, advindos como irritações de todas as esferas diferenciadas de comunicação, constituídas no ambiente do sistema social e, simultaneamente, evitam a deformação do Direito via decisões jurídicas.

A cooperação judicial internacional que se efetua através do instituto da extradição pode se tratar de uma manifestação de interesse universal da humanidade, supranacional, que se expressa numa certa 'solidariedade' e evidencia, através da repulsa à criminalidade, a existência também de uma sociedade mundial. Neste contexto, restou demonstrado que a extradição não é um método apenas de cortesia internacional, mas de cooperação internacional para a repressão à criminalidade, de combate à impunidade e de manutenção de expectativas normativas.

Por conseguinte, a redução da criminalidade não se verifica pela estabilidade ou pela invariabilidade das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal ou por qualquer outra Corte. Pelo contrário, é o aumento da diferença, a ampliação dos conflitos e a existência de ruídos que importa na auto-produção dos sistemas jurídicos e políticos na contemporaneidade da sociedade moderna.

O caso Pinochet mostra que o sistema jurídico – embora opere fechado, com códigos próprios – possui uma abertura cognitiva que lhe possibilita 'aprender' e decidir diferente, produzindo tempo e, sobretudo, reduzindo complexidade do sistema social. Ao decidir diferentemente, a Câmara dos Lordes produziu comunicação. O sistema jurídico produziu informação, atuou no tempo, produzindo futuro.

Ademais, como os Direitos Humanos mantêm a abertura cognitiva do sistema jurídico, possibilitando a aprendizagem frente às novas contingências e à crescente complexidade social, estimula-se e determina-se o esforço de propor novos instrumentos jurídicos mais abrangentes, capazes de regular situações complexas e fenômenos novos. No entanto, faz-se necessário transpor o modelo jurídico kelseniano, adequando o sistema jurídico à sociedade mundial, sem fronteiras.

Para a Teoria dos Sistemas, o primado da sociedade não é a diferenciação regional, mas a diferenciação por funções. Somente o sistema jurídico e o político podem ser diferenciados regionalmente, mas ainda assim, tal diferenciação não é absoluta, quanto mais no intuito comum dos Estados de desenvolver mecanismos de combate à impunidade e de repressão ao crime.

Por essa razão, começaram a surgir no ordenamento jurídico internacional figuras e novos instrumentos, que tem por objetivo defender a humanidade. O Tribunal Penal Internacional constitui um avanço importante, pois torna possível levar a julgamento, por uma corte internacional permanente, políticos, chefes militares e mesmo pessoas comuns pela prática de delitos de mais alta gravidade, que até agora, salvo raras exceções, têm ficado impunes, especialmente em razão do princípio da soberania.

Em razão do princípio da complementaridade, o Tribunal Penal Internacional exerce o seu papel sem interferir indevidamente nos sistemas judiciários regionais. O caráter do Tribunal é excepcional e complementar, atuando quando se verifique a incapacidade do Estado ou falta de disposição e aplicando-se aos crimes de evidente gravidade.

Constata-se, portanto, que vai se firmando tanto na doutrina como nos Tribunais a tese de que, em matéria de Direitos Humanos, a proteção da dignidade da pessoa humana é finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico. No entanto, embora a extradição se mostre como uma alternativa para a aplicação da legislação punitiva, operando como um mecanismo de combate à impunidade, exige, ainda, maior cooperação judicial internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando e SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. *Manual de Direito Internacional Público*. 13 ed. rev. e atual.- São Paulo: Saraiva, 1998.

ALBERTON, Genacéia da Silva. Tribunalização e Jurisprudencialização no Estado contemporâneo. Uma perspectiva para o Mercosul. *In: Justiça do Direito*. V. 2, n. 16. Passo Fundo: UPF editora, 2002, p. 381-401.

ALMEIDA, Lúcio Flávio de. Entre o Local e o Global: poder e política na atual fase de transnacionalização do capitalismo. *In Desafios da Globalização*. Ladislau Dowbor, Octavio Ianni e Paulo Edgar A. Resende (org.) Petrópolis/RJ: Vozes, 1997.

AMADO, Juan Antonio Garcia. A Sociedade e o Direito na obra de Niklas Luhmann. *In Niklas Luhmann. Do Sistema Social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 301-344.

AMORIM, Edgar Carlos de. *Direito internacional privado*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

AMORIM ARAÚJO, Luís Ivani de. *Curso de Direito Internacional Público*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Direito Internacional Penal: (Delicta Iuris Gentium)*.- Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ÂNGELO, Milton. *Direitos Humanos*. São Paulo: Editora de Direito, 1998.

ARAÚJO, Luiz Albert e PRADO, Luz Régis. Alguns Aspectos das Limitações ao Direito de Extraditar. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal. Ano 19, n. 76. Outubro/dezembro 1982.

ARAÚJO, José A. Estevez. Crisis de la Soberanía estatal e Constitución Multinivel. *In Revista Direito FGV*, v. 2, n. 2, jul-dez 2006. Rio de Janeiro: FGV.

ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo. *Extradicação: Alguns aspectos fundamentais*. Revista Forense. Rio de Janeiro: Ano 90, Vol. 326. Abril/Junho 1994.

_____. *In Curso de Cooperación Penal Internacional*. Universidad Catolica Del Uruguay Damaso A. Larrañaga. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994, p. 151-177.

ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre Modernidade e Globalização: lições de filosofia do direito e do Estado*. Trad. Patrice Charles Wullaume. – Rio de Janeiro : Renovar, 1999.

ASHBY, W. Ross. *Introdução à Cibernética*. Tradução por: Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 1970.

ATAIDE JÚNIOR, Wilson Rodrigues. A Globalização e o Neoliberalismo e suas Repercussões no Mundo do Trabalho e do Crime. *In Cadernos de Pós-graduação em Direito da UFPA*, n. 15. Belém: Programa de Pós-graduação em Direito 2001.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. As novas perspectivas da Soberania. Reflexos no direito interno, no direito internacional e no direito comunitário. *In Direito e Poder*. nas instituições e

nos valores do público e do privado contemporâneos. Heleno Taveira Tôrres (coord). Barueri/SP: Manole, 2005.

BARRETO, Vicente de Paulo. *Globalização e Democracia Cosmopolita*. In Revista da Faculdade de Direito. V.1. n. 6 e 7, Rio de Janeiro: UERJ, 1998-1999.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo Global*. Trad. de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo veintiuno de espana editores, 2002.

_____. *Teoria Social e Ambiente*. Trad. de Ana Maria André. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Público Internacional*. Tomo II. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1911.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOFF, Leonardo. *Saber Cuidar: Ética do Humano – compaixão pela terra*. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

BOSON, Gerson de Britto Mello. *Constitucionalização do Direito Internacional*. Internacionalização do Direito Constitucional. Direito constitucional Internacional Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. *Curso de Direito Internacional Público*. v. 1. Belo Horizonte: Bernardo Alvares Editora, 1958.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado. 1988.

_____. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980. Estatuto do Estrangeiro.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CAHALI, Yussef. *Estatuto do Estrangeiro*. São Paulo: Saraiva, 1983.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Direito na Sociedade Complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*. 2 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

CANCLINI, Néstor García. *La Globalización Imaginada*. Buenos Aires: Paidós, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CAPELLA, Juan Ramón. *Os Cidadãos Servos*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CAPELLER, Wanda de Lemos. A Transnacionalização no Âmbito Penal: reflexões sobre as mutações do crime e do controle. *In: Anuário Direito e Globalização, 1: a Soberania*. Celso de Albuquerque Mello (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CATELANI, Giulio. *I Rapporti Internazionali in Materia Penale*: estradizione, rogatorie, effetti delle sentenze penali stranieri. Milano: Giuffrè Editore, 1995.

CERVINI, Raul. Principios de la Cooperacion Judicial Internacional en Asuntos Penales. *In Curso de Cooperación Penal Internacional*. Universidad Catolica Del Uruguay Damaso A. Larrañaga. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994, p. 28-74.

CHAPARRO, Verônica Zárate. O Estrangeiro à luz do Direito Internacional e do Direito Brasileiro: breves considerações. *In Curso de Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luís Ivani de Amorim Araújo pelo seu 80^a.*

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena e BARALDI, Cláudio. *Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann*. Prefacio de Niklas Luhmann. Traducción de Miguel Romero Pérez y Carlos Villalobos. Bajo la coordinación de Javier Torres Nafarrate. Barcelona : Anthropos, México DF: Universidad Iberoamericana; Guadalajara : Iteso, 1996.

COSTA, José de Faria. Em redor do *nomos* (ou a procura de um novo *nomos* para o nosso tempo). *In Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. António José Avelãs Nunes, Jacinto de Miranda Coutinho (orgs.) . Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

COSTA, Nelson Nery. *Ciência Política*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CUNHA, Guilherme da. *As Dimensões Política e Humanitária da criação do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: http://dhnt.org.br/direitos/sip/tpi/Textos/tpi_cunha.html. Acesso em: 01.07.2007.

DARDEAU DE CARVALHO, Alcino. *Situação Jurídica do Estrangeiro no Brasil*. 1 ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1976.

DE GIORGI, Raffaele. *Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: SAFE, 1998.

DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. Reflexões sobre a Extradicação na Contemporaneidade. *In Curso de Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luís Ivani de Amorim Araújo pelo seu 80ª aniversário*. Coord. Florisbal de Souza Del'Olmo. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. A Extradicação na Contemporaneidade. Breves reflexões. *In Cadernos do Programa de Pós Graduação em Direito*. PPG Dir./UFRGS. N. 1º – Porto Alegre: UFRGS, 2004.

_____. *A Extradicação no Alvorecer do Século XXI*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DOURADO, C. *CPI do tráfico de órgãos vai indiciar 30 pessoas*. Disponível em: <<http://www.bio-direito-medicina.com.br>>, Acesso em: 01.05.2007.

FARIA, A. Bento. *Código Penal Brasileiro Comentado*. Rio de Janeiro: Distribuidora Record Editora, v. 1, 1958.

FARIA, Bento de. *Sobre o Direito Extradicional*. Rio de Janeiro: Jacientho Ribeiro Santos, 1930.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na Economia Globalizada*. 3ª Ed. – São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Criminalità e globalizzazione*. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 11, n. 42. Número especial. São Paulo. Janeiro/março 2003.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1997.

GENTILI, P. (org.) *Globalização Excludente: Desigualdade, Exclusão e Democracia na nova Ordem Mundial*. Petrópolis: Vozes, 2000.

GIDDENS, Anthony. *As Conseqüências da Modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.

GORAIEB, Elizabeth. *A Extradicação no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Mauad, 1999.

_____. Tribunal Penal Internacional: uma conquista contra a impunidade. *In Curso de Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luís Ivani de Amorim Araújo pelo seu 80ª aniversário*. Coor. Florisbal de Souza Del'Olmo. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 243-284.

GRAU, Eros Roberto. Mercado, Estado e Constituição. *In Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*. Antônia José Avelãs Nunes, Jacinto de Miranda Coutinho (orgs.). Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As Garantias Processuais na Cooperação Internacional em Matéria Penal. *In O Direito Internacional no Terceiro Milênio: estudos em homenagem ao Professor Vicente Marotta Rangel*. Luiz Olavo Baptista e José Roberto Franco da Fonseca (Coords). – São Paulo: Ltr, 1998.

GRUPPI, Luciano. *Tudo começou com Maquiavel: As concepções de Estado em Marx, Lênin e Gramsci*. – 36 ed. Porto Alegre: L&PM Editores, 1980.

GUERRA, Sidney. A Quarta Onda Globalizante e os desafios para o Direito Internacional. *In Revista da Faculdade de Direito de Campos*. Ano IV, n. 4; Ano V, n. 5. Campos dos Goitacases: Ed. FDC, 2003-2004, p. 341-357.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria da Ação Comunicativa*. Madrid: Taurus, 1989.

HERDEGEN, Matthias. *Derecho Internacional Público*. Trad. Marcela Anzola Ll. M. México: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

HESPANHA, Benedito. *O Poder Normativo da Internet e a Regulamentação dos Crimes Virtuais*. Uma análise crítica à legislação penal brasileira. In: *Justiça do Direito*. Vol. 1, n. 16. - Passo Fundo: UPF editora, 2002, p. 29-63.

IANNI, Octavio. *A Sociedade Global*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

IZUZQUIZA, Ignacio. Introducción: la urgencia de una nueva lógica. In: LUHMANN, Niklas. *Sociedad y Sistema: la ambición de la teoría*, p. 9-39, 1997.

JAPIASSÙ, Carlos Eduardo Adriano. A Corte Criminal Internacional. Possibilidades de adequação do Estatuto de Roma à Ordem Constitucional Brasileira. In KOSOVSKI, Ester e ZAFFARONI, Eugenio Raúl (orgs.). *Estudos em homenagem ao prof. João Marcello de Araujo Junior*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 81-101.

JESUS, Damásio E. D. *Tráfico Internacional de Mulheres e Crianças*. Brasil. São Paulo: Saraiva, 2003.

JIMENEZ DE ARECHAGA, Eduardo; VIGNALI, Herber Arbuet e RIPOLL, Roberto Puceiro. *Derecho Internacional Público*, vols. I-IV, 2º ed., Montevideu : Fundação de Cultura Universitária, 1996.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. de Joaquim Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOBATO, Anderson Cavalcante. Os Desafios da Proteção Jurisdicional dos Direitos sociais, econômicos e culturais. In: *Estudos Jurídicos*. Vol. 32, nº 86, setembro-dezembro de 1999, p.05-24. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 1999.

LUFT, Celso Pedro. *Minidicionário Luft*. Col. Francisco de Assis Barbosa, Manuel da Cunha Pereira; org. e sup. Lya Luft. São Paulo : Ática, 2000.

LUHMANN, Niklas. *A Improbabilidade da Comunicação*. 3. ed. Trad. Anabela Carvalho. Lisboa: Passagens, 2001.

_____. *Observaciones de la Modernidad: Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997.

_____. *Sociologia do Direito I* Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

_____. *Sociologia do Direito II*. Trad. Gustavo Bayer. 2º ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

_____. *Sistemas Sociales: lineamentos para una teoría general*. Trad. Javier Torres Nafarrate (coord.). México: Alianza Editorial/Univesidad Iberoamericana, 1991.

_____. Entrevista realizada no dia 7.12.1993, Recife, PE In: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. Conhecimento como Construção. In NEVES, Clarissa Eckert Baeta; SAMIOS, Eva Machado Barbosa (Org.). *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Tradução por: Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Editora Universidade/ UFRGS, p. 93-111, 1997.

_____. *O Enfoque Sociológico da Teoria e Prática do Direito*. Seqüência - Estudos Jurídicos e Políticos: Revista da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, nº 28, p. 15-29, junho de 1994.

_____. *Niklas Luhmann: a nova teoria dos sistemas*. Org. por Clarissa Eckert Baeta Neves e Eva Machado Barbosa Samios. – Porto Alegre : Ed. Universidade UFRGS. Goethe-Institut/ICBA, 1997.

_____. *El Derecho de la Sociedad*. Trad. de Javier Torres Nafarrate e colaboração de Brunhilde Erker, Silvia Pappé e Luis Felipe Segura. México : Universidade Iberoamericana, 2002.

_____ e DE GEORGI, Raffaele. *Teoría de la Sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate (coord.). Jalisco: Univesidad de Guadalajara, 1993.

MÄDCHE, Flavia Clarici; DUTRA, Jeferson Luiz D. Introdução à Teoria Sistêmica. *In Anuário do programa de pós-graduação em Direito- Mestrado e Doutorado*. Leonel Severo Rocha; Lenio Streck; (Org.). São Leopoldo: UNISINOS, 2003.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. O uso Criativo dos Paradoxos do Direito: a aplicação dos princípios gerais do direito pela corte de justiça européia. *In ROCHA, Leonel Severo (org.). Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997.

MAQUIAVÉL, Nicolau. O Príncipe. *In Os pensadores*. São Paulo: Nova cultural, 1999.

MARTIN, Hans-Peter e SCHUMANN, Harald. *A Armadilha da Globalização*. Trad. Waldtraut U. E. Rose e Clara C. W. Sackiewicz. – São Paulo: Globo, 1997.

MARTINS. Flávio Alves. “Globalização” e Contemporaneidade. *In Curso de Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luís Ivani de Amorim*

Araújo pelo seu 80^a aniversário. Coor. Florisbal de Souza Del’Olmo. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MATTOS, Adherbal Meira. Soberania e a Nova Ordem Mundial. *In Curso de Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luís Ivani de Amorim Araújo pelo seu 80^a aniversário*. Coor. Florisbal de Souza Del’Olmo. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Tratados Internacionais: (com comentários à Convenção de Viena de 1969)*. 2^a ed., rev, ampl. e atual. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

MEIRRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25^a ed. rev. atual. Por Eurico de Andrade Azevdo, Décio Balestero Aleixo e José Manuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELIÁ, Manuel Cancio. “Derechos Penal” del Enemigo y Delitos de Terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000. *In Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. CALLEGARI, André Luís, GIACOMOLLI, Nereu José e KREBS, Pedro (Coords). Ano 3, n. 5, Janeiro/Abril 2002. Porto Alegre: CEIP, p. 201-216.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 13^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. O §2º do artigo 5º da Constituição Federal. *In Teoria dos Direitos Fundamentais*. Ricardo Lobo Torres (org) 2^a ed., rev., e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA: *Guia para Orientação a estrangeiros no Brasil*. Departamento de Estrangeiros da Secretaria de Justiça, Brasília-DF, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAIS, José Luis Bolzan. *As Crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MORIN, Edgar. *Os Problemas no fim do Século*. Editorial Notícias. 3ª Ed., p. 12.

NAFARRATE, Javier Torres. *Galáxias de Comunicação: o legado teórico de Luhmann*. Editora Lua Nova n. 51

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Comentários à Constituição Federal: direito e garantias fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e função do direito na teoria da sociedade *In* ROCHA, Leonel Severo (org.). *Paradoxos da Auto-observação*. p. 220-242, 1997.

OHMAE, Kenichi. *O Fim do Estado-nação*. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Campus, 1996.

OPPENHEIM. *Tratado de Derecho Internacional Público*. Tradução de Lopez Olivan e J.M.Casterial, I,II, Barcelona,1961.

PASSOS, J.J. Calmon de. Globalização, Direito e Política, *in Globalização e Direito*. Rio de Janeiro: Forense.

PEREIRA, Antônio Celso Alves. A Nova Estratégia de Segurança Nacional dos Estados Unidos: aspectos políticos e jurídicos. *In Curso de Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luís Ivani de Amorim Araújo pelo seu 80º aniversário*. Florisbal de Souza Del'olmo (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 59-81.

PETERSEN, Aurea. O Estado. *In Ciências Políticas: textos introdutórios*. Porto Alegre: Mundo Jovem, 1997.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PIOVESAN, Flávia. *Princípio da Complementariedade e Soberania*. Disponível em: <http://dhnt.org.br/direitos/sip/tpi/Textos/tpi_piovesan.html>. Acesso em: 05.07.2007

PODESTÁ COSTA, Luis A. e RUDÁ, José Maria. *Derecho Internacional Público*. V. 1. 5 ed. Buenos Aires: TEA, 1985.

PRIGOGINE, Ilya. *Apenas uma Ilusão? O fim das certezas: o Tempo, Caos e as Leis da Natureza*. Trad. de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Universidade Estadual Paulista, 1996.

REZEK, José Francisco. *Perspectiva do Regime jurídico da Extradicação*. Estudos de direito público em homenagem a Aliomar Baleeiro. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1976.

_____. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RICUPERO, Rubens. Normas Internacionais de Proteção e Dificuldades Internas. In TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (Ed.) *A Incorporação das Normas Internacionais de proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro*. São José, CR: IIDH, ACNUR, CIVIC, CUE, 1996, p. 164-173.

RIDRUEJO, José A. Pastor. *Curso de Derecho Internacional Publico y Organizaciones Internacionales*. 5ª ed. Madrid: Tecnos, 1994.

ROCHA, Leonel Severo. *Introdução à Teoria do Sistema Autopoiético do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed, 2005.

_____ e DUTRA, Jeferson Luiz DellaValle. Notas Introdutórias à Concepção Sistemista de contrato. *In Anuário do programa de pós-graduação em Direito- Mestrado e Doutorado*. Leonel Severo Rocha; Lenio Streck; (organizadores). São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

_____, CARVALHO, Delton Winter de. Auto-referência, Circularidade e Paradoxos na Teoria do Direito. *In: Anuário do programa de pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado*. Leonel Severo Rocha; Lenio Streck; (organizadores). São Leopoldo: UNISINOS, 2002.

_____. Interpretação Jurídica e Racionalidade *Rev. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos* 35. Florianópolis/SC : UFSC, 1997.

_____. O Direito na forma da Sociedade Globalizada. *In Anuário do programa de pós-graduação em Direito- Mestrado e Doutorado*. Leonel Severo Rocha; Lenio Streck; (organizadores). São Leopoldo: UNISINOS, 2001.

_____. *Epistemologia Jurídica e Democracia*. 2ª ed. São Leopoldo: UNISINOS, 2001.

ROCHA, Ruth. *Minidicionário*. São Paulo: Scipione, 1996.

RODAS, João Grandino. *A Entrega de Nacionais ao Tribunal Penal Internacional*. Disponível em: <http://dhnt.org.br/direitos/sip/tpi/Textos/tpi_grandino.html>. Acesso em: 14.06.2007

RODRIGUES, Tirzáh e ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de. Relevância do Direito nas transformações do Estado. *In Direitos sociais e Políticas públicas: desafios contemporâneos*. – Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2003.

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. *Criminalidade e Violência Global*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social e outros ensaios*. São Paulo: Ed. Cultrix, 1978.

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. *A Extradicação no Direito Internacional e no Direito Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

SÁNCHEZ, Guillermo Colín. *Procedimientos para la Extradición*. México: Editora Porrúa, S/A, 1993.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

SILVA, Roberto Luiz. *Direito Internacional Público*. 2 ed. Delo Horizonte: Del Rey, 2002.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *As Novas Tendências do Direito Extradicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

STF. Ext 1041 / EU. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA EXTRADIÇÃO; Relator(a): Min. EROS GRAU; Julgamento: 16/11/2006; Órgão Julgador: Tribunal Pleno; DJ 16-03-2007.

STRECK, Lênio Luiz e MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2 ed. rev. ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. 11ªed., vol II; Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.

TEUBNER, Gunther. *Direito, Sistema e Policontextualidade*. Trad. Brunela Vieira de Vicenzi, Dorothee Susanne Rüdiger, Jürgen Volker Dittberner, Patrícia Stazione Galizia e Rodrigo Octávio Broglia Mendes. Piracicaba: Editora Unimep, 2005.

_____. *O Direito como Sistema Autopoiético*. Trad. e prefacio José Engrácia Antunes. Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TREDINNICK, Felipe. El Estado, ese desconocido. *In Curso de Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Prof. Dr. Luís Ivani de Amorim Araújo pelo seu 80º aniversário*. Coord. Florisbal de Souza Del'Olmo. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 317-327.

UNIVERSIDAD CATOLICA DEL URUGUAY DAMASO A. LARRAÑAGA. *Curso de Cooperación Penal Internacional*. Montevideo: Carlos Alvarez, 1994.

VALENTE, Augusto José Monteiro. *Os Novos Desafios da Segurança*. Disponível in: <http://www.republicadireito.com>. Acesso em: consultado em 29.07.2007.

VELOSO, Kleber Oliveira. *O Instituto Extradicional*. Goiânia: AB, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Imunidades de Jurisdição e Foro de Prerrogativa de Função*. Disponível em: <http://dhnt.org.br/direitos/sip/tpi/Textos/tpi_vieira.html> Acesso em: 01.07.2007.

_____. *Reflexos do Tribunal Penal Internacional no Brasil*. Disponível em: <http://dhnt.org.br/direitos/sip/tpi/Textos/tpi_vieira.html> Acesso em 01.07.2007

WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e Ensino do Direito: o sonho acabou*. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

_____. *Territórios Desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade*. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. Novos pressupostos para a temática dos direitos humanos. *In* RÚBIO, David Sánchez, FLORES, Joaquín Herrera e CARVALHO, Salo de (Orgs.). *Direitos Humanos e Globalização. Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

YAMAMOTO, Toru. *Direito Internacional e Direito Interno*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.