



Ítalo Bardi

CONTRIBUTO PARA O ESTUDO DA RESPONSABILIDADE DOS ESTADOS POR VIOLAÇÕES DE DIREITOS NOS PROCEDIMENTOS DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL

Mestrado em Direito / Menção em Ciências Jurídico-Criminais

Julho/2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Ítalo Bardi

Contributo para o estudo da responsabilidade dos Estados por violações de direitos nos procedimentos de cooperação internacional em matéria penal

Contribution to the study of the responsibility of States for violations of rights in international cooperation procedures in criminal matters

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de mestre), na Área de Especialização em Ciências jurídico-criminais.

Orientador: Professor Doutor António Pedro Nunes Caeiro

Coimbra, 2016

AGRADECIMENTOS

Dedico este trabalho a toda minha família, sem a qual nenhuma conquista minha faria sentido. Aos meus pais e irmão, que acreditaram e investiram no meu desenvolvimento.

“A verdadeira felicidade está na própria casa, entre as alegrias da família.”

Leon Tolstoi

Aos meus amigos, aqueles de quem recebi apoio nos momentos mais difíceis, e com quem compartilhei minhas conquistas. Com vocês, a caminhada foi mais fácil.

”Amigos são a família que nos permitiram escolher.”

William Shakespeare

Aos meus professores, pelos conhecimentos que superam e vão além da técnica.

“Educação é aquilo que fica depois que você esquece o que a escola ensinou.”

Albert Einstein

Ao meu orientador, por aceitar a tarefa de acompanhar o presente trabalho, pela paciência, confiança e inspiração.

“O professor medíocre conta. O bom professor explica. O professor superior demonstra. O grande professor inspira.”

William Arthur Ward

CONTRIBUTO PARA O ESTUDO DA RESPONSABILIDADE DOS ESTADOS POR VIOLAÇÕES DE DIREITOS NOS PROCEDIMENTOS DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL

RESUMO

A dimensão das relações das partes envolvidas nos procedimentos de cooperação internacional em matéria penal sofreu intensas alterações após a identificação dos novos sujeitos do Direito Internacional. O surgimento dos entes de características transnacionais, a aproximação da comunidade internacional e a intensificação da circulação de pessoas, bens e serviços entre os Estados, decorrentes dos avanços tecnológicos e dos meios de comunicação, permitiu uma nova perspectiva sobre as finalidades dos mecanismos de cooperação internacional em matéria penal.

Nesse novo cenário, se reforçam os questionamentos sobre a validade e sobre a regularidade dos instrumentos de cooperação mútua entre os Estados para a persecução penal. Isso porque, o indivíduo alcançou o patamar de sujeito do Direito Internacional, e se tornou diretamente ligado ao procedimento de cooperação internacional em matéria penal, gozando de uma pluralidade de direitos e garantias, as quais não eram objeto de análises em momentos passados, nos quais se entendia que apenas os Estados eram os destinatários finais das normas internacionais.

Assim, o estudo da relação existente entre os Estados (Requerente e Requerido) e a Pessoa Requerida confirma a existência de um nexo de responsabilidade entre estes participantes, na medida em que uma decisão ou ato nos procedimentos de cooperação internacional em matéria penal pode sujeitar a pessoa a uma violação do seu direito assegurado. Afinal, a titularidade do indivíduo alcança não só as suas obrigações, mas também os direitos e garantias do Direito Internacional, cuja observância é necessária, devendo os atores mediatos dos procedimentos de cooperação internacional em matéria penal orientar seus atos no sentido de respeitar e garantir a mais ampla proteção a estes direitos assegurados.

Estas garantias, em regra, estão expressas em normas cogentes do Direito Internacional, e por vezes se manifestam de forma idêntica no direito interno de cada Estado. Considerando que as normas do Direito Internacional estabelecem um patamar mínimo na fixação destes direitos e das garantias individuais, nada impede que os Estados legislem de forma extensiva no seu direito interno, notadamente em se tratando de normas de direito e processo penal, bem como as relativas às liberdades individuais e aos direitos humanos de primeira geração.

Por esta razão, o Estado Requerente deve observar os limites aos quais está adstrito antes de dirigir seu pedido de cooperação internacional, e especialmente o Estado Requerido deve atentar para as garantias reconhecidas tanto no âmbito do seu direito interno, bem como para aquelas que se obrigou perante a comunidade internacional, ao decidir e instrumentalizar os procedimentos internamente.

Caso contrário, a violação aos direitos e garantias individuais nos procedimentos de cooperação internacional estará configurada, e atrairá a responsabilidade do Estado agressor, tal qual definida no âmbito do Direito Internacional, devendo-se estabelecer os critérios para sua identificação, avaliação, punição e reparação.

O objetivo desse estudo, portanto, é explorar os limites impressos por ocasião da evolução dos procedimentos de cooperação internacional em matéria penal, que em regra decorrem das garantias asseguradas aos indivíduos em matéria de direitos humanos, bem como as responsabilidades dos Estados por eventuais atos internacionalmente ilícitos que as violem.

Palavras-chave: Cooperação internacional em matéria penal; Direito Internacional; Normas cogentes; Responsabilidade internacional por violação.

CONTRIBUTION TO THE STUDY OF THE RESPONSIBILITY OF STATES FOR VIOLATIONS OF RIGHTS IN INTERNATIONAL COOPERATION PROCEDURES IN CRIMINAL MATTERS

ABSTRACT

The relations coverage of the parties involved in international cooperation procedures in criminal matters has undergone intense changes after new subjects of international law were identified. The emergence of transnational figures, the approach of the international community and the growth of people traffic, goods and services between Member States arising from technological advances and the media, allowed a new perspective on the purposes of international cooperation mechanisms in criminal matters.

This new scenario reinforces questions about the validity and the regularity of cooperation instruments among states for criminal prosecution. This happens because the individual has reached the level of subject of international law, and became directly linked to the international cooperation procedure in criminal matters, enjoying a plurality of rights and guarantees, not analyzed in past times, when only States were the final recipients of international standards.

Thus, the study of the relationship between the States (Claimant and Respondent) and the Required Person confirms that exists a responsibility between these participants, to avoid that a decision or act in international cooperation procedures in criminal matters violates rights and guarantees. After all, the status of individual reaches not only their obligations but also the rights and guarantees of international law.

These guarantees, as a rule, are positively valued in cogent norms of international law, and sometimes manifest identically to the domestic law of each State. Whereas the rules of international law establish a minimum level in the setting of these rights and individual guarantees, nothing prevents States to legislate broadly in their national law, especially when it comes to law and criminal procedure as well as those related to individual freedoms and human rights of the first generation.

For this reason, the Requesting State shall observe the limits attached before directing their request for international cooperation, and especially the Requested State should pay attention to the guarantees recognized under its domestic law, as well as those created by the international community, to decide and operate the procedures internally.

Otherwise, the violation of individual rights and guarantees in international cooperation procedures will be set up, and attract the responsibility of the aggressor state, as its defined under international law.

The purpose of this study, therefore, is to explore the limits printed in the development of international cooperation procedures in criminal matters, which generally arise from guarantees provided to individuals related to human rights, such as explore the responsibilities of States in case of violations.

Keywords: International cooperation in criminal matters; International rights; cogent standard; International responsibility for violation.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AFDI - Annuaire français de droit international

AMPL - Ampliada

ATUAL – Atualizada

CDFUE – Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia

CEDH – Convenção Europeia de Direitos do Homem

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CIJ – Corte Internacional de Justiça

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DH – Direitos Humanos

DI – Direito Internacional

DIDH – Direito Internacional dos Direitos Humanos

DIH – Direitos Internacional Humanitário

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

DIP – Direito Internacional Público

EC – Emenda Constitucional

ED – Edição

IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IDI – *Institut de Droit International*

IDPEE – Instituto de Direito Penal Económico e Europeu

OC – Opinião Consultiva

OEA – Organização dos Estados Americanos

ONU – Organização das Nações Unidas

OSCE – Organização para a Segurança e Cooperação da Europa

RBCC – Revista Brasileira de Ciências Criminais

REV – Revista

TEDH – Tribunal Europeu de Direitos do Homem

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia

TPI – Tribunal Penal Internacional

TPII – Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia

UE – União Europeia

UNAFEI – The United Nations Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
-----------------	----

CAPÍTULO I: A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL E SEUS RESPECTIVOS LIMITES

1. Introdução.....	18
2. A perspectiva histórica da cooperação internacional em matéria penal.....	21
3. Aspectos atuais da cooperação internacional em matéria penal e a teoria da personalidade do Direito Internacional.....	29
4. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais e o paradigma <i>ius cogens</i>	43
a. O direito internacional dos direitos humanos e a cooperação internacional.....	48
5. Os limites da cooperação internacional em matéria penal.....	55
a. A legislação Portuguesa e o plano Europeu.....	57
b. Novos limites à cooperação internacional em matéria penal.....	61

CAPÍTULO II: A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL

1. Introdução.....	68
2. Sobre a evolução da responsabilidade internacional decorrente de violações..	69
3. O fundamento da pertinência da responsabilidade internacional nos procedimentos de cooperação internacional em matéria penal.....	71
4. As dimensões das responsabilidades dos Estados Requeridos face à violação das garantias e direitos dos indivíduos.....	74
5. Algumas problematizações.....	77
a. O caso Abu Salem e o Estado Português.....	78

CONCLUSÃO.....	83
----------------	----

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	88
---------------------------------	----

REFERÊNCIAS DE LEGISLAÇÃO, ESTATUTOS, TRATADOS E CONVENÇÕES..	96
---	----

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS.....	98
-----------------------------------	----

INTRODUÇÃO

Os temas que serão tratados não são recentes.

A cooperação internacional em matéria penal tem referência nos séculos passados, com o início do fluxo migratório entre os territórios controlados por governos distintos, decorrentes das revoluções e avanços do comércio, bem como da necessidade dos reis de aplicar suas leis penais em indivíduos que estariam além da sua jurisdição, fazendo nascer a necessidade de colaboração entre Estados soberanos.

Ainda que a doutrina e os estudiosos divirjam com relação as datas dos primeiros atos de cooperação internacional em matéria penal que ocorreram entre os Estados¹, é fato que a sua prática é antiga, e o seu procedimento se desenvolveu ao longo dos séculos, no seio da comunidade internacional.

Isso não significa, contudo, que o atual mecanismo de cooperação internacional em matéria penal se apresente como meio hábil para satisfazer plenamente os interesses daqueles envolvidos. A razão do constante e necessário estudo sobre este tema demonstra que este mecanismo demanda permanente análise e regulação.

De igual modo, o Direito Internacional surgiu e evoluiu desde as civilizações antigas, a partir do surgimento da pluralidade de Estados, da expansão do conceito de soberania, das relações econômicas internacionais, das guerras internas e externas, e da necessidade de uma coexistência regulada entre todos eles, visando atingir a finalidades diversas.

Contudo, como assinalam *Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier e Alain Pellet*, o Direito Internacional “*Assim como a sociedade internacional... não é homogêneo. É feito de justaposição de regras gerais e de regras particulares cuja combinação é por vezes difícil.*”²

O aperfeiçoamento deste ramo do direito, que estabeleceu os parâmetros para relação dos Estados, contribuiu de forma fundamental para o desenvolvimento do aparato de cooperação internacional em matéria penal. E não poderia ser diferente se analisarmos que a própria cooperação internacional em matéria penal surgiu da relação dos Estados.

¹ A doutrina aponta como o primeiro caso de extradição o ocorrido através do Tratado de Kadesh, entre Ramsés II, do Egito, e o Rei Hattuschili II, de Chetta, no ano de 1291 a.C. No registro português, houve um tratado de extradição datado de 1360 entre Portugal e Espanha, celebrado pelos respectivos reis D. Pedro I de Portugal e D. Pedro I de Castela para entrega recíproca de refugiados. *In* BUCHO, José Manuel da Cruz (compil). **Cooperação internacional penal**. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2000, p. 16-21.

² DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. Tradução Vítor Marques de Coelho, 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003, p. 41.

Atualmente, apesar de existirem outros organismos transestatais, bem como Tribunais Internacionais, é na relação bilateral dos Estados que se desenvolvem a maioria destes procedimentos de cooperação internacional. Assim, o contributo da evolução do Direito Internacional é de suma importância, e não ficará de fora do presente estudo.

Os direitos do homem, igualmente, datam de tempos antigos. Apesar de ter como referência os séculos passados, anos de ideais libertários e iluministas, pode-se dizer que são inovações em uma civilização que demonstra imaturidade na sua aplicação, fiscalização e desenvolvimento.

Estes direitos também sofreram forte influência do Direito Internacional, na medida em que algumas de suas previsões assumiram posição de norma cogente, obrigando aos Estados a sua observância para a preservação dos povos e dos princípios jurídicos fundamentais, imposições estas que em regra são dirigidas aos ordenamentos jurídicos e lhes proporciona coerência.

Em suma, como aponta o Professor Doutor *Wladimir Brito*, tais princípios assumem o caráter de “... ideias universais e eternas de justiça, dedutíveis, através da razão pura, das exigências próprias da natureza humana”³, e conclui afirmando que “... constituem um importante fundamento sociológico do Direito Internacional”⁴.

Estes direitos, exprimidos através dos princípios de ordem cogente, serão objeto do presente trabalho uma vez que, considerando o desenvolvimento do Direito Internacional e do aparato de cooperação internacional em matéria penal, possuem intrínseca relação com os outros dois temas.

Contudo, apesar de a cooperação internacional em matéria penal entre os Estados, o Direito Internacional e os direitos humanos, se identificarem ao longo dos séculos, surgiram questões de ordem prática que tornaram necessário repensar a relação que existe entre eles.

Veja-se que o desenvolvimento das civilizações e das tecnologias permitiu o avanço dos povos, o crescimento do comércio e o impulso do fluxo migratório. Sobre este tema, discorre o Professor Doutor *Wladimir Brito*:

“Tal avanço tecnológico, que abriu as portas do espaço cósmico, tornou complexa a rede de intercomunicação entre os indivíduos e

³ BRITO, Wladimir. **Direito internacional público**. 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 32.

⁴ BRITO, Wladimir. **Direito internacional público**. 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 33.

*os povos, facilitou a difusão de conhecimento e obrigou à cooperação internacional à escala mundial.”*⁵

Neste cenário, as fronteiras entre Estados se tornaram uma realidade geográfica e simbólica, na medida em que a circulação se intensificou.

Esta globalização se apresentou como um meio de facilitar a circulação de pessoas e de produtos entre Estados, e as mudanças vêm demonstrando a capacidade de proporcionar o desenvolvimento sistêmico da economia e, por consequência, do próprio Estado e da sociedade.

Se por um lado, o desenvolvimento ocorrido no último século, especialmente em momentos nos quais a civilização se deparava com grandes guerras, serviu para demonstrar a capacidade do homem em inventar e desenvolver novas tecnologias, bem como a habilidade de conflitar ou de se aliar a determinados povos, por outro lado também demonstrou a sua capacidade para ignorar e violar direitos e garantias fundamentais dos indivíduos⁶.

É também em decorrência disso, e talvez na mesma velocidade de expansão, que se identificam novos meios de fraude às normas legais, e meios de evasão à aplicação das leis penais, bem como violações aos princípios fundamentais do direito.

Assim, se mostra necessário o desenvolvimento do aparato de cooperação entre os Estados, dentre estes, a cooperação judiciária, em especial a relacionada à matéria penal, sem que se prejudiquem os direitos do homem, sempre buscando referências naquele

⁵ BRITO, Wladimir. **Direito internacional público**. 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 62.

⁶ Assim aponta a doutrina, assinalando que: “*Aunque el reconocimiento y protección de los derechos humanos básicos pertenece al Estado, el siglo XX fue testigo de que con alarmante frecuencia el Estado no sólo no cumple con esta tarea sino que se convierte con frecuencia en agente de violación de los mismos. Fueron los acontecimientos que provocaron la Segunda Guerra Mundial los que hicieron patente tan dramático hecho. Millones de vidas fueron el trágico saldo de los excesos cometidos por diferentes Estados convertidos en auténticos verdugos.*” In CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEYTRIGENT, Gérard; SANTIAGO, Jaime Ruiz de. **Las Tres Vertientes de la Protección Internacional de los Derechos de la Persona Humana**. Cidade do México: Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2003, p. 57. No mesmo sentido, a autora Danielle Cândido Oliveira acrescenta que “*A destruição e os massacres ocorridos na Segunda Guerra Mundial levaram a sociedade internacional a duas importantes conclusões. A primeira, de que a paz duradoura só seria conseguida através da cooperação dos Estados e do desenvolvimento de meios pacíficos para a solução das controvérsias. A segunda, que a proteção dos direitos humanos não poderia ser deixada exclusivamente a cargo do direito interno dos Estados.*”, cf. OLIVEIRA, Danielle Cândido de. **A responsabilidade internacional do Estado por violação a normas protetoras de direitos humanos**. 2011. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 8. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-31072012-093742/>>. Acesso em 15 de junho de 2016. Interessante mencionar que a citada autora elabora completa e extensa análise da possibilidade de utilizar as contramedidas, instrumento do Direito Internacional, para a proteção dos valores e interesses recém desenvolvidos no seio deste mesmo diploma.

desenvolvimento do Direito Internacional, bem como na expansão e desenvolvimento dos direitos humanos.

Então, surge a urgência de potencializar os mecanismos de extradição, haja vista sua íntima relação com o direito de cada Estado.

Este procedimento de cooperação estabelece uma horizontalidade entre os Estados, que se auxiliam na persecução penal, e é repleto de requisitos e procedimentos de necessária observância, conjugando o direito interno de cada Estado, com aquilo universalizado em matéria de Direito Internacional, normas as quais cada um se obrigou no seio da comunidade mundial.

No âmbito do direito interno, a cooperação internacional em matéria penal pode ser encarada como meio de afirmação da jurisdição subjetiva penal – consequente reflexo da sua soberania – para além dos limites territoriais. No âmbito do Direito Internacional, a cooperação demonstra ser necessária para evitar a evasão às leis penais, e para estabelecimento do controle sobre a criminalidade e sobre os indivíduos. Afinal, se ela não existisse, os Estados deveriam aceitar em seu território pessoas que cometeram crimes em outros países e sob outras leis, não podendo delas se desfazer para fins de entrega à outra jurisdição para responder ou cumprir à lei penal.

Esta horizontalidade que existe entre os Estados parecia, *prima facie*, ignorar a presença de um terceiro elemento, a pessoa requerida – detentora de direitos e garantias – que de alguma forma possui vínculos com ambos Estados. Pouco se avaliava sobre a situação do indivíduo perseguido, e muito se estudava sobre os interesses dos Estados envolvidos.

Contudo, a evolução do Direito Internacional passou a firmar o entendimento de que os indivíduos, *per si*, também participam da comunidade internacional. É a partir da teoria da personalidade, e do respetivo reconhecimento do indivíduo, que os singulares são encarados como partes do Direito Internacional, podendo dele exigir a observância dos seus direitos e a partir dele devendo sujeitar suas obrigações.

Esta nova perspectiva operou uma nova alteração dos estudos e do desenvolvimento dos mecanismos de cooperação internacional. O ingresso de novas figuras no Direito Internacional exigiu repensar a origem e finalidade das normas deste ordenamento, que agora conta com novos destinatários.

Neste aspecto, pode se afirmar que é a partir do desenvolvimento desta teoria que podemos identificar novos destinatários de direitos e obrigações internacionalmente positivadas e derivadas dos diplomas aos quais os Estados se sujeitaram, dentro de uma comunidade internacional, bem como adotaram para si, internalizando em seus respectivos ordenamentos jurídicos.

Isso porque, a aceitação de que os indivíduos também participam das relações de cooperação internacionais, não mais como o objeto deste regulamento, mas como uma parte propriamente dita, aproxima-nos de analisar os fundamentos, instrumentos, procedimentos e limites destas cooperações entre Estados, em harmonia com as normas que protegem e garantem o respeito pelos direitos destes novos sujeitos envolvidos.

É por essa razão que se verifica que os procedimentos de extradição sofreram particular modificação. Agora, tanto nas hipóteses em que autoriza ou rejeita a cooperação, entre o Estado Requerido e a Pessoa requerida forma-se uma relação jurídica complexa e dinâmica, que merece atenção. De igual modo, o Estado Requerente deve observar a compatibilidade do pedido de cooperação com as normas do Direito Internacional antes de dirigi-lo.

Contudo, considerando que na maioria das vezes é o direito interno do Estado Requerido e as suas obrigações com o Direito Internacional que obstam a cooperação internacional, a extradição sob a perspectiva passiva exigirá maior atenção.

Assim, sob a ótica da extradição passiva, a análise das motivações e implicações jurídicas e políticas das decisões nos procedimentos de extradição, além do vínculo de responsabilidade que se forma entre Estado e Pessoa requerida, demonstra quais são as dimensões e consequências nos planos teórico e prático da utilização deste mecanismo de cooperação e da aplicação da lei penal, em especial no atual cenário do Direito Internacional das pessoas.

Ressalte-se que este tema possui estreita relação com o Direito Internacional, em sentido estrito, e na sua forma mais moderna, a qual “... *não regula apenas as relações entre os Estados, mas alarga sua acção às relações entre outras comunidades*”⁷.

Em suma, a evolução do direito das gentes – *ius gentium* – e o atual paradigma do direito cogente – *ius cogens* – não podem ser afastados quando da interpretação do Direito Internacional para solucionar as relações entre Estados, entre estes e particulares, ou entre

⁷ BRITO, Wladimir. **Direito internacional público**. 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 17.

as comunidades internacionais, principalmente quando da utilização de mecanismos de cooperação.

Afinal, sendo também o Direito Internacional o responsável pelo desenvolvimento e a afirmação dos direitos do homem, não pode ele ignorar a existência destes nos procedimentos de cooperação judiciária internacional em matéria penal, pois, na linha do entendimento do Professor Doutor *Wladimir Brito*:

*“A realidade transformou-se completamente e, com tal transformação, o Direito Internacional entra em crise de adaptação, crise que aponta para, e exige, a necessidade de o repensar, de modo a que sobre o tradicional Direito Internacional, de natureza individualista, se crie um novo Direito Internacional, assente na ideia de um bem comum universal e de uma nova concepção da cooperação internacional, o que exige mais certeza e segurança das normas jurídicas internacionais.”*⁸

É em razão desta relação, que podemos identificar algumas ações adotadas pelos Estados em seus mecanismos de cooperação internacional em matéria penal que, por violar o direito do indivíduo visado no pedido, violam diretamente os direitos humanos e o Direito Internacional.

Deste raciocínio, nasceu a finalidade do presente trabalho.

Em suma, pretende-se analisar quais os limites e fundamentos existentes na cooperação internacional em matéria penal, para, enfim, e se verificada alguma violação, iniciar o estudo das responsabilidades dos agressores, e sua respectiva dimensão.

Para tanto, partindo-se da análise histórica do Direito Internacional, do modelo de cooperação internacional em matéria penal entre os Estados, e dos direitos humanos, objetiva-se identificar os atuais limites existentes a cooperação, bem como imprimir eventuais novos limites, segundo os quais as partes envolvidas nos procedimentos devem orientar suas ações.

De igual modo, se analisará a pertinência temática do estudo da responsabilidade internacional decorrente de violações, e uma possível forma de identificá-las e

⁸ BRITO, Wladimir. **Direito internacional público**. 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 63.

regulamentá-las, visando permitir a coexistência pacífica dos Estados e dos indivíduos no cenário da cooperação internacional.

Para materializar as implicações deste estudo, ainda que de forma sintética e inicial, elegeu-se o procedimento extraditório de Abu Salem, tendo como Estado Requerente a Índia, e Estado Requerido Portugal, tendo em vista o descumprimento de garantias e as violações ao direito da pessoa requerida. Neste aspecto, será de suma importância avaliar os momentos que antecederam a cooperação entre estes Estados, bem como o efeito do descumprimento das garantias para cada um deles.

Ciente de que não será possível enfrentar de forma terminante tais questões, o trabalho irá revisitar as situações problema sob uma nova ótica, aliando o estudo dos mecanismos de cooperação com o Direito Internacional e os direitos humanos, objetivará estabelecer uma nova perspectiva para o estudo e – talvez – uma possível indução para demais casos semelhantes.

CAPÍTULO I

A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL E SEUS RESPECTIVOS LIMITES

1. Introdução

Para o início deste capítulo, e no intuito de definir o âmbito do estudo, são necessárias algumas delimitações indispensáveis para que se tenha a compreensão daquilo que se pretende analisar.

Atualmente existem vários meios de cooperação mútua internacional em matéria penal. Muito embora a mais antiga – e referência de muitos estudos – seja a extradição entre os Estados, ela não é o único meio pelo qual os entes soberanos colaboram. Há também a transmissão de processo penal, que, ao revés daquele primeiro, ocorre através da circulação do instrumento de persecução penal, mantendo-se o indivíduo procurado no mesmo local em que se encontra⁹.

Os Estados utilizam-se, também, da homologação e execução de sentença penal estrangeira, como forma de circulação internacional dos julgados, e visando a aplicação da condenação proferida por jurisdição diversa, bem como a transferência voluntária de

⁹ A transmissão ou transferência de processos foi inicialmente prevista pela Convenção de Viena Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 20 de dezembro de 1988, em seu artigo 8º, que prevê que “*As partes consideram a possibilidade de transmitir entre si os processos criminais relativos às infrações estabelecidas de acordo com o nº 1 do artigo 3.º, nos casos em que essa transmissão se revele necessária no interesse de uma boa administração da justiça.*”. Esta Convenção foi introduzida na legislação brasileira a partir do Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991, disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0154.htm>, e pela legislação portuguesa através da Resolução da Assembleia da República nº 29 de 1991, ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº 45 de 1991, disponível em: < <http://www.gddc.pt/siii/im.asp?id=805>>. De igual modo, a Convenção das Nações Unidas sobre o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 15 de novembro de 2000 prevê no seu artigo 21 que “*Os Estados Partes considerarão a possibilidade de transferirem mutuamente os processos relativos a uma infração prevista na presente Convenção, nos casos em que essa transferência seja considerada necessária no interesse da boa administração da justiça, e, em especial, quando estejam envolvidas várias jurisdições, a fim de centralizar a instrução dos processos.*” Esta Convenção foi introduzida na legislação brasileira a partir do Decreto nº 5.015 de 12 de março de 2004, e pela legislação portuguesa através da Resolução da Assembleia da República nº 32 de 2004, ratificada pelo Decreto do Presidente da República nº 19 de 2004. Ainda que de forma introdutórias, e muito embora exclusivas às matérias que trataram, estas Convenções despertaram a possibilidade de transmissão dos procedimentos penais entre as jurisdições de diversos Estados.

testemunhas, ou de pessoas condenadas às penas privativas de liberdade¹⁰, sendo que, em relação às testemunhas exige-se o consentimento do indivíduo que irá depor, e, em relação aos condenados, é o único procedimento que pode ser iniciado a partir de provocação do indivíduo e por seu interesse.

De forma residual, os Estados prestam auxílio mútuo em matéria penal, com o cumprimento de atos judiciais, tais quais as cartas rogatórias – ou comissão rogatória – de caráter instrutório ao procedimento de persecução penal, ou auxiliam-se em sede de colaboração administrativa de cunho investigativo, policial e de segurança, seja para capturar pessoas procuradas ou para cumprir mandados ou atos que visam encontrar elementos de autoria e materialidade delitiva, como forma de garantir a integridade de determinadas pessoas ou de determinadas situações.

A entrega, ora tratada em seu sentido estrito, é operacionalizada pela cooperação dos Estados-Membros com um Tribunal Internacional, e também constitui modelo de cooperação internacional em matéria penal, muito embora a relação entre as partes mediatas destes procedimentos de cooperação seja de caráter vertical, ou seja, sem que exista uma igualdade entre elas. Isso significa dizer que, apesar da identidade de patamar de todos os Estados-Membros participantes, existe uma entidade – o Tribunal – em um patamar supraestatal com autoridade para exigir, ao menos dos signatários, o cumprimento das suas ordens¹¹.

Contudo, o presente estudo limita-se à análise do mecanismo de cooperação internacional em matéria penal utilizado entre os Estados, que visa permitir a colaboração mútua na persecução e aplicação da lei penal de uma das jurisdições envolvidas, mediante a transferência da pessoa procurada do território do Estado Requerido, para o Estado Requerente.

Será, então, a extradição – como o citado meio de colaboração – o procedimento de cooperação analisado, seja no conteúdo material do pedido ou no conteúdo formal do

¹⁰ Em detalhes, SIMON, Theodore e ATKINS, Richard. Prisoner Transfer Treaties: Crucial times ahead. *In The alleged transnacional criminal*. The second biennial international criminal law seminar. Martinus Nijhoff Publishers: Amsterdam, 1995.

¹¹ Ressalte-se que eventual recusa dos Estados contratantes que aderiram a um Tribunal Internacional pode ensejar uma eventual responsabilidade internacional, podendo ser aplicadas diversos meios de soluções, inclusive pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas (artigo 94, 2, da Carta das Nações Unidas), desde medidas pacíficas, conforme previsão dos artigos 33 a 38 da Carta das Nações Unidas, e até sanções e medidas coercitivas, nos termos dos artigos 39 a 51 da citada Carta. Uma recusa de cooperar com o Tribunal Penal Internacional, por exemplo, também pode ensejar uma manifestação do Conselho de Segurança das Nações Unidas, a teor do que determina o artigo 87, item 7, do Estatuto de Roma.

procedimento. Mais especificamente sobre este mecanismo, o presente trabalho se debruçará na evolução histórica e na superação do paradigma clássico, com o intuito de demonstrar a continuidade do estudo da compatibilidade entre o procedimento em questão e os novos rumos do Direito Internacional, bem como os rumos dos direitos humanos. Assim, e talvez, será possível elaborar e apontar a existência de outros limites, além daqueles já existentes¹², aos atos praticados pelos Estados envolvidos nos procedimentos de extradição.

Isto não afasta do presente estudo os detalhes e os métodos pelos quais se operam os procedimentos de extradição, afinal, serão no decorrer destes atos que identificaremos os meios para afirmar os limites existentes na cooperação internacional. A pesquisa, contudo, se debruçará sobre a evolução histórica da cooperação internacional em matéria penal, e a sua compatibilidade com o direito cogente – haja vista serem estes os responsáveis por imprimir os primeiros limites à cooperação internacional realizada entre Estados¹³. Além disso, através delas é que se poderá avaliar a existência de outras balizas a serem estudadas sobre os procedimentos.

Ademais, também não serão objeto de grandes reflexões os Tribunais Penais Internacionais, muito embora não se ignore as atuações no que concerne à afirmação dos direitos do homem, bem como a contribuição para a emergência do debate sobre um direito penal internacional. Isso porque, a verticalidade nos procedimentos destes órgãos não permite estudar a relação entre Estados, mas tão somente a sujeição dos Estados contratantes ao respectivo Tribunal.

Adicionalmente, muito se discute sobre a legitimidade de Tribunais “*ad-hoc*”, criados para a persecução penal de indivíduos responsabilizados por crimes internacionais, bem como sobre o poder diminuto dos Estados quando são sujeitados a um pedido de entrega realizado por um Tribunal Internacional. Idêntica suspeita de carência de

¹² Após o 2º período da evolução histórica da cooperação internacional em matéria penal, com a expansão do liberalismo, deixou-se de perseguir os criminosos políticos. Posteriormente, com o fim do paradigma clássico, e após o 3º período da evolução histórica, surgiram impedimentos de várias ordens, relativos ao tipo de pena aplicada aos crimes, novamente a natureza política destes, a carência de garantias processuais ao réu, a nacionalidade da pessoa alvo do pedido de extradição. Cf. lições do Professor Doutor Pedro Caeiro no dia 28 de outubro de 2014, na cadeira de Direito Processual Penal, durante o 2º Ciclo de Estudos em Direito, menção em Ciências Jurídico-Criminais, no ano letivo 2014/2015.

¹³ Veja-se que a partir do desenvolvimento do *ius cogens* a comunidade internacional passou a admitir normas as quais todos os sujeitos do direito internacional estariam obrigados, sendo que algumas delas guardam relação íntima com os direitos individuais bem como o positivado em matéria de direito humanos.

legitimidade atinge o Tribunal Penal Internacional, criado por ocasião do Tratado de Roma¹⁴.

Pois, não sendo o objeto deste trabalho abordar, e muito menos superar, qualquer destas discussões, optou-se pela limitação do estudo dos procedimentos de cooperação judiciária internacional em matéria penal no âmbito exclusivamente horizontal, ou seja, aqueles que ocorrem entre Estados, e para o cumprimento da lei penal de cada um deles.

E mais, a eleição deste modelo de cooperação como objeto do presente estudo deu-se, também, pelo fato de este instrumento estar, de certa forma, mais desenvolvido no seio da comunidade internacional, tendo em vista que foi a matriz das demais formas de cooperação que existem atualmente.

Contudo, não existem impedimentos para a transposição da questão da responsabilização para todo o universo da entrega – *latu sensu* – em sede de cooperação internacional em matéria penal.

2. A perspectiva histórica da cooperação internacional em matéria penal.

A cooperação internacional em matéria penal surgiu da necessidade dos Estados de aplicar suas leis penais em face de indivíduos que não estão sob sua jurisdição, muito embora tenham cometido atos contra o seu ordenamento jurídico ou tenham se evadido à execução de sua lei penal.

Como os limites territoriais e a soberania impediam que os Estados ultrapassassem suas fronteiras para atuarem e aplicarem a sua jurisdição em território alheio, a utilização dos mecanismos de cooperação internacional passou a ser a ferramenta para a satisfação mútua dos interesses dos que, até então, eram os sujeitos do direito internacional.

Para o Estado Requerente, que queria ter sob sua jurisdição a pessoa na qual pretendia aplicar ou executar sua lei penal, e para o Requerido, que não teria em seu território pessoa supostamente infratora, a extradição foi o procedimento amplamente

¹⁴ Referida carência de legitimidade destes Tribunais é atribuída pelo fato destes entes “ad-hoc” terem sido criados após conflitos (Tribunal para Ruanda, Tokyo, Nuremberg), permitindo que os *vencidos* fossem julgados pelos *vencedores*. Sobre a superação desta crítica, cf. CAEIRO, Pedro. Alguns aspectos do Estatuto de Roma e os reflexos da sua ratificação na proibição constitucional de extraditar em caso de prisão perpétua. *In Direito e Cidadania* 5, 2003, n° 18, p. 41-60. Sobre os procedimentos previstos no Estatuto, cf. CAEIRO, Pedro. O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no direito português. *In MOREIRA, Vital / ASSUNÇÃO, Maria Leonor / CAEIRO, Pedro / RIQUEITO, Ana Luísa. O TPI e a Ordem Jurídica Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 69-157.

adotado para a persecução dos interesses de cada ordenamento, sem que houvesse violações à soberania de cada Estado.

Historicamente, até o final do século XVIII e início do século XIX, a cooperação entre Estados se dava de maneira isolada. Nestes momentos, o procedimento que ocorria entre os Estados visava satisfazer interesses exclusivamente dos chefes soberanos. Afinal, foi dessa necessidade de perseguição dos inimigos políticos e criminosos de caráter religioso que passaram a cooperar entre si e desenvolver sua perseguição contra seus respectivos opositores¹⁵.

Posteriormente, do início do século XIX até a década de oitenta do século XX, ocorreu o desenvolvimento do modelo de cooperação entre os Estados, fixando-se os primeiros princípios, celebrando-se os primeiros tratados, promulgando-se as primeiras leis, e estabelecendo-se os primeiros limites aos procedimentos de cooperação. Esta evolução acompanhou a evolução do Direito Internacional, em especial com o desenvolvimento do conceito de soberania dos Estados, e sofreu forte influência da Revolução Industrial, responsável por impulsionar o comércio e intensificar o fluxo de pessoas, além de iniciar a comunicação em larga escala.

Atualmente, e desde o início da década de noventa do século XX, com a globalização e o fenômeno da informação, todos os mecanismos de cooperação internacional desempenham um novo papel, uma vez que, superado seu paradigma clássico de relação estritamente horizontal entre Estados, foi-se internalizando uma nova realidade empírica e normativa à cooperação internacional¹⁶, tendo em vista o surgimento de novas entidades dotadas de capacidade e sujeitas ao Direito Internacional, bem como a ocorrência da celebração de diversos tratados e diversas convenções internacionais surgindo da vontade conjunta de uma pluralidade de Estados.

Foi a partir de toda esta evolução que se trabalhou sobre o conceito de cooperação judiciária internacional em matéria penal, o qual pode ser definido, conforme o entendimento do Professor Doutor *António Pedro Nunes Caeiro*, como:

¹⁵ Como faz referência *Eduardo Correia*, ao citar o tratado entre D. Pedro de Portugal e D. Pedro de Espanha para a troca de criminosos políticos de 1360. Cf. CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**, vol 1. Almedina, Coimbra, 2007, p. 186.

¹⁶ Toda esta evolução histórica também foi alvo de análise por ocasião das lições do Professor Senhor Doutor Pedro Caeiro no dia 22 de outubro de 2014, na cadeira de Direito Processual Penal, durante o 2º Ciclo de Estudos em Direito, menção em Ciências Jurídico-Criminais, no ano letivo 2014/2015.

*“Conjunto de procedimentos que visam possibilitar ou facilitar o exercício da ação penal numa dada jurisdição (requerente ou ativa) através da prática de certos atos judiciais por uma jurisdição diferente (requerida ou passiva).”*¹⁷.

Este conceito de cooperação judiciária internacional em matéria penal é, por excelência, materializado de forma completa nos procedimentos de extradição. Isso porque, é neste modelo de procedimento que se envolvem os Estados soberanos, titulares dos seus próprios ordenamentos jurídicos, os quais executam uma sucessão de atos em seus respectivos poder judiciário e poder executivo, visando possibilitar a aplicação ou a execução da lei penal do Estado Requerente, mediante a transferência da pessoa requerida que se encontra sob a jurisdição e sob o ordenamento jurídico do Estado Requerido.

A extradição, então, como mecanismo de cooperação internacional em matéria penal utilizado pelos Estados, é definida pelo Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, Doutor *Eduardo Correia*, como:

*“... o facto pelo qual um Governo remete um indivíduo que se refugiou no seu território ao Governo de um outro Estado para que ele aí seja julgado pelos respectivos tribunais, ou, quando aí já tenha sido julgado, para cumprir a pena que lhe foi aplicada.”*¹⁸

Historicamente, a doutrina diverge sobre o primeiro procedimento existente ou sobre a constituição do primeiro tratado sobre extradição¹⁹. No início, e sendo o primeiro modelo de cooperação internacional, consideravam-se, tão somente os interesses dos Estados envolvidos nos procedimentos. Afinal, como já referido, este modelo de colaboração entre os Estados surgiu como um meio de transferência de criminosos políticos e como meio de satisfação dos interesses do soberano.

¹⁷ Conceito apresentado nas lições do Professor Doutor Pedro Caeiro no dia 22 de outubro de 2014, na cadeira de Direito Processual Penal, durante o 2º Ciclo de Estudos em Direito, menção em Ciências Jurídico-Criminais, no ano letivo 2014/2015.

¹⁸ CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**, vol 1. Almedina, Coimbra, 2007, p. 183.

¹⁹ Para uma sequência de estudos e uma breve sistemática sobre a evolução histórica do instituto da extradição, ver DELGADO, Filomena. **A Extradição**. Separata do Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa, 1987, p. 6-9. Relativamente ao Brasil, bem como os tratados firmados por este país, cf. ACQUARONE, Appio Claudio. **Tratados de extradição: construção, atualidade e projeção do relacionamento bilateral brasileiro**. Brasília: Instituto Rio Branco: Fundação Alexandre de Gusmão, 2003.

Contudo, foi a partir da lei da Bélgica, datada do ano de 1833, que passou a existir a tendência dos Estados de internalizar nos seus respectivos ordenamentos jurídicos, normas relativas à extradição²⁰. Também nesses momentos, surgiram os primeiros limites à extradição, como a vedação na hipótese de prescrição da ação penal ou da pena; ou quando o indivíduo já cumpre pena pelo mesmo fato que lhe é imputado; e ainda com relação à pena irrisória que se aplica ao fato. Além destas, há também a proibição de se extraditar nacionais, bem como a vedação da extradição baseada em crimes políticos ou militares, limites os quais encontram respaldo nas diversas legislações internas dos Estados, bem como nos tratados bilaterais e multilaterais por eles firmados até a presente data.

Pode-se dizer que há identidade nesta evolução da cooperação internacional a partir da internalização de diversos princípios e normas relativas aos procedimentos, com aquela que passou o próprio Direito Internacional²¹, afinal, a tendência da evolução deste ramo do direito seguiu semelhantes rumos, também absorvendo princípios de diversos sistemas jurídicos de outros Estados, como afirma *Wladimir Brito*:

*“No Direito Internacional os princípios acabam por ser comuns a diversos sistemas jurídicos dos vários Estados e, por isso mesmo, estão introduzidos na consciência jurídica dos povos de tal forma que estes aceitam-nos como parte integrante da Ordem Jurídica Internacional.”*²²,

E acrescenta o ilustre autor, sobre a evolução:

²⁰ Nesse sentido, cf. CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**, vol 1. Almedina, Coimbra, 2007, p. 184. Segundo aponta este autor, após a lei da Bélgica (1833), seguiram as leis dos Estados Unidos (1848), da Inglaterra (1870), da Holanda (1875), da Argentina (1885), do Japão (1887), da Suíça (1892), do Perú (1906), da Noruega (1907), do Brasil (1911), da Suécia (1913), da Finlândia (1922), da França (1927), da Alemanha (1929) e da Itália (1930).

²¹ Para um estudo aprofundado sobre a evolução histórica do Direito Internacional desde as civilizações antigas até o momento posterior à Segunda Guerra Mundial, cf. BRITO, Wladimir. **Direito internacional público**. 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 33-63. Sugere-se, ainda, a análise do estudo da evolução histórica realizado por Nguyen Quoc Dihn, Patrick Daillier e Alain Pellet desde a Antiguidade e Idade Média ao período atual, a partir do desenvolvimento da soberania dos Estados *in* DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. Tradução Vítor Marques de Coelho, 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003, p. 43-84. De igual modo, cf. MACHADO, Jónatas. **Direito Internacional**: do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro, 4ª ed. Coimbra Editora: Coimbra, p. 57-93.

²² BRITO, Wladimir. **Direito internacional público**. 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 31.

*“Foi com a evolução histórica dos povos que tais princípios se foram sedimentando na, e aceite pela, consciência dos povos como exigências ético-jurídicas necessárias à formação de uma sã convivência internacional, por constituírem o mínimo ético-jurídico necessário àquela convivência.”*²³

O paradigma clássico da extradição – como modelo de colaboração unitário, interestatal, formalizado em instrumentos positivados, que respeita os princípios da consensualidade, do pedido, da reciprocidade, da dupla incriminação e da especialidade, no qual se conjugam os juízos político, ou de conveniência, e o jurídico – sofreu um colapso após a necessidade de se ponderar os direitos humanos, em especial da pessoa requerida²⁴.

Isso não significa que se tenha abolido estas características da extradição, mas sim que a importância do procedimento que ocorre no Estado Requerido para avaliar a possibilidade de transferência evoluiu, passou a contar com uma maior atenção ao indivíduo, hoje tratado como elemento detentor de direitos nesta relação, e não mais como mero objeto do pedido extradicional²⁵.

Esta evolução tem se apresentado em diversos tratados e convenções multilaterais entre os Estados no que tange à cooperação judiciária internacional, bem como em matéria

²³ BRITO, Wladimir. **Direito internacional público**. 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 33.

²⁴ Diversos fatores contribuíram para a fragmentação do paradigma clássico de cooperação, tais como o surgimento de novas entidades transestatais, o surgimento de Tribunais Internacionais e o impulso do Direito Internacional Penal. Contudo, como já referido, o intuito do trabalho contempla somente uma nova perspectiva aos procedimentos de cooperação internacional em matéria penal, em especial a extradição, a partir da evolução do Direito Internacional, bem como a evolução dos direitos humanos. Sobre a evolução histórica da extradição cf. SERRANO, Mario Mendes. **Extradição**. Regime e prática. In BUCHO, José Manuel da Cruz (compil). *Cooperação internacional penal*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2000, p. 15-26. Para uma análise precisa ao âmbito europeu cf. CAEIRO, Pedro. *Cooperação Judiciária na União Europeia*. In **Direito Penal Económico e Europeu. Textos Doutrinários**. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 69-80.

²⁵ Esta evolução, que decorreu em especial após as Grandes Guerras que ocorreram no Século XX, carregaram os direitos humanos para a dimensão de proteção internacional. A proteção agora avança contra atos de um Estado, inclusive. Sobre esta evolução, conclui E. A. Alkema: “*During this century, in the aftermath of the First World War and even more so under the impetus of tragic experiences of the Second World War, human rights gained an international dimension. This was bound to make the ‘Drittwirkung’ even multifarious.*”. ALKEMA, Evert Alvert. Third-party applicability or ‘Drittwirkung’ of the European Convention on Human Rights. In MATSCHER, Franz e PETZOLD, Herbert (eds). **Protecting Human Rights: The European Dimension**. Studies in honour of Gérard J. Wiarda. 1ª ed. Carl Heymanns Verlag KG, 1988, p. 35. Conferir, ainda, GEOFF, Gilbert. **Transnational Fugitive Offenders in International Law**. Extradition and other Mechanisms. The Hague. Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 149 e ss.

de direitos humanos²⁶, além de se firmar em verdadeiros costumes internacionais, reiterando-se na jurisprudência das cortes internacionais²⁷.

A nova dimensão que se atribui aos direitos humanos atingiu de forma transversal as relações entre os Estados, e se apresentou como um elemento necessário para a análise do desenvolvimento dos meios de colaboração e cooperação judiciária internacional, em especial no que se relaciona à matéria penal.

No que concerne à extradição, sendo incumbência do Estado Requerido avaliar a possibilidade de transferência da pessoa requerida para fins de responder a um processo criminal ou no cumprimento de uma pena, será este o momento no qual se harmonizará a *exigência-conveniência* da cooperação com a *exigência-necessidade* de proteção dos direitos humanos.

Isso porque, não caberá ao Estado Requerido o juízo de valor sobre a culpabilidade do indivíduo, uma vez que nada será decidido sobre a culpa ou a inocência da pessoa. Ao Estado Requerido caberá, exclusivamente, avaliar se o pedido que lhe é dirigido possui fundamento e possibilidade jurídico-teórica, bem como se não se identificam elementos políticos ou interesses obscuros na persecução penal, sendo que estes últimos elementos são objeto de dupla análise, tanto no âmbito do Poder Judiciário, que irá avaliar também a regularidade formal e legal do pedido, como no Poder Executivo, que decidirá sobre a conveniência política do pedido, independente da ordem com que venham a ocorrer²⁸.

Esta característica de dever abstrato e geral de cooperação, a qual favorece o cumprimento dos pedidos de cooperação internacional sem que se avaliem os fundamentos legais desse pedido, apresenta-se com maior rigor nos países cuja base da estrutura jurídica

²⁶ Diversos tratados contratados limitam o âmbito da cooperação internacional em matéria penal entre os Estados caso se demonstre uma violação aos direitos individuais. Verifica-se, por exemplo, que o preâmbulo da Convenção relativa ao auxílio judiciário mútuo em matéria penal entre os Estados Membros da União Europeia, muito embora não tenha força legal, sugere uma tendência dos contratantes em abolir práticas que violem os direitos individuais dos singulares bem como refutem colaborar com Estados na violação destas garantias.

²⁷ Cite-se, a exemplo, a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos do Homem nos julgamentos dos casos *Soering v. The United Kingdom* bem como *Bozano v. France*, que se firmaram como precedentes de proteção dos direitos humanos face às violações dos Estados, conforme se verá mais adiante neste trabalho.

²⁸ Sobre esta análise que ocorre no Estado Requerido, afirma com exatidão *J. Jones* que “... *the purpose of extradition proceedings is not to determinate guilt or innocence, but to decide whether the person may be lawfully returned by the requested state to the requesting state. The hybrid nature of extradition proceedings is relevant to the extent to which, and the manner in which, human rights law is applicable... human rights law is principally of significance in relation to the risks to the requested person upon return, rather than to the conduct of the domestic extradition proceeding themselves.*” JONES, John R.W.D. Extradition. In COLVIN, Madeleine e COOPER, Jonathan (eds). **Human Rights in the Investigation and Prosecution of Crime**. Oxford University Press: Oxford, 2009, p. 377-378.

é o *commom law*, e nos quais vigora o princípio do *non-inquiry*, o que torna o indivíduo mais vulnerável às violações aos seus direitos e garantias²⁹.

Em decorrência disso, considerando que o impulso legislativo nos Estados no intuito de tratar sobre a extradição contemplou em grande parte a perspectiva extradicional passiva³⁰, e muito embora sejam os tratados e convenções bilaterais sobre o tema que obriguem os Estados contratantes a cooperar entre si, é, em regra, o ordenamento interno de cada um deles, aliado ao que determinam os citados tratados e convenções e também aqueles adotados a nível global, em especial relacionado à matéria de direitos e garantias fundamentais, que irão obstar o procedimento³¹.

Assim, impedimentos de variadas ordens se proliferam e geram obstáculos aos procedimentos de extradição, seja em razão da pena aplicada ao crime, da eventual motivação política ou obscura do pedido, da nacionalidade da pessoa requerida e até as relacionadas à carência ou à fragilidade das garantias processuais oferecidas ao réu no procedimento do Estado Requerente.

Muito embora exista na doutrina referência de que a vocação protetiva é restrita ao direito interno³², é certo que estes obstáculos encontram, também, referência no Direito Internacional, que passou a determinar a conduta dos Estados enquanto participantes de uma comunidade internacional, em especial a partir da jurisprudência internacional.

Em suma, enquanto a obrigação de cooperar restringe-se à bilateralidade entre os Estados Requerente e Requerido e suas respectivas obrigações assumidas neste âmbito, a

²⁹ Sobre isso, destacam John Dugard e Christine Van den Wyngaert que “*The courts of many countries, including the United States, Canada, and the United Kingdom, interpret extradition laws and treaties in favor of enforcement because this course is perceived to serve the interests of both justice friendly international relations. Moreover, the courts of many states refuse to inquire into the standards of criminal justice to which the fugitive is likely subjected in the requesting state on the grounds that is a matter best left to executive determination.. This rule of non-inquiry prevents the fugitive from producing evidence to show that he will be denied a fair trial, discriminated against on grounds of race, religion or political opinion, or subjected to inhuman or degrading treatment in the requesting state.*”. Interessante, sobre o tema, a análise por ocasião do trabalho dos autores, cf. DUGARD, John; VAN DEN WYNGAERT, Christine. **Reconciling Extradition with Human Rights**. The American Journal of International Law, vol. 92, n. 2, Abril 1998, p. 187-212.

³⁰ Fato que alarga o campo dos debates relativamente à extradição passiva, e no qual se exige uma reflexão crítica acerca dos direitos humanos. Aduz Luis Jiménez de Asúa, que, enquanto a extradição ativa tem seu “... carácter administrativo y político, em tanto que en la pasiva predomina el carácter jurídico y jurisdiccional. Por tanto, todos los problemas que la extradición suscita se refieren a la de carácter pasivo.” In JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo II, 3ª ed. Losada: Buenos Aires, 1964, p. 320.

³¹ Sobre isto conclui Bento de Farias: “... o objetivo do tratado é tornar a extradição obrigatória nos casos (...) previstos, ao passo que o da lei é o de obstar a entrega por facto não incluído em suas nomenclaturas.” In FARIAS, Bento de. **Sobre o Direito Extradicional**. Jacintho Ribeiro: Rio de Janeiro, 1930, p. 27.

³² Cf. REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 245-246.

de não cooperar – na hipótese de violações aos direitos humanos – assume o âmbito multilateral, ou, por assim dizer, universal, transpassando a responsabilidade apenas entre *Estado e Pessoa*, e se firmando como um *imperativo categórico*³³ no âmbito da comunidade internacional.

Assim, a obrigatoriedade de cumprimento daquilo convencionado e universalizado em matéria de direitos humanos³⁴, bem como o direito cogente expresso através do direito internacional – mesmo traçando caminhos interpretativos distintos a partir da *concepção positivista*³⁵ ou *concepção naturalista*³⁶ – atrai o dever de observância pelo Estado Requerido, e o sujeita às responsabilidades pelo seu descumprimento, de forma direta ou conexa, seja porque se obrigou nesse sentido, seja pela existência de uma norma superior fundamental que condiciona as atitudes.

Dessa forma, a evolução histórica da cooperação internacional em matéria penal sofreu intensa influência dos avanços do próprio Direito Internacional, bem como da afirmação dos princípios universais, que atualmente também são expressos neste diploma.

E mais, verifica-se uma orientação da comunidade internacional pela proteção do núcleo essencial dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos enquanto operam os procedimentos de cooperação internacional, núcleo este que se alarga na medida em que se elegem outros direitos e garantias que merecem idêntica proteção.

Se for possível extrair algo desta perspectiva evolutiva e histórica dos mecanismos de cooperação internacional, visando uma projeção do que se virá a se observar deles no futuro, é que há uma nítida tendência de se regulamentar estes procedimentos e deixá-los

³³ O *imperativo hipotético* condiciona a moralidade ação à vontade a que se queira alcançar, enquanto no *imperativo categórico* a moralidade situa-se na vontade do agir daquela maneira, o que universaliza, pois, a proteção dos direitos humanos, mais como um dever de conduta dos Estados do que como um resultado de seus atos. Proporcionar a defesa dos direitos humanos como *princípio prático imperativo* significa, portanto, atuar na proteção dos direitos humanos para protegê-los. É, sobretudo, agir conforme se espera que os demais atuem. Cf. REALE, Giovanni e ANTISERI, Dario. **História da filosofia, do humanismo a Kant**, Volume II, 2ª edição, São Paulo: Paulus, 1990, p. 908-913, e, em detalhes, KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5ª ed. Calouste Gulbekian, 2001.

³⁴ Cf. RAMOS, André de Carvalho. Avanços e recuos: a universalidade dos direitos humanos no século XXI. In COSTA, Paulo Sérgio Weyl A. **Direitos humanos em concreto**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 69-88;

³⁵ A concepção positivista afirma que a fundamentação do Direito Internacional decorre ou da vontade dos Estados – estes considerados a partir da concepção hegeliana – que projeta para o Direito Internacional o seu Direito Interno (doutrina voluntarista) seja na limitação de sua soberania (teoria da autolimitação), seja a partir de uma convergência de interesses (teoria da vontade comum), ou pela existência de uma norma superior fundamental (*Grundnorm*) que condiciona e da validade às demais normas (doutrina normativista). Cf. BRITO, Wladimir. **Direito Internacional Público**. 2ª Ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 105-111.

³⁶ A concepção naturalista fundamenta o Direito Internacional à racionalidade da natureza humana e nos interesses de uma sociedade, que se sobrepõem à vontade humana. No âmbito de uma comunidade internacional a vontade da comunidade ultrapassaria, portanto, o interesse particular de cada Estado. Cf. BRITO, Wladimir. **Direito Internacional Público**. 2ª Ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 105-111.

em consonância com os princípios reconhecidos universalmente em matéria de direitos do homem.

Isto certamente permitirá o permanente impulso à colaboração mútua entre os Estados, além do que intensificará a persecução penal para a garantia de uma ordem internacional, sem que para isso, sejam necessárias violações aos indivíduos, comunidades e outros Estados.

3. Aspectos atuais da cooperação internacional em matéria penal e a teoria da personalidade do Direito Internacional.

Esta atual perspectiva da cooperação internacional em matéria penal, como o procedimento que deve conjugar tanto as normas do Direito Internacional e também aquilo que é universalmente reconhecido em matéria de direitos humanos, bem como os princípios de força cogente e as normas internas de cada Estado membro dessa comunidade internacional, sofre de uma crise de ordem teórica e prática, especialmente da relação que há entre o direito interno e o Direito Internacional.

A partir do conceito de extradição anteriormente apresentado, e considerando-se que se trata de um conjunto de atos judiciais praticados por duas jurisdições subjetivas, observa-se que os Estados devem obedecer tanto ao seu respectivo direito interno, como o ordenamento internacional ao qual cada um deles está sujeito. Tanto o Estado Requerente, e principalmente o Estado Requerido, devem compatibilizar todos os pedidos com as suas normas internas e com as normas as quais estão internacionalmente obrigados, principalmente em matéria de direitos humanos e garantias individuais das pessoas objeto do pleito extradicional.

Contudo, importante apontar e tentar superar a existente discussão acerca da compatibilidade da aplicação do Direito Internacional e do direito interno de cada Estado, notadamente nas hipóteses em que se verificam previsões e comandos divergentes sobre um determinado assunto³⁷.

³⁷ Para uma análise mais aprofundada sobre o choque teórico cf. BRITO, Wladimir. **Direito Internacional Público**. 2ª Ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 113-121, e DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. Tradução Vítor Marques de Coelho, 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003, p. 85-110.

Sobre as distinções entre o direito interno e o Direito Internacional, afirmam *Nguyen Quoc, Patrick Dailler e Alain Pellet* que:

“As relações entre os dois sistemas jurídicos podem ser encaradas sob o ângulo material, a propósito da repartição das matérias entre direito internacional e direitos internos... Se preferentemente as encararmos numa perspectiva formal, as diferenças evidentes nos processos de elaboração e de aplicação das normas internacionais, por um lado, e das normas internas pelo outro, levam a interrogarmo-nos sobre a existência de uma eventual hierarquia entre estas normas, sobre a possibilidade de uma autoridade relevante dependente de outra ordem jurídica ou sobre a obrigação de a aplicar.”³⁸

Assim, estudos doutrinários sobre a questão de validade do Direito Internacional, fizeram com que autores elaborassem duas teorias, denominando-as por dualista³⁹ e monista, visando enfrentar a temática relacionada à coexistência do ordenamento interno e do ordenamento internacional⁴⁰.

Para a doutrina dualista, direito interno e Direito Internacional possuem fontes e destinatários distintos. Defende esta doutrina, que o direito interno decorre da vontade unilateral do Estado e é aplicável aos indivíduos de determinado território para a relação destes particulares, ou para a relação do Estado com os indivíduos.

O Direito Internacional, por sua vez, em razão de decorrer da vontade comum de diversos Estados, seria aplicável às relações entre estes Estados ou nas relações com entre estes e outros entes internacionais.

³⁸ DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. Tradução Vítor Marques de Coelho, 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003, p. 95.

³⁹ Sobre a terminologia dualista, importante assinalar a crítica realizada por parte da doutrina e expressa na obra de *Nguyen Quoc, Patrick Dailler e Alain Pellet* que “o termo dualismo exprime mal a diversidade dos sistemas jurídicos existentes: na realidade existem não apenas dois, mas uma pluralidade de ordens jurídicas, tanto quanto instituições.” In DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. Tradução Vítor Marques de Coelho, 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003, p. 97.

⁴⁰ Em detalhes, VERDROSS. Alfred. O fundamento do direito internacional. In **Revista de Direito Internacional**. Brasília, UniCEUB, v. 10, n., 2013, p. 1-33.

Assim, cada um desses direitos seria dotado de validade autônoma, não dependendo da conformidade entre si⁴¹, razão pela qual não haveria que se falar em conflito entre estas normas já que não teriam o mesmo objeto ou idênticas relações sociais⁴².

Adicionalmente, para a interlocução entre estes ramos, seria necessário que cada uma das ordens jurídicas, através de algum procedimento próprio, transformasse a norma do outro ordenamento em alguma outra compatível com o seu próprio⁴³. Em outras palavras, caberia ao direito interno, ou ao Direito Internacional, criar norma própria para conferir a validade à norma do outro ordenamento.

Esta teoria recebe diversas críticas na medida em que, como alegam os que a analisam de forma contrária, não existe uma distinção das fontes que originam as normas, mas sim um modo diferente de manifestação destas. Assim, concluem que uma coisa é se distinguir as origens das fontes, o que não ocorre no caso do Direito Internacional e do direito interno, outra é se determinar o modo como operam para a criação das normas. Assim, o direito é produto da vida social e permeia todas as relações, razão pela qual os Estados não possuem discricionariedade para aplica-lo conforme sua conveniência.

Adicionalmente, tem-se a crítica relativa à citada internalização das normas a partir da criação de comandos por cada uma das ordens visando conferir a validade à norma de outra ordem. Para os críticos, a realização de tais atos não significaria a aceitação de uma norma do outro ordenamento, mas sim uma criação de norma em sua própria ordem jurídica com idêntico conteúdo.

Por seu turno, a doutrina monista⁴⁴ prevê a existência de um sistema jurídico único, no qual se identificam tanto as normas de direito interno como as do Direito Internacional, possuindo elas uma idêntica validade, bem como fundamentos e destinatários idênticos, e entre elas havendo uma primazia pela aplicação da norma, seja a de direito interno –

⁴¹ Nesse sentido BRITO, Wladimir. **Direito Internacional Público**. 2ª Ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014. Este autor cita o autor e obra alemã TRIEPPPEL, Von. *Völkerrecht und Landrecht*, Leipzig, 1899, bem como o italiano Dionisio Anzilotti, como defensores desta doutrina.

⁴² DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. Tradução Vítor Marques de Coelho, 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003, p. 96.

⁴³ DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. Tradução Vítor Marques de Coelho, 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003, p. 96.

⁴⁴ Esta doutrina remete, num primeiro momento, à autores como *Vitória, Suárez, Pufendorf e Vattel*, os quais subordinavam todo o direito aos princípios do direito natural, razão pela qual visualizavam nestes como a norma dedutível da qual se extraiu as demais, bem como às proposições de *Kelsen* e os elementos do jusnaturalismo e do contratualismo. Cf. cita MACHADO, Jónatas. **Direito Internacional**: do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro, 4ª ed. Coimbra Editora: Coimbra, p. 145-146.

doutrina denominada monista com primado do direito interno – ou seja a do direito internacional – denominada como monista com primado do Direito Internacional⁴⁵.

Assim, como já citado, apesar da doutrina monista aceitar a unidade do sistema no qual se encontram as normas de Direito Internacional e de direito interno, sofre ela uma dicotomia relativa à primazia ou à preferência de aplicação de um dos ordenamentos sobre o outro.

Para os autores que entendem haver prioridade de aplicação do direito interno, as normas do Direito Internacional nada mais são do que uma extensão das normas internas de cada Estado, sendo, portanto, anteriores, e com preferência de aplicação. Isso porque, não existe qualquer organismo ou ente supra estatal competente para determinar as obrigações internacionais de cada Estado.

Para esta doutrina, o Estado é o único capaz de determinar as obrigações que assume perante os demais Estados, e perante o próprio Direito Internacional, razão pela qual seria no direito interno de cada Estado que as obrigações internacionais encontrariam seu fundamento, na medida em que será através do direito constitucional de cada um deles que se identificariam os órgãos ou pessoas responsáveis por assumir as obrigações multilaterais pelos Estados perante a comunidade internacional, ou bilateralmente com algum outro Estado.

Esta teoria, contudo, recebe críticas na medida em que não é suficiente para justificar a continuidade da obrigação de um Estado perante a comunidade internacional, ou com outro Estado com o qual firme tratado bilateral, na hipótese em que se verifica uma ruptura do sistema e transformações do seu próprio direito constitucional. Significa dizer que, havendo alguma alteração constitucional que represente uma quebra naquela instituição, não se afasta o dever desse novo governo de observar e respeitar as suas obrigações internacionais anteriormente adotadas.

Esta questão possui estreita relação com uma das características do Direito Internacional relativa à sua modificação, em especial à norma cogente, que somente poderá

⁴⁵ Adotamos a didática do autor português Wladimir Brito como referência para a classificação em doutrina dualista e monista, e desta, em primado do direito interno e primado do Direito Internacional. Cf. BRITO, Wladimir. **Direito Internacional Público**. 2ª Ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 113-121. Veja-se, contudo, que esta é a orientação de outros autores, entre eles cf. MACHADO, Jónatas. **Direito Internacional**: do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro, 4ª ed. Coimbra Editora: Coimbra, p. 145-146.

ocorrer por norma ulterior da mesma natureza e que altere a norma à qual o Estado se obrigou perante a comunidade internacional ou com terceiros⁴⁶.

Soma-se a isso, o fato de que diversas obrigações internacionais assumidas decorrem de costumes universalmente adotados, sem que muitas vezes exista uma referência de igual conteúdo no direito interno, o que, por si, criaria um descompasso desta teoria monista com primazia do direito interno com a prática internacional adotada pelos Estados.

Já a teoria monista que prevê a primazia do Direito Internacional, é assente na ideia de unicidade de ordem jurídica. Para a doutrina que advoga esta ideia, a norma de direito interno que contraria o Direito Internacional é nula na medida em que o direito interno deriva do Direito Internacional.

Em suma, apesar do embate doutrinário que existe acerca da relação que há entre o Direito Internacional e o direito interno, e na linha do entendimento do Professor Doutor *António Nunes Pedro Caeiro*, afirma-se que não existe hierarquia de fontes entre o Direito Internacional e o Direito Nacional, e sim uma preferência, uma prioridade de aplicação daquele. Isso porque o Direito Internacional não pode derrogar ou revogar uma norma nacional, e o inverso também é válido, não sendo possível que uma norma nacional revogue ou derogue norma internacional. Considerando que cada norma decorre de um poder soberano, de ordenamentos paralelos, ambos coexistem, e há a partir deles uma prioridade de aplicação⁴⁷.

Dessa forma, aproxima-se da sequência deste estudo relacionado à cooperação internacional em matéria penal, a validade da teoria monista com primado do Direito Internacional, a qual determinará a aplicação das normas internacionalmente convencionadas sobre o direito interno de cada Estado. E parece que não seria outro o caminho deste trabalho tendo em vista que já se defendeu a obrigatoriedade de se observar as normas e princípios internacionais e o direito cogente nas relações internacionais entre Estados, ou entre estes e outros organismos internacionais, notadamente no atual cenário da cooperação internacional em matéria penal, no qual existem diversos tratados decorrentes de convergência das vontades dos Estados.

⁴⁶ Vide artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

⁴⁷ Conceito apresentado nas lições do Professor Doutor Pedro Caeiro no dia 5 de novembro de 2014, na cadeira de Direito Processual Penal, durante o 2º Ciclo de Estudos em Direito, menção em Ciências Jurídico-Criminais, no ano letivo 2014/2015.

Entretanto, parece que a melhor opção seria não criar este abismo entre cada ordenamento, haja vista que os Estados absorvem para si, e refletem para a comunidade internacional, os seus interesses, o que demonstra a existência de uma sinergia de vontades e, por isso, não se pode dizer que há destinatários diferentes e interesses distintos⁴⁸.

Aliás, o ímpeto doutrinário de estabelecer um denominador comum sobre o conceito, finalidade e objetivo do Direito Internacional, bem como a sua relação com o direito interno, acaba tornando o ramo impreciso e vago, afinal, o histórico já demonstrou a volatilidade dos conceitos dos próprios sujeitos e objetos do ramo⁴⁹.

Assim, afirmar que há uma autonomia de cada um dos ordenamentos, bem como que poderia haver choque das suas respectivas normas, sem que isso afetasse a citada autonomia de cada um deles, também parece incorreto. A prática internacional demonstra que ambas as teorias não são suficientes para explicar a convivência de ambos os ordenamentos, razão pela qual uma teoria mista seria a mais adequada para a convivência de ambos os ordenamentos e a consequente superação das questões de compatibilidade e aplicação, muito embora a jurisprudência se esforce para solucionar estas questões⁵⁰.

Há de se ressaltar que, por se tratar de regra geral não é absoluta, e admitem-se exceções. Poderão existir hipóteses nas quais o direito interno terá preferência de aplicação sobre o Direito Internacional, especialmente nos casos de cooperação internacional em matéria penal, uma vez identificada norma de direito interno que satisfaça de melhor forma a proteção dos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos em questão, havendo, então, algo como uma balança de primazia do ordenamento jurídico.

⁴⁸ Veja-se que a evolução do Direito Constitucional dos Estados passou a sinalizar para a positivação de normas fundamentais para proteção da pessoa humana, além daquelas normas destinadas a organização do Estado, dos poderes e suas tarefas, dentre outras normas organizacionais. Sobre isto, cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEYTRIGENT, Gérard; SANTIAGO, Jaime Ruiz de. **Las Tres Vertientes de la Protección Internacional de los Derechos de la Persona Humana**. Cidade do México: Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2003, p. 57.

⁴⁹ Como afirmam *Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier e Alain Pellet*, “... o direito internacional é o campo de confronto privilegiado de teorias doutrinárias que tentam dar uma explicação coerente e global dos seus mecanismos. Mas são precisamente estas pretensões à globalidade que viciam sua credibilidade.” E concluem afirmando que “... nenhuma preferência teórica substitui a indispensável observância da realidade, na sua diversidade e na sua heterogeneidade...” DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. Tradução Vítor Marques de Coelho, 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003, p. 109.

⁵⁰ Conforme a doutrina do Professor *Jónatas Machado*, ao referir sobre a posição da jurisprudência internacional, cf. MACHADO, Jónatas. **Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro**, 4ª ed. Coimbra Editora: Coimbra, p. 152-154.

Assim, mostra-se adequada a conclusão do Professor *Jónatas Machado* apontando que as fronteiras entre cada uma destas ordens estão sendo diluídas, ou, como cita o autor, inicialmente traçando um paralelo partido do direito público e do direito privado:

“... Há muito que, no direito interno, a emergência do direito constitucional veio esbater a distinção entre o direito público e o direito privado. Cedo se entendeu que as normas de direito constitucional, especialmente as que dizem respeito aos princípios e aos direitos fundamentais, não deviam condicionar unicamente toda a estrutura institucional do Estado e as relações entre estes e os particulares, mas também produzir um efeito de irradiação a toda ordem jurídica, de forma a conformar razoavelmente as relações sociais entre particulares de acordo com os princípios constitucionais.”⁵¹

E completa seu raciocínio transpondo esta característica para o Direito Internacional:

“Esta mesma tendência pode ser percebido no direito internacional contemporâneo. Hoje vive-se um momento de superação do modelo Vestefália em que o direito internacional gravitava em torno do Estado soberano e das organizações internacionais que estes decidissem criar. Presente-se edificar um novo paradigma em que os indivíduos sejam considerados sujeitos por excelência do direito internacional, não no sentido de que lhes é conferida uma personalidade jurídica internacional ilimitada, mas com base no reconhecimento de uma subjetividade que permita elevar a salvaguarda dos seus direitos e interesses fundamentais à qualidade de fins do Estado, da soberania e do direito internacional.

⁵¹ MACHADO. Jónatas. **Direitos Humanos e Ética no Desporto**. 1ª Edição, Junho 2015, p. 59-60.

A DUDH foi um instrumento precursor desta mudança de paradigma, tendo aberto as portas ao surgimento de múltiplos instrumentos universais e regionais de direitos humanos. Graças a eles, observamos que, com intensidade crescente, as normas de direito internacional viam aplicar-se diretamente às relações jurídicas envolvendo os particulares.

É neste contexto que cada vez mais os indivíduos e as pessoas coletivas surgem como titulares de direitos humanos diante do direito internacional. As normas de direitos humanos podem ser diretamente invocadas por particulares diante de tribunais internacionais de direitos humanos na Europa, na América Latina e na África.”⁵².

E acaba por concluir que:

“Em face destes e de outros lados, não tem sentido confinar o direito internacional às relações entre Estados e organizações internacionais. As suas normas vinculam e devem vincular com intensidades crescente também particulares. Daí que se possa dispensar o adjetivo “público” para o direito internacional. O Direito internacional constitui hoje um verdadeiro sistema jurídico de alcance planetário que visa universalizar e garantir um catálogo de direitos civis e políticos e direitos económicos, sociais e culturais de forma a proteger os indivíduos nas relações que estabelecem com os poderes públicos e privados no seio da comunidade mundial.”⁵³

Adicionalmente, e com relação ao Direito Internacional, em decorrência da existência de normas que em razão do seu alcance atingem, para além da comunidade internacional, os indivíduos de determinado contexto, só fariam sentido se aplicáveis no, e pelo, direito interno. Conforme prevê o Professor *Jorge Miranda*:

⁵² MACHADO. Jónatas. **Direitos Humanos e Ética no Desporto**. 1ª Edição, Junho 2015, p. 61.

⁵³ MACHADO. Jónatas. **Direitos Humanos e Ética no Desporto**. 1ª Edição, Junho 2015, p. 61.

“... O alargamento das matérias objecto de normas internacionais e a emanação de muitas que só fazem sentido enquanto aplicáveis na ordem interna, o papel crescente das organizações internacionais e a irrupção do indivíduo como sujeito activo ou passivo implicam uma integração sistemática cada vez mais estreita entre o Direito Estatal e o Direito das Gentes.”⁵⁴

Estes raciocínios se adequam como premissa ao presente trabalho, afinal, se as fronteiras entre Direito Internacional e direito interno se estreitaram e estão se diluindo, se ambos os ordenamentos possuem previsões relacionadas aos procedimentos de cooperação em matéria penal, bem como em ambos se encontra um rol não taxativo dos direitos e garantias fundamentais pretendidos tanto pelo Estado como pela comunidade internacional, não existe óbice para se utilizar normas de um ou de outro ordenamento na condução dos procedimentos de cooperação internacional em matéria penal.

Em outras palavras, nada impede ao Estado que busque no seu direito interno ou no Direito Internacional, ou ainda a partir um diálogo entre ambos, os elementos que impeçam a continuidade de um procedimento de cooperação internacional em matéria penal pela ocorrência de fatos incompatíveis com os direitos e garantias previstas em qualquer um dos ordenamentos.

Assim, não haverá óbice que o próprio Direito Internacional limite a atuação dos Estados nos procedimentos de cooperação internacional.

E de igual modo, e conforme já mencionado anteriormente, se o direito interno de cada um dos Estados serviu, e ainda serve, como o meio de obstar os procedimentos que de alguma forma violaram e venham a violar direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, sob um pretexto de dever geral – e abstrato – de colaboração dos Estados perante a comunidade internacional, não deverá ser preterido pelo Direito Internacional, sob pena de se criar letra morta das normas internas dos Estados que garantem e satisfazem de forma mais contundente os direitos e garantias dos singulares, aplicando-se, então, a norma interna que garante a melhor proteção dos interesses garantistas.

⁵⁴ MIRANDA, Jorge. Direito constitucional e Direito internacional. In **Revista do advogado**, São Paulo, a.23 n.73 (Nov.2003), p.89-93.

Isto ganha especial relevância a partir do momento em que consideramos a teoria da personalidade e do *status* atualmente conferido aos indivíduos no âmbito do Direito Internacional⁵⁵.

Isso porque, admitindo-se que estes indivíduos também são sujeitos da comunidade internacional, pois nela convivem e se obrigam às leis, além de dela esperarem a proteção das normas que preveem seus direitos e garantias, não se pode admitir que uma norma do Direito Internacional ou do direito interno viole garantias fundamentais deste particular, enquanto existir norma do direito interno, sob a qual este indivíduo está submetido, que lhe garante esta proteção.

Não se trata de dar preferência a uma das ordens por um eventual poder diminuto dos indivíduos em relação aos Estados e à comunidade internacional, mas, em se tratando de normas destinadas à aplicação das leis e das sanções penais, dirigidas ao intuito de cercear o direito de circulação dos indivíduos, a interpretação deve ser sempre a mais favorável a ser adotada para o particular, independentemente de que para isto seja necessário se eleger um deles com preferência de aplicabilidade sobre o outro.

O próprio sistema jurídico exige que em favor de pessoa na qual se avalia a possibilidade de imprimir sanção através de lei penal, se aplique a norma mais favorável⁵⁶.

Assinale-se que isso não significa que nos procedimentos de extradição se elegerá qualquer uma das normas de qualquer dos Estados envolvidos para a condução e avaliação do cabimento do pedido, mas que o Estado Requerente deverá avaliar o seu direito interno e o Direito Internacional, ou comunitário ao qual está ligado, para eleger a norma aplicável, sendo que o Estado Requerido deverá atuar de idêntica maneira.

Ressalte-se que uma atuação neste sentido, permitiria uma melhor salvaguarda dos direitos e garantias dos indivíduos envolvidos nos procedimentos de extradição.

⁵⁵ Como afirma Jónatas Machado “*Embora os fundamentos remotos dos direitos fundamentais, de natureza civil e política e económica, social e cultural, possam ser encontrados, em boa medida, nas tradições greco-romanas e judaico-cristã, a actual consideração do indivíduo como sujeito do direito internacional é o resultado de um longo processo histórico que vai buscar seus antecedentes à tradição de direito natural, à Reforma e à Paz de Vestefália.*” In MACHADO, Jónatas. **Direito Internacional**: do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro, 4ª ed. Coimbra Editora: Coimbra, p. 395.

⁵⁶ Nesse sentido, podemos citar o entendimento de Kai Ambos quando afirma, sobre a necessidade de observar tais tratados e regras garantistas inclusive pelo Direito Penal Internacional emergente que “*Hoy en día está más o menos establecido que el Derecho penal internacional es sobretudo Derecho Penal. Como tal, debe respetar y garantizar los tratados universales de derechos humanos y los principios fundamentales del Derecho penal reconocidos en todos los sistemas de justicia penal democráticos, que son el resultado de las revoluciones y reformas efectuadas por la Ilustración.*” In AMBOS, Kai. **Fundamentos de la imputación en derecho internacional penal**. Editora Porrúa: México, 2009, p. 78-79.

Atualmente, pouco se discute sobre a posição de sujeito do Direito Internacional deste indivíduo⁵⁷, sendo pacífico o entendimento de que podem ser detentores de direito e obrigações frente ao ordenamento internacional, justamente porque integram uma sociedade à qual o Direito Internacional é aplicado.

A teoria da personalidade jurídico-internacional determina que os sujeitos de direito tenham a capacidade para exercer seus direitos e cumprir com suas obrigações, em suma, por terem aptidão para estabelecer relações jurídicas⁵⁸.

Como resume *Wladimir Brito*:

*“É esta abstracta qualidade que configura a personalidade jurídico-internacional, dado que ela resulta, necessariamente a possibilidade de esses entes serem titulares de relações jurídico-internacionais. A personalidade jurídico-internacional é, portanto, a susceptibilidade de ser sujeito de direitos e de obrigações jurídico-internacionais. (...) Sob o ponto de vista da ordem jurídica internacional a existência dessas condições coloca o sujeito numa relação directa e imediata com esta ordem, conferindo-lhes a necessária autonomia e a qualidade de sujeito do Direito Internacional, o que lhe permite ser titular de direitos e obrigações jurídico-internacionais.”*⁵⁹

Contudo, este trabalho não ignora o fato destes indivíduos ainda não possuírem todas as ferramentas e competências necessárias para exercer de forma imediata e plena os seus direitos perante a comunidade internacional, já que não existe a possibilidade de

⁵⁷ A doutrina positivista, por entender que o Direito Internacional era um direito interestatal, reconhecia apenas nestes a capacidade de serem sujeitos do Direito Internacional. Dentre os autores que defendiam esta hipótese, citamos o italiano *Dionisio Azilotti*, e os alemães *Von Triepel* e *Von Liszt*, todos eles a quem *Wladimir Brito* faz referência, cf. BRITO, Wladimir. **Direito Internacional Público**. 2ª Ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 333-334.

⁵⁸ Ademais, importante lembrar que o direito de petição e a capacidade de agir destes indivíduos incrementam este entendimento. Sobre a questão dos indivíduos, cf. SUDRE, Frédéric. **Droit européen et international des droits de l’homme**. 9ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2008, p. 87-94. Adicionalmente, sobre a superação do caráter subsidiário da proteção internacional e a superação do domínio reservado do Estado com o aperfeiçoamento da capacidade dos indivíduos cf. CANÇADO TRINDADE. Antonio Augusto. O esgotamento dos recursos internos e a evolução da noção de “vítima” no direito internacional. *In Revista de Informação Legislativa*, v. 23, n. 89, jan./mar. 1986, p. 377-448.

⁵⁹ Cf. BRITO, Wladimir. **Direito Internacional Público**. 2ª Ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 306.

participarem diretamente da criação das normas do Direito Internacional, ou criar os mecanismos de proteção aos seus direitos.

Desse modo, ainda cabe aos Estados tutelar pelos direitos dos indivíduos, bem como são os Estados quem possuem a obrigação de exigir o cumprimento das regras internacionais pelos personagens da cena internacional.

Em suma, considerando que estes indivíduos, em regra, não participam da elaboração das normas de Direito Internacional ou das normas de direito interno às quais estão obrigados em matéria de cooperação internacional no âmbito penal, a utilização e interpretação destas deverá sempre ser aquela que for mais favorável a eles.

E sobre esta necessidade de uma ação mediatizada, o Direito Internacional também vem delineando novos rumos, no sentido de cada vez mais pulverizar a capacidade dos sujeitos do Direito Internacional de participarem e atuarem perante a cena internacional.

Sobre esta questão, conforme aponta *Wladimir Brito*:

*“... actualmente, a tendência é no sentido de afastar essa mediação estatal, por forma a transformar o indivíduo em sujeito directo e imediato das normas do Direito Internacional, tendência que se vai generalizando em especial no sei de certas Organizações Internacionais, onde a personalidade jurídica do indivíduo é, cada vez mais, uma realidade independente das ordens jurídicas nacionais.”*⁶⁰

Assim, pode-se chegar a uma conclusão preliminar de que a teoria da personalidade introduziu os indivíduos à categoria de sujeitos do Direito Internacional, atraindo para eles um conjunto de obrigações e direitos estabelecidos internacionalmente, decorrentes de um convívio em uma comunidade, seja pela sinergia dos Estados em assim estabelecer estas normas, ou pelos costumes observados na prática internacional, que antes não poderiam ser garantidos pelos Estados caso estes não determinassem desta forma em seu ordenamento jurídico interno.

Ademais, a partir deste momento em que outras figuras passaram a ter o reconhecimento de sujeitos do Direito Internacional, este não pode mais se limitar a

⁶⁰ BRITO, Wladimir. **Direito Internacional Público**. 2ª Ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 336.

questões de ordem política. Esta evolução representou uma necessidade da nova sociedade internacional.

Portanto, considerando que o Direito Internacional estabeleceu um patamar mínimo garantista, este deverá ser observado em matéria de direito penal e processo penal pelos Estados⁶¹, exceto se outra norma de direito interno não conferir idêntica ou extensa garantia, e a qual se preferirá a aplicação.

No âmbito europeu, o Tratado de Funcionamento da União Europeia, ao regular a competência da União Europeia para legislar sobre os direitos e garantias individuais relativos aos procedimentos nos quais se apliquem normas penais, estabeleceu patamares mínimos para facilitar os pedidos de cooperação e auxílio mútuo entre os Estados pertencentes ao grupo, e foi se firmando como verdadeira carta constitucional da União Europeia⁶².

O artigo 82, itens 2 e 3⁶³ do referido Tratado determina que o Parlamento Europeu e o Conselho, estabeleçam, por meio de diretivas, regras mínimas para facilitar o auxílio

⁶¹ Veja-se, por exemplo, as previsões da Declaração Universal dos Direitos Humanos e seus artigos II, VIII, IX, X, XI, XXII, XXVIII, XXX; a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, conforme o Artigo 6º, 7º e 13º, bem como os Protocolos 6º e 7º, em especial; O Pacto de San José da Costa Rica, ou Convenção Americana sobre Direitos Humanos e suas previsões dos artigos 1º, 2º, 7º, 8º, 9, 10º, 25, 29; o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos em seus artigos 2º, 3º, 5º, 6º, 7º, 9º, 10º, 13º, 14º, 15º, 17º; a Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em seu artigo 3º; a Convenção Para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais em seu artigo 6º, a já citada Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, dentre outros instrumentos internacionais que possuem previsões de proteção aos indivíduos, em especial às proibições de penas ou tratamentos desumanos e a obrigatoriedade de se permitir acesso aos tribunais e julgamentos corretos e isentos.

⁶² MACHADO, Jónatas E. M. **Direito da União Européia**, 1ª Edição, Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010, p. 26

⁶³ Artigo 82.º (...)

2. Na medida em que tal seja necessário para facilitar o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a cooperação policial e judiciária nas matérias penais com dimensão transfronteiriça, o Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de directivas adoptadas de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer regras mínimas. Essas regras mínimas têm em conta as diferenças entre as tradições e os sistemas jurídicos dos Estados-Membros.

Essas regras mínimas incidem sobre:

- a) A admissibilidade mútua dos meios de prova entre os Estados-Membros;
- b) Os direitos individuais em processo penal;
- c) Os direitos das vítimas da criminalidade;
- d) Outros elementos específicos do processo penal, identificados previamente pelo Conselho através de uma decisão. Para adoptar essa decisão, o Conselho delibera por unanimidade, após aprovação do Parlamento Europeu.

A adopção das regras mínimas referidas no presente número não impede os Estados-Membros de manterem ou introduzirem um nível mais elevado de protecção das pessoas.

3. Quando um membro do Conselho considere que um projecto de directiva a que se refere o n.º 2 prejudica aspectos fundamentais do seu sistema de justiça penal, pode solicitar que esse projecto seja submetido ao Conselho Europeu. Nesse caso, fica suspenso o processo legislativo ordinário. Após debate, e havendo consenso, o Conselho Europeu, no prazo de quatro meses a contar da data da suspensão, remete o projecto ao Conselho, o qual porá fim à suspensão do processo legislativo ordinário. (...)

mútuo policial e judiciário e para definir os direitos dos indivíduos em processo penal⁶⁴, não criando impedimento para que os Estados-Membros mantenham um nível mais elevado de proteção em seu direito interno.

Sobre esta questão, o Professor Doutor *Pedro Caeiro* assinala que:

*“Numa interpretação literal, dir-se-ia que o estabelecimento de ‘regras mínimas’ ordenadas a facilitar o reconhecimento mútuo e a cooperação policial e judiciária não equivale necessariamente criar um patamar mínimo de direitos... Todavia, a verdade é que, até o momento, os órgãos da EU têm interpretado as disposições do Tratado no sentido de que as ‘regras mínimas’ referidas no art. 82.º, n.º 2, do TFUE, devem traduzir-se em direitos mínimos das pessoas visadas por um processo penal...”*⁶⁵

Por essa razão, existe uma responsabilidade do Estado em relação à proteção das garantias fundamentais do indivíduo, fruto da construção tanto do direito interno quanto dos tratados internacionais que dão origem a normas cogentes, principalmente em matéria penal.

Uma vez que os Estados tenham se obrigado a respeitar o Direito Internacional, bem como tenham voluntariamente se inserido na comunidade internacional, atraem para si a obrigação de que o seu direito interno também preveja que serão aplicáveis aos procedimentos que envolvam a cooperação internacional em matéria penal as normas que assegurem, no caso concreto, uma maior transparência.

Importante consignar que não existe um rol taxativo de garantias mínimas, mas sim parâmetros que devem nortear a atuação Estatal a partir do caso concreto. Em matéria de extradição, e considerando que o indivíduo é sujeito do Direito Internacional, detentor de

⁶⁴ Esta disposição contribuiu para o embate sobre uma possível regulação a nível europeu que fosse incoerente com o direito interno dos Estados, especialmente em matéria penal. Sobre isso, cf. CAEIRO, Pedro. A coerência dos sistemas penais nacionais em face do direito europeu. In SOUSA, Constança Urbano de (coord.). **O Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça da UE: Desenvolvimentos Recentes**. Lisboa: Edial, 2014, p. 241-255; e CAEIRO, Pedro. A jurisdição penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais. In **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 179-210.

⁶⁵ CAEIRO, Pedro (org.). **A Agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantias da Defesa em Processo Penal: a “segunda vaga” e o seu previsível impacto sobre o direito português**. Instituto Jurídico, Coimbra, 2015, p. 9.

diversas garantias, a atuação do Estado deve se pautar por aquilo que se espera dele, o respeito a tais garantias, em detrimento do dever de extraditar, se necessário.

4. A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais e o paradigma *jus cogens*

Como mencionado, o Direito Internacional firmou os patamares mínimos os quais os Estados devem respeitar na celebração de tratados ou convenções internacionais bilaterais ou multilaterais. As normas cogentes, antes expressas apenas nos costumes internacionais, foram sendo positivadas conforme a evolução da comunidade internacional.

A Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais datada de 23 de maio de 1969 e regulada em 21 de março de 1986, que a partir de agora será referida como Convenção de Viena de 1969, positivou pela primeira vez estas normas antes expressas apenas nos costumes internacionais, e atraiu para os sujeitos do Direito Internacional a obrigação de cumprimento destes comandos.

Historicamente, a necessidade de uma Convenção Internacional que regulasse a elaboração dos Tratados foi necessária após o surgimento de diversos Estados bem como após o impulso das relações internacionais e a necessidade de uma rápida, clara e precisa regulação destas relações, notadamente na cena internacional onde participam Estados, instituições e organizações internacionais, visando à coexistência ordenada de todos estes participantes.

Além disso, não se podem esquecer os anos que sucederam estes períodos, nos quais ocorreram as Grandes Guerras e inúmeras violações aos direitos das pessoas.

Todos estes fatores contribuíram de alguma forma para o desenvolvimento deste conteúdo imperativo de algumas normas. Conforme ensina o Professor Doutor *Jorge Miranda*:

“... esse desenvolvimento do jus cogens tem como pano de fundo alguns fatores ou tendências nem sempre coincidentes: a nova consciência do primado dos direitos das pessoas, após os cataclismos provocados pelos regimes totalitários e pela Segunda Guerra Mundial; as novas exigências de paz e de segurança

*coletiva e a crise da soberania; a ideia de autodeterminação dos povos e o aparecimento de novos Estados empenhados em refazer a ordem internacional; e o impulso dado pela ciência internacionalista.”*⁶⁶

Relativamente à matéria penal, foram após o desenvolvimento e a identificação dos conceitos de crimes internacionais que se proliferaram as convenções que, num primeiro momento, visavam apenas a delimitação do que seriam estes crimes internacionais para então estabelecer critérios e meios de combate à essa criminalidade. Especialmente relacionado ao dever de julgar ou extraditar o tema em diversos instrumentos internacionais⁶⁷

Ademais, verifica-se que o histórico dos Tratados Internacionais e da Convenção de Viena de 1969 demonstra a intenção da comunidade mundial de estabelecer parâmetros para a atuação e o controle das ações dos Estados ou dos entes transnacionais, uma vez que expressam tais parâmetros através de suas normas positivadas, além de remeter ao conteúdo imperativo existente por ocasião dos costumes internacionais.

Atualmente, a Convenção de Viena de 1969 possui normas que disciplinam a criação dos Tratados e determinam as suas condições de validade, prevendo a capacidade dos Estados para concluí-los (Artigo 6º), além da respectiva regularidade do seu consentimento e consequente ausência de vícios formais (Artigos 46º a 52º). A mesma Convenção prevê, ainda, exigências relativas à licitude do objeto contratado entre os Estados (Artigo 53º), expressando, através desta norma, uma hierarquia das normas do Direito Internacional, submetendo todo este ordenamento às normas de conteúdo imperativo, chamadas de *ius cogens*⁶⁸.

O citado Artigo 53º estabelece o fenômeno de um Tratado em conflito com uma norma imperativa do Direito Internacional geral, prevendo que:

⁶⁶ MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**. 5ª ed. Cascais: Pincipia, 2012, p. 118.

⁶⁷ Entre 1815-1985 foram produzidos 312 (trezentos e doze) instrumentos internacionais após o desenvolvimento do Direito Internacional e do intenso combate à criminalidade internacional. Destes, ao menos 48 (quarenta e oito) referiam-se, de algum modo, ao dever do Estado de julgar e punir, ou extraditar. BASSIOUNI, M. Cherif. **A draft international criminal code and draft statute for an international criminal tribunal**. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1987, p. 29. Para aprofundamento, conferir toda a análise empírica por ocasião da obra citada de Bassiouni, cf. BASSIOUNI, M. Cherif. **A draft international criminal code and draft statute for an international criminal tribunal**. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1987, p. 1-65.

⁶⁸ Nesse sentido: BRITO, Wladimir. **Direito Internacional Público**. 2ª Ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 185.

“Art. 53. É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa do Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como uma norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza.”

A mera interpretação gramatical desta norma acima já aponta para a relevância e inovação do tema que foi tratado naquela oportunidade.

A nulidade do tratado conflitante remete ao mais alto grau de dissonância das suas normas com aquilo que se espera do Direito Internacional. De igual modo o termo *norma imperativa*⁶⁹ atribui a importância da norma que deve ser observada, estabelecendo, para além de uma obrigação, uma condição de validade, de existência.

Relativamente ao âmbito de validade, e considerando-se que a necessidade de respeito à *norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo*, o artigo estabelece a necessária atenção a um comando que é adotado por uma generalidade de participantes do Direito Internacional. Significa, portanto, que a norma imperativa resulta de preceitos éticos de toda a comunidade. E a própria interpretação teleológica desta norma remete a esta mesma conclusão, já que os destinatários são a própria comunidade internacional, como um sinónimo de toda a humanidade⁷⁰.

⁶⁹ O autor Michel Virally elabora uma proposta de distinção entre o que seria uma *norma imperativa* do *jus cogens*. Para referido autor haveria uma distinção entre as normas imperativas como relativas e absolutas, na medida em que as primeiras diriam respeito ao objeto e conteúdo dos tratados, e as absolutas relativas ao conteúdo material das normas. Contudo, e para a continuidade do presente trabalho, não serão realizados os aprofundamentos do autor, mantendo-se a identidade de conteúdos dos termos. Para um aprofundamento da questão da distinção cf. VIRALLY, Michel. **Reflexions sur le ‘Jus Cogens’**. In *Annuaire français de droit international*, volume 12, 1966, p. 5-29;

⁷⁰ Sobre isto, afirmam os autores *Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier e Alain Pellet*, que “As preocupações morais determinaram em larga medida o voto dos representantes dos Estados reunidos em Viena. Fizeram questão em afirmar, por uma forte maioria, a existência de uma comunidade jurídica universal fundada em valores próprios, que todos os seus membros devem reconhecer...” DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. Tradução Vítor Marques de Coelho, 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003, p. 206.

A generalidade estabelecida por esta norma não significa que o comando tenha que ser aceito por todos os sujeitos do Direito Internacional, sob pena de se dificultar a criação das normas imperativas caso exista a resistência de um Estado em aceita-la. A generalidade aqui tratada faz menção à maioria dos sujeitos participantes. Em suma, isso fez parte das intenções dos Estados quando da criação da Convenção de Viena de 1969⁷¹.

Exige, ainda, o mesmo artigo 53º que sobre a norma de carácter imperativo *nenhuma derrogação é permitida*, o que remete à totalidade do conteúdo da norma, já que não admite qualquer tipo de limitação ao seu conteúdo, inclusive de parte dele. Apesar disto, este artigo em questão estabelece os meios de se modificar a norma, como forma de alterá-la conforme a evolução da comunidade internacional e da prática internacional ao afirmar que <a norma imperativa> *só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza*.

A modificação, contudo, não permite concluir que é possível suprimir determinados valores da comunidade internacional, mas que as alterações visam, em princípio, adaptar a norma ao novo cenário internacional, além de alargar o seu conteúdo. Veja-se que uma supressão, ainda que por norma de igual natureza, implicaria o desrespeito à norma.

Outras normas da Convenção de Viena de 1969 regulam a elaboração dos Tratados entre Estados com referência do direito imperativo, como o Artigo 44º, item 5, que não permite a divisão das disposições de um Tratado que conflite com estas normas⁷², e o Artigo 64º, que prevê a superveniência de uma nova norma *ius cogens* de Direito Internacional geral que venha a conflitar com Tratado vigente, tornando-o nulo e extinguindo-o⁷³, além de determinar através do Artigo 71º as consequências da nulidade de

⁷¹ Como afirmam *Nguyen Quoc Dihn, Patrick Daillier e Alain Pellet*, que “*Devemos certamente considerar que este número deve ser grande incluir todos os grupos de Estados, de modo que a objeção persistente de um Estado particular ou de alguns Estados não impeça nem o reconhecimento deste carácter imperativo nem a oponibilidade da regra em questão aos Estados objectantes...*” DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. Tradução Vítor Marques de Coelho, 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003, p. 208.

⁷² Artigo 44º Divisibilidade das Disposições de um Tratado: 1. O direito de uma parte, previsto num tratado ou decorrente do artigo 56, de denunciar, retirar-se ou suspender a execução do tratado, só pode ser exercido em relação à totalidade do tratado, a menos que este disponha ou as partes acordem diversamente. (...) 5. Nos casos previstos nos artigos 51, 52 e 53 a divisão das disposições de um tratado não é permitida.

⁷³ Artigo 66º Processo de Solução Judicial, de Arbitragem e de Conciliação: Se, nos termos do parágrafo 3 do artigo 65, nenhuma solução foi alcançada, nos 12 meses seguintes à data na qual a objeção foi formulada, o seguinte processo será adotado: a) qualquer parte na controvérsia sobre a aplicação ou a interpretação dos artigos 53 ou 64 poderá, mediante pedido escrito, submetê-la à decisão da Corte Internacional de Justiça, salvo se as partes decidirem, de comum acordo, submeter a controvérsia a arbitragem; (...)

um Tratado conflitante com tais normas⁷⁴, bem como a submissão à Corte Internacional de Justiça para os casos de conflitos não solucionados de forma do Artigo 65º, item 3⁷⁵.

Estabelecer uma ordem internacional comum aos Estados com a imposição de normas imperativas fundamentais, as quais em regra estabelecem obrigações de caráter. É justamente neste aspecto que se formam as críticas sobre as normas imperativas, vez que não existe uma estrutura judicial e legislativa supra estatal, capaz de formular ou se fazer cumprir estes comandos.

Adicionalmente, inexistente um rol exaustivo sobre quais seriam as normas com conteúdo imperativo. Apesar disso, a Convenção de Viena parece ter deixado à comunidade internacional, à prática dos Estados e à jurisprudência internacional a criação progressiva destas normas⁷⁶.

Com o tempo, em diversas outras oportunidades o instituto do *jus cogens* passou a assumir posição de matéria de grande utilidade conforme a necessidade do desenvolvimento dos trabalhos internacionais. A existência de um projeto de codificação

⁷⁴ Artigo 71º Consequências da Nulidade de um Tratado em Conflito com uma Norma Imperativa de Direito Internacional Geral: 1. No caso de um tratado nulo em virtude do artigo 53, as partes são obrigadas a:

a) eliminar, na medida do possível, as consequências de qualquer ato praticado com base em uma disposição que esteja em conflito com a norma imperativa de Direito Internacional geral; e b) adaptar suas relações mútuas à norma imperativa do Direito Internacional geral. 2. Quando um tratado se torne nulo e seja extinto, nos termos do artigo 64, a extinção do tratado: a) libera as partes de qualquer obrigação de continuar a cumprir o tratado; b) não prejudica qualquer direito, obrigação ou situação jurídica das partes, criados pela execução do tratado, antes de sua extinção; entretanto, esses direitos, obrigações ou situações só podem ser mantidos posteriormente, na medida em que sua manutenção não entre em conflito com a nova norma imperativa de Direito Internacional geral.

⁷⁵ Artigo 65º Processo Relativo à Nulidade, Extinção, Retirada ou Suspensão da Execução de um Tratado: 1. Uma parte que, nos termos da presente Convenção, invocar quer um vício no seu consentimento em obrigarse por um tratado, quer uma causa para impugnar a validade de um tratado, extingui-lo, dele retirar-se ou suspender sua aplicação, deve notificar sua pretensão às outras partes. A notificação indicará a medida que se propõe tomar em relação ao tratado e as razões para isso. (...) 3. Se, porém, qualquer outra parte tiver formulado uma objeção, as partes deverão procurar uma solução pelos meios previstos, no artigo 33 da Carta das Nações Unidas. 4. Nada nos parágrafos anteriores afetará os direitos ou obrigações das partes decorrentes de quaisquer disposições em vigor que obriguem as partes com relação à solução de controvérsias. (...) e Artigo 33º Interpretação de Tratados Autenticados em Duas ou Mais Línguas: 1. Quando um tratado foi autenticado em duas ou mais línguas, seu texto faz igualmente fé em cada uma delas, a não ser que o tratado disponha ou as partes concordem que, em caso de divergência, prevaleça um texto determinado. (...) 3. Presume-se que os termos do tratado têm o mesmo sentido nos diversos textos autênticos. 4. Salvo o caso em que um determinado texto prevalece nos termos do parágrafo 1, quando a comparação dos textos autênticos revela uma diferença de sentido que a aplicação dos artigos 31 e 32 não elimina, adotar-se-á o sentido que, tendo em conta o objeto e a finalidade do tratado, melhor conciliar os textos.

⁷⁶ É este o entendimento de *Nguyen Quoc Dinh, Patrick Daillier e Alain Pellet* já que afirmam, sobre o respeito às normas imperativas, que “... a Comissão absteve-se de propor qualquer texto enumerativo, declarando que conviria deixar à prática dos Estados e aos Tribunais internacionais o cuidado de proceder progressivamente à determinação destas normas imperativas.” DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. Tradução Vítor Marques de Coelho, 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003, p. 209.

de normas sobre a responsabilidade dos Estados por atos internacionalmente ilícitos, por exemplo, contempla em especial esta necessidade, já que estas responsabilidades nascem das violações dos Estados das normas de Direito Internacional.

De todo modo percebe-se que o elemento *jus cogens* passou a integrar as relações existentes entre os participantes da comunidade internacional e afirma-se como um limite à atuação destes. E justamente sobre ele, a prática internacional e os Tribunais internacionais têm sido chamados a se manifestar para dizer o conteúdo e os fundamentos destas normas de caráter imperativo.

A tendência internacional da expansão da proteção dos indivíduos é a porta de entrada para o presente estudo, já que é a partir dela que pode se afirmar a existência de normas internacionais que visam à proteção dos direitos e garantias de indivíduos que possuem o caráter de norma cogente, e sua eventual violação por um Estado atrai a consequente responsabilização.

Para tanto, seria necessário estabelecer quais são os direitos da pessoa humana no âmbito internacional, na medida em que a comunidade internacional, por ser pluricultural, possui diferentes meios para considerar um direito ou garantia como essencial à pessoa humana. Assim, o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos estabelece um parâmetro mínimo para a atuação dos Estados enquanto partes da comunidade internacional, em especial nos procedimentos de cooperação internacional em matéria penal, nos quais se identificam uma multiplicidade de direitos e garantias envolvidos.

a. O direito internacional dos direitos humanos e a cooperação internacional

Por direito internacional dos direitos humanos entende-se como os direitos consagrados no plano internacional, muitos dos quais já eram reconhecidos no plano do direito interno dos Estados participantes da cena internacional⁷⁷. Em suma, constitui o

⁷⁷ Como conceitua *Cançado Trindade*: “... *derecho internacional de los derechos humanos comprende los derechos que vinieran a ser consagrados en el plano internacional, pero que anteriormente habían sido reconocidos... en el plano del derecho interno.*” CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEYTRIGENT, Gérard; SANTIAGO, Jaime Ruiz de. **Las Tres Vertientes de la Protección Internacional de los Derechos de la Persona Humana**. Cidade do México: Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2003, p. 132.

conjunto de regras internacionalizadas e destinadas à proteção do indivíduo em qualquer que seja a esfera dos seus direitos, além das normas cujo escopo se traduz em garantir a eficácia plena destes direitos⁷⁸.

Direitos humanos passam a constituir uma realidade quando pelo direito do Estado⁷⁹, e na cena internacional quando positivados nos respectivos instrumentos.

O surgimento e a evolução dos direitos fundamentais passam por diversos instrumentos⁸⁰. É com o advento da Declaração Universal dos Direitos do Homem que o cenário dos direitos humanos no plano internacional assume novo conceito, e a partir de então surge um sistema normativo de proteção com os inúmeros tratados internacionais que foram adotados nesta matéria.

Os principais instrumentos de caráter universal do direito internacional dos direitos humanos se constituem pelas normas expressas na já citada Declaração Universal dos Direitos do Homem, elaborada em 1948, bem como da consequente atuação da Assembleia Geral das Nações Unidas, além dos seus Conselhos e Comitês, e pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, também ambos adotados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966.

Considerando o âmbito regional, e no plano da comunidade europeia, podemos citar a Convenção relativa à Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950 e seus Protocolos adicionais bem como a atuação do Tribunal Europeu de Direitos do Homem, e seu importante papel na formação do entendimento jurisprudencial voltado à proteção dos direitos e garantias expressas nas diversas convenções e tratados no plano europeu. No mesmo escopo é a atuação da Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (*OSCE*) e da própria União Europeia (*UE*) e da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada pelo Parlamento Europeu, em Nice, no dia 7 de dezembro de 2000⁸¹.

⁷⁸ Para uma análise normativa, doutrinária e jurisprudencial, cf. O'DONNELL. Daniel. **Derecho Internacional de los Derechos Humanos**: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Intramericano. 2ª ed., Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2012.

⁷⁹ VASAK, Karel (ed.). **The International Dimensions of Human Rights**. UNESCO, 1979, p. 3.

⁸⁰ Esta evolução é trabalhada em ALCALÁ. Humberto Nogueira. **Teoría y dogmática de los derechos fundamentales**. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma do México. México, 2003.

⁸¹ Em detalhes, conferir PAIS, Sofia Oliveira. **Estudos de direito da União Europeia**. 3ª ed. Almedina: Coimbra, 2014, p. 137-158.

O sistema regional interamericano, por seu turno, possui as referidas normas com vista à proteção dos direitos e garantias dos indivíduos expressas na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948, também na Carta Americana de Garantias Sociais de 1948, na Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), e no Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988 (Protocolo de São Salvador), além do contributo da atuação da Corte Interamericana de Direito do Homem.

Desse modo, constatou-se que, desde o surgimento da Organização das Nações Unidas em 1945, reflexo do final da segunda grande guerra, a tendência de se universalizar os direitos individuais tem assumido espaço especial no cenário internacional e no próprio Direito Internacional, razão pela qual *Cançado Trindade* alerta que “... *en este final de siglo, tenemos el privilegio de testimoniar el proceso de humanización del derecho internacional...*”⁸².

Não bastasse a elaboração destes tratados com vista ao incremento no sistema de proteção dos direitos da pessoa humana, a estes direitos, dentre outros⁸³, foram atribuídos o grau de norma imperativa, como aponta a doutrina de *Nguyen Quoc Dihn, Patrick Daillier* e *Alain Pellet* sobre as normas imperativas e seu respectivo surgimento perante a comunidade internacional:

“... *nos seus pareceres n.º 1 (de 29 de Novembro de 1991) e n.º 9 (de 4 de Julho de 1992), a Comissão de arbitragem da Conferência europeia para a paz na Jugoslávia classificou, entre as normas imperativas de direito internacional, os <direitos da pessoa humana> e os <direitos dos povos e das minorias>...*”⁸⁴

⁸² CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del ser Humano en el Inicio del Siglo XXI** / Jaime Ruiz de Santiago, 2ª ed, São José da Costa Rica: Impresora Gossestra Internacional, 2002, p. 55

⁸³ A prática internacional e a jurisprudência internacional já atribuíram à diversos institutos a característica de norma *jus cogens*, como a vedação às penas desumanas ou degradantes, vedação á tortura. Em detalhes, conferir os exemplos referidos na obra DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. Tradução Vítor Marques de Coelho, 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003, p. 210.

⁸⁴ DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. Tradução Vítor Marques de Coelho, 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003, p. 210.

Isto é reflexo da necessidade de alargamento dos mecanismos de proteção aos indivíduos, em especial face à atuação dos Estados de forma violenta, muito embora já se tenha constatado o alargamento da própria esfera de proteção dos indivíduos.

E, independente da denominação que a doutrina por muito tempo se preocupou em atribuir a tais direitos (direito humanitário, direito dos refugiados, e direitos humanos), a finalidade de todas estas normas é uma: a proteção das pessoas, não importa a situação. Dessa forma, parece-nos que o termo direitos humanos compreende de forma satisfatória qualquer norma que tenha esta finalidade guardiã⁸⁵.

No contexto da cooperação internacional em matéria penal tais direitos vêm ganhando força. Em um primeiro momento, sequer se cogitava a hipótese de suas existências, na medida em que os indivíduos – como já referido – eram tratados, em regra, como objeto do pleito de cooperação.

Após alcançarem o *status* de sujeitos do Direito Internacional, conforme anteriormente mencionado, as atenções voltaram para os seus direitos e garantias. Assim, ganha relevância neste estudo os desenvolvimentos dos direitos humanos no cenário da comunidade internacional, bem como a sua relação com os procedimentos de cooperação que visam à persecução ou aplicação de normas penais aos indivíduos.

Inclusive muitos dos direitos e garantias aos indivíduos já integram as normas cogentes. Sobre isto, a doutrina parece aceitar a existência de diversas normas com conteúdo de garantia ou direito aos indivíduos que são previstas em tratados e possuem caráter *jus cogens*, exatamente conforme ensinam os Doutores de Coimbra *Fausto Quadros* e *André Gonçalves Pereira* ao afirmarem que:

“... deve entender-se que já pertencem ao ius cogens pelo menos os mais importantes dos direitos e das liberdades consagrados naquela Declaração (Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948) e nos Pactos de 1966 e que não façam parte do Direito consuetudinário em geral, como é o caso dos direitos à vida, à propriedade privada, à liberdade, à constituição de família, e das

⁸⁵ Sobre isto, interessante o estudo de aproximação no plano normativo, no plano hermenêutico e no plano operacional por ocasião da obra de *Cançado Trindade*, cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEYTRIGENT, Gérard; SANTIAGO, Jaime Ruiz de. **Las Tres Vertientes de la Protección Internacional de los Derechos de la Persona Humana**. Cidade do México: Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2003, p. 132-140.

*liberdades de expressão do pensamento, de reunião, de associação, a liberdade de circulação, e alguns outros. Entretanto, deve alargar-se crescentemente o âmbito do Direito Internacional imperativo de âmbito geral a todos os direitos e liberdades reconhecidos pela Declaração Universal e pelos Pactos de 1966, sem embargo de se consolidarem os vários conjuntos de ius cogens regional, formados em torno das convenções regionais sobre Direitos do Homem.”*⁸⁶

E no mesmo sentido, acrescenta *Gérard Peytrignet*, afirmando que:

*“En primer lugar, hay que destacar que en la actualidad, una gran parte de las normas del DIH (Direito Internacional Humanitário) son de índole imperativa (ius cogens), y no meramente dispositivas.”*⁸⁷

Além disso, é preciso se ter em mente que a imprecisão relativa às normas *jus cogens* não pode constituir empecilho para que ela alcance as matérias de direitos humanos. Ressalte-se que para diversas normas pode ser atribuídas a característica de norma cogente, desde sejam relativas à organização e soberania dos Estados, até aquelas de proteção dos indivíduos, por exemplo.

Por isso a inexistência de uma determinação exaustiva do que seriam as normas imperativas pode gerar uma dificuldade de se estabelecer quais garantias individuais integram-nas⁸⁸.

Por esta razão é que estes reconhecimentos ocorrem, em suma, através da prática internacional, em especial da jurisprudência das Cortes Internacionais⁸⁹. Some-se a isso, a

⁸⁶ PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto. **Manual de direito internacional público**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 284.

⁸⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEYTRIGENT, Gérard; SANTIAGO, Jaime Ruiz de. **Las Tres Vertientes de la Protección Internacional de los Derechos de la Persona Humana**. Cidade do México: Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2003, p. 11.

⁸⁸ Sobre isto, cita o autor *Frédéric Sudré* que “... l’indetermination du concept de jus cogens vient brouiller les notions claires en matière de droits de l’homme. La notion de jus cogens suppose nécessairement une hiérarchie des normes... Or, en matière de droits de l’homme, l’opinion dominant au plan universel, par ailleurs favorable au concept de jus cogens, refuse une quelconque hiérarchie des droits de l’homme, au nom de leur indivisibilité...”. In SUDRE, Frédéric. **Droit Européen et international des Droits de L’homme**. 9ª ed. Paris: Press Universitaires de France, 2008, p. 85.

realidade da constante alteração que ocorre no seio da comunidade internacional e que exige as adequações mais rápidas sobre os instrumentos de proteção bem como sobre o conteúdo e fundamento das referidas normas que devem ser protegidas.

Desta forma, a jurisprudência internacional e a prática internacional, em regra, conseguem atender de forma mais dinâmica esta necessidade e é nelas que se vêm verificando o estabelecimento do caráter imperativo de determinadas matérias relativas a direitos humanos.

Contudo, para a adequação ao que foi proposto inicialmente com este trabalho, abordar-se-ão os direitos e garantias individuais cujo conteúdo possa, de alguma forma, ser violado em um procedimento de cooperação em matéria penal, muito embora não se ignore a existência de tantas outras garantias cuja observância se impõe.

Dessa forma, normas relacionadas à liberdade de circulação do indivíduo, à proibição de penas degradantes ou que venham a violar a integridade física, tais como a pena de morte, de tortura, de trabalhos forçados, entre outras, além das garantias mínimas processuais, de defesa, do duplo grau de jurisdição, dentre outras cujo alcance atinge a esfera penal e processual penal, serão de alguma forma abordadas.

Mesmo que assim não fosse, é exatamente neste âmbito do direito, o punitivo, que existe um maior número de direitos e garantias aos indivíduos, além de ser nele também que se identificam de forma clara a maioria das violações praticadas.

E relativamente à cooperação internacional em matéria penal são exatamente estes os direitos e garantias individuais envolvidos, tanto se consideramos os interesses visados seja pelos Estados – Requerente e Requerido – tanto os interesses do indivíduo objeto no procedimento. Estes direitos e garantias assumem especial relevância tendo em vista que se avaliam normas de diversos ordenamentos jurídicos (Estado Requerente, Estado Requerido e Direito Internacional).

Muito embora, e num primeiro momento, possa parecer que esta incidência de três ordenamentos jurídicos distintos, com diversas normas, seja garantia que ao indivíduo lhe será projetada uma maior esfera de proteção aos seus direitos e garantias fundamentais – especialmente em matéria penal – parece-nos que esta afirmação carece de validade

⁸⁹ Conforme alude a doutrina, ao mencionar que “... *na ordem internacionla, ainda mais do que na ordem interna, adquire crescente relevo aquilo que se tem chamado a elaboração jurisprudencial do Direito, estimulada pelo confronto das diversas escolas e correntes jurisprudenciais.*” MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**. 3ª ed., Principia, Cascais, 2006, p. 52

prática, na medida em que será necessário para este indivíduo, batalhar e exigir a aplicação dos três ordenamentos para garantir a proteção dos seus direitos e garantias individuais.

A existência de diversos níveis de proteção dos direitos humanos (nacional, regional, internacional) muito embora simule uma ampla esfera de proteção aos indivíduos, não lhes garante a completa satisfação dos seus interesses.

Em outras palavras, o que se quer dizer é que especificamente nos casos dos procedimentos de cooperação em matéria penal, a pessoa terá que atuar em ao menos dois momentos e exigir de três ordenamentos jurídicos distintos a segurança de que não lhe sejam violados os seus direitos e garantias individuais reconhecidos. Ou seja, o indivíduo teria que buscar tanto *(i)* no ordenamento jurídico do Estado Requerente e no ordenamento jurídico do Direito Internacional, enquanto o procedimento ocorrer neste Estado Requerente, e também *(ii)* no ordenamento jurídico do Estado Requerido e eventualmente no ordenamento jurídico do Direito Internacional, enquanto o procedimento ocorrer no Estado Requerido, além de, caso ainda entenda haver violação às suas garantias, buscar a atuação das Cortes Internacionais por meios próprios.

Neste trabalho, como já mencionado em linhas anteriores, sugeriu-se que ao indivíduo existe a possibilidade de se utilizar da norma que, para o caso concreto, lhe garanta a melhor esfera de proteção das suas garantias por ocasião dos citados procedimentos de cooperação internacional em matéria penal, seja a norma do direito interno seja a norma do Direito Internacional.

Ressalte-se que não se está advogando pela possibilidade da utilização indiscriminada de norma de qualquer um dos três ordenamentos citado, tendo em vista que não haveria fundamento para o uso seletivo dos ordenamentos dos Estados, entes soberanos, e titulares de ordens próprias. Está-se afirmando a possibilidade de coexistência harmônica do direito interno de um dos Estados com o Direito Internacional, em especial em matéria de garantias e direitos da pessoa.

Ora, se em algum momento o indivíduo poderá se valer desta norma para a proteção do seu direito ou garantia, parece que não poderá haver um fundamento que lhe impeça de avocá-la a qualquer momento. Ou seja, não é necessário que se recorra ao Direito Internacional ou comunitário apenas quando superada a questão nacional, ou ainda que se supere a questão do Direito Internacional para avocar norma de direito interno que lhe garanta esta proteção.

Importante destacar que não se ignora a parte da doutrina que advoga pelo esgotamento dos recursos internos para então se recorrer aos Tribunais Internacionais, entretanto, o escopo do presente trabalho não é a questão procedimental, e sim a questão material dos direitos e garantias fundamentais presentes em todos os ordenamentos.

Cite-se, outra vez, que a diluição das fronteiras entre o direito interno e o Direito Internacional, especialmente nos procedimentos cooperação internacional em matéria penal, permite que a análise ocorra em qualquer momento procedimental.

Disso se cria o raciocínio de que as balizas protetivas, sejam eles do Direito Internacional, sejam do direito interno, devem ser respeitadas.

Assim, é a partir dos limites já estabelecidos até o momento contra a atuação dos Estados que se podem projetar os limites futuros. Não por mera repetição, mas como exercício de reflexão sobre qual a dimensão da atual esfera de proteção que deve ser garantida aos indivíduos e aos seus direitos e às suas garantias internacionalmente estabelecidas, e também sobre qual é o resultado daquilo que se espera da atuação dos próprios Estados, enquanto guardiões destes direitos.

5. Os limites da cooperação internacional em matéria penal

Ao longo das décadas, e conforme a comunidade internacional passou a incrementar a proteção aos direitos e garantias individuais, passou também a edificar padrões mínimos de comportamento dos sujeitos da cena internacional, e reais limites à atuação foram se proliferando.

De igual modo ocorreu no âmbito da cooperação internacional em matéria penal. Apesar da existência de instrumentos multilaterais ou bilaterais que disciplinavam a conduta dos autores destes procedimentos, diversas irregularidades foram se tornando manifestas, o que exigiu da comunidade internacional uma posição sobre os fatos.

A jurisprudência, na interpretação dos tratados e convenções sobre direitos e garantias individuais, parece ser a maior fonte dos atuais limites existentes nos procedimentos de cooperação internacional, tanto que muitos julgados se tornaram marcos e se estabeleceram como norma de conduta da atuação dos Estados.

De início, cabe citar o entendimento da decisão da *Corte Internacional de Justiça* que por ocasião do julgamento *Barcelona Traction*⁹⁰, em 1970, criou uma distinção entre a responsabilidade de um Estado pela violação de uma norma bilateral, ou pela violação de uma norma que se obrigou perante a comunidade internacional. Afirmou-se no julgamento que muito embora existam obrigações restritas entre os Estados, que implica numa responsabilidade de carácter horizontal entre eles, existem outros tipos de obrigações que o Estado assume perante a toda comunidade internacional, e que dizem respeito às obrigações *erga omnes*, tais quais os direitos fundamentais.

A partir disto, a jurisprudência passou a afirmar limites à atuação dos Estados quando dela pudesse se identificar uma violação a um direito ou garantia fundamental da pessoa humana.

A mais expressiva delas, talvez, é a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos do Homem no caso *Soering vs. UK*⁹¹, através da qual o Tribunal entendeu, por unanimidade, que houve violação às normas às quais o Estado se obrigou perante o Direito Internacional na medida em que autorizou a extradição de indivíduo ao cumprimento de uma pena de morte. Afirmou o Tribunal que tais normas proibem penas degradantes ou desumanas, e que a cooperação entre os Estados no caso de se constatar que o indivíduo estaria sujeito a uma pena desta categoria seria uma violação às normas previstas pelos tratados⁹².

No mesmo sentido, no julgamento do caso *Al-Adsani vs UK*⁹³, este mesmo Tribunal interpretou que a vedação à tortura constituiria uma norma de carácter imperativo, o que poderia implicar na responsabilização do Estado infrator desta norma do núcleo de proteção.

Este mesmo tema também foi analisado pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia no caso *Furundzija*⁹⁴, cujo acórdão data de 10 de dezembro de 1998, que identificou a proibição de tortura como norma *jus cogens* e de carácter *erga omnes*.

⁹⁰ Acórdão na íntegra disponível em <<http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>>, acesso em 15 de junho de 2016.

⁹¹ Acórdão na íntegra disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619>>, acesso em 15 de junho de 2016.

⁹² Para uma abordagem sobre o tema, examinar CAEIRO, Pedro. Proibições constitucionais de extraditar em função da pena aplicável. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Ano 8, vol. 1, jan-mar 1998, p. 7-25.

⁹³ Acórdão na íntegra disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59885>>, acesso em 15 de junho de 2016.

⁹⁴ Informações disponível em <<http://www.icty.org/x/cases/furundzija/cis/en/cisfurundzija.pdf>>, acesso em 15 de junho de 2016.

Ressalte-se que a Câmara dos Lordes britânica também se posicionou desta forma com a sua decisão no *Caso Pinochet* e acórdão de 24 de março de 1999⁹⁵.

Antes disso, em 1982, o Tribunal Europeu no caso *Bozano vs. France*⁹⁶ já assinalava alguns limites à atuação dos Estados nos procedimentos de extradição, ressaltando a necessidade de proteção dos indivíduos em face da atuação arbitrária dos Estados.

Por fim, também importante mencionar que a mesma Corte Europeia se manifestou sobre a questão do ônus da prova para o caso de uma possível violação aos direitos e garantias fundamentais. No caso *Aksoy vs. Turkey*⁹⁷ ressaltou que era ônus do Estado apresentar uma justificativa para as causas da lesão em um prisioneiro, sob pena de se verificar a hipótese de violação ao artigo 3º da Convenção Europeia de Direitos do Homem.

Ressalte-se, que referidos limites foram estabelecidos em decorrência de violências sofridas pelos indivíduos, em procedimentos de cooperação horizontal em matéria penal.

Talvez por esta razão, e através do mesmo caminho, se possam identificar novos limites à cooperação internacional em matéria penal, na medida em que são conferidas outras garantias aos indivíduos, cuja proteção se faz necessária de idêntico modo, que sofrem constantes violações.

a. A legislação Portuguesa e o plano Europeu

Uma aproximação ao ordenamento jurídico de Portugal permite uma avaliação prática do estudo destes limites. No direito interno de Portugal, é por meio da Lei n.º 144 de 31 de agosto de 1999 que os procedimentos de cooperação internacional em matéria penal são disciplinados, e dentre eles, em especial, as questões extradicionais⁹⁸.

⁹⁵ Em detalhes: WARBRICK, Colin; SALGADO, Elena Martin; GOODWIN, Nicholas. The Pinochet Cases in the United Kingdom. In *Yearbook of International Humanitarian Law*. T.M.C Asser Press, vol. 2, 1999, p-91-118.

⁹⁶ Acórdão na íntegra disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57448>>, acesso em 15 de junho de 2016.

⁹⁷ Acórdão na íntegra disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58003>>, acesso em 15 de junho de 2016.

⁹⁸ O procedimento decorre nos termos do Artigo 46 da Lei 144/99. Sobre o procedimento de extradição em Portugal cf. SERRANO, Mario Mendes. **Extradição**. Regime e prática. In BUCHO, José Manuel da Cruz (compil). *Cooperação internacional penal*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2000, p. 27-78.

No âmbito internacional, o País é contratante de diversos tratados e convenções sobre direitos humanos e cooperação judiciária internacional⁹⁹, e especialmente com relação à Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados entre Estados e Organizações internacionais de 23 de maio de 1969, foi internalizada por ocasião da Resolução da Assembleia da República número 67 de 2003¹⁰⁰, além de ser contratante da Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹⁰¹.

Em matéria de cooperação, o País, além de signatário de todas as convenções universais e regionais anteriormente citadas, é signatário da Convenção Europeia de Extradução e seus protocolos¹⁰², e da Convenção de Auxílio Judiciário em Matéria Penal entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa¹⁰³, assinada na cidade da Praia, em 23 de novembro de 2005.

Além do mais, desde o texto constitucional de 1976, pode-se dizer que Portugal é um Estado Constitucional Cooperativo, e encontra a sua identidade também no Direito Internacional¹⁰⁴, além da própria previsão constitucional do artigo 16º¹⁰⁵.

Dessa forma, verifica-se que no País existem as figuras do plano interno, do regional, do comunitário e do universal relativos à esfera de direitos e garantias individuais que possam estar em avaliação de um procedimento de cooperação internacional em matéria penal, isso porque, em todos os citados planos, há previsões de normas cujo conteúdo reflita em um direito ou em uma garantia.

A própria Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia prevê um capítulo destinado aos direitos e garantias fundamentais em voga nos procedimentos penais nos

⁹⁹ Tratados firmados por Portugal disponível em: <<http://www.gddc.pt/cooperacao/cooperacao.html>>, acesso em 15 de junho de 2016.

¹⁰⁰ O inteiro teor da referida Resolução da Assembleia da República e as declarações de Portugal sobre o a Convenção de Viena podem ser consultadas em: <<http://www.gddc.pt/siii/docs/rar67-2003.pdf>>, acesso em 15 de Junho de 2016.

¹⁰¹ Disponível em <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>, acesso em 15 de junho de 2016.

¹⁰² Disponível em <<http://www.gddc.pt/siii/im.asp?id=958>>, acesso em 15 de junho de 2016.

¹⁰³ Disponível em <<http://www.gddc.pt/siii/im.asp?id=1997>>, acesso em 15 de junho de 2016.

¹⁰⁴ Em profundidade MIRANDA, Jorge. O Estado Constitucional Cooperativo e o Jus-Universalismo da Constituição Portuguesa. *In O constitucionalismo no séc. XXI na sua dimensão estadual, supranacional e global*. DA SILVA, Vasco Pereira; CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.). Congresso em honra de Peter Harbele. Lisboa, 2014.

¹⁰⁵ Artigo 16.º Âmbito e sentido dos direitos fundamentais

1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.
2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

artigos 47º a 50º¹⁰⁶, consagrando, por exemplo, o direito a um processo equitativo, a presunção de inocência, os princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas, e o princípio *ne bis in idem*¹⁰⁷.

Tanto no plano interno, como no plano comunitário, Portugal e a União Europeia se obrigaram à estrita observância dos direitos e garantias individuais dos indivíduos em procedimentos de persecução penal. E, inclusive, se obrigaram a recusar a cooperação internacional nestes procedimentos para o caso de constatadas algumas questões¹⁰⁸.

A doutrina¹⁰⁹ e a jurisprudência comunitária já sinalizou pela necessidade de proteção dos direitos e garantias individuais. Como assinalou a doutrina sobre o tema, avaliando a decisão do Tribunal Europeu no citado caso *Soering v. UK*:

“El principio del non-refoulement revela una dimensión preventiva, buscando evitar el simple riesgo de ser sometido a tortura o a tratos crueles, inhumanos o degradantes (resultante de una extradición, deportación o expulsión). Es lo que se desprende de la jurisprudencia internacional reciente, a niveles tanto regional como global. Lo ilustra, v.g., en materia extradicional, la célebre sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Soering versus Reino Unido (1989), en el cual se infiere el non-refoulement bajo el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos. El mismo principio enunciado por la Corte Europea en el caso Soering, oponiéndose a la extradición con base en el artículo 3 de la Convención Europea, fue reafirmado por la

¹⁰⁶ Disponível em < http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>, acesso em 15 de junho de 2016.

¹⁰⁷ Ainda que no plano europeu exista uma cooperação de caráter mais sólido, com a figura do Mandado de Detenção Europeu (MDE), é certo que ainda neste cenário podem ser identificados alguns limites à cooperação, tais quais as causas obrigatórias e facultativas do cumprimento previstas na Decisão-Quadro 2002/584/JAI, de 13 de junho de 2002. Em detalhes, conferir CAEIRO, Pedro; FIDALGO, Sonia. O mandado de detenção europeu na experiência portuguesa: tópicos da primeira década. In CAEIRO, Pedro (compil.). **Temas de extradição e entrega**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 159-194.

¹⁰⁸ Para o caso do direito interno de Portugal, a Constituição da República Portuguesa de 1976 prevê hipóteses de recusa na cooperação como a do artigo 33º, de igual modo a Lei nº 144/99 prevê hipóteses de recusa na cooperação nos artigos 6º, 7º, 8º, 10º, 34º; no plano comunitário poderemos citar as recusas previstas na Convenção de Auxílio Judiciário em Matéria Penal entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa em seu artigo 3º, nos artigos 47º a 50º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, entre outras normas.

¹⁰⁹ Em detalhes, cf. capítulos 6 e 7 de SHAW. Malcom N. **International Law**. 6ª ed., Nova Iorque: Cambridge University Press, 2008.

misma Corte en el caso Vilvarajah versus Reino Unido (1991), en el cual sostuvo que la prohibición de malos tratos bajo el artículo 3 de la Convención Europea era absoluta y se aplicaba igualmente en casos de expulsión . La referida inferencia del non-refoulement se da, pues, en materia tanto de extradición como de expulsión, bajo el artículo 3 de la Convención Europea.”¹¹⁰

O citado Tribunal reconheceu que certos direitos exigem proteção, impondo limites à atuação dos Estados. Limites estes que ultrapassam apenas a proteção da pessoa visada pelo procedimento, mas que dizem respeito especialmente ao conteúdo material do pedido, conforme entende *Cançado Trindade*:

“En efecto, el ámbito de aplicación del principio del non-refoulement se ha ampliado, tanto ratione personae cuanto ratione materiae, sobre todo a partir de los años ochenta, bajo los tratados de derechos humanos, en beneficio, además de los refugiados, a los extranjeros en general, y, en última instancia, a todo y cualquier individuo, en casos de extradición, expulsión, deportación o devolución, hacia un Estado en que pueda estar en riesgo de ser sometido a tortura o trato cruel, inhumano o degradante (la dimensión preventiva)”¹¹¹

Confirmando este entendimento, a Comissão Europeia apresentou o *Livro Verde relativo aos procedimentos penais*¹¹², que concentra as diretrizes normativas da União Europeia sobre as normas mínimas comuns relativas às garantias processuais concedidas aos indivíduos visados em procedimentos penais, assinalando para cinco direitos fundamentais: (i) o direito à assistência e à representação em juízo; (ii) o direito à

¹¹⁰ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del ser Humano en el Inicio del Siglo XXI** / Jaime Ruiz de Santiago, 2ª ed, São José da Costa Rica: Impresora Gossestra Internacional, 2002, p. 59-60.

¹¹¹ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del ser Humano en el Inicio del Siglo XXI** / Jaime Ruiz de Santiago, 2ª ed, São José da Costa Rica: Impresora Gossestra Internacional, 2002, p. 61.

¹¹² Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:52003DC0075>>, acesso em 15 de junho de 2016.

assistência de um intérprete e/ou de um tradutor; (iii) o direito das categorias consideradas vulneráveis a uma protecção específica; (iv) o direito dos nacionais de outros Estados-Membros e de países terceiros a beneficiar de assistência consular e (v) o direito a uma "carta de direitos".

Este impulso da Comissão Europeia deu azo a uma *Proposta de Decisão-Quadro do Conselho relativa a certos direitos processuais no âmbito dos processos penais na União Europeia*¹¹³ com 19 artigos, e que visou visa reforçar os direitos e princípios fundamentais reconhecidos no artigo 6º do Tratado da União Europeia e reiterados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, nomeadamente nos artigos 47º a 50º.

b. Novos limites à cooperação internacional em matéria penal

Através das considerações acima expostas, pretende-se induzir ao estudo de limites da atuação dos Estados nos procedimentos de cooperação internacional em matéria penal, para além daqueles já existentes, quando se possa verificar que o indivíduo não terá respeitado, por algum dos ordenamentos jurídicos envolvidos, a mínima satisfação de suas garantias.

E por garantias, tenhamos aqui como os instrumentos do indivíduo para proteger, assegurar ou fazer valer a titularidade ou o exercício de um direito.

Embora possamos considera-las muitas delas como normas imperativas, os Estados – e de forma contumaz – violam garantias das pessoas no decorrer dos procedimentos de cooperação internacional em matéria penal, em especial aquelas relacionadas às normas processuais penais, que garantem a realização de um processo justo, sob o crivo de um Poder Judiciário estruturado, observando os princípios mínimos de: um juiz natural, de garantias de ampla defesa, duplo grau de jurisdição, acesso às informações, traduções e transcrições, dentre outras.

Citamos, a título exemplificativo, as garantias do indivíduo de (i) não sofrer penas que violem sua integridade física e a sua (ii) garantia de ter um processo equitativo. Se ambas são garantias de mesma ordem, qual o fundamento para haver limites para extraditar nos casos em que se identifica que o indivíduo possa sofrer violência contra sua

¹¹³ Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004PC0328&qid=1466472796247&from=PT>>, acesso em 15 de junho de 2016.

integridade, mas não se observam objeções nos casos em que as normas processuais não garantam ao mesmo indivíduo uma defesa adequada?

A doutrina parece ter se preocupado exclusivamente com direitos e garantias frente às questões excepcionais e catastróficas que surgem, tais como os crimes contra a humanidade, crimes de guerra, genocídios, torturas, entre outras, que também possuem previsão e proteção nos diversos tratados e convenções internacionais. Por esta razão, foi possível observar a criação de Organizações, Comissões e Comitês de cunho protecionista nestas situações citadas como excepcionais.

Entretanto, também é necessária a proteção dos indivíduos em todos os âmbitos das suas garantias, inclusive a jurídica frente a atuação dos Estados nos procedimentos de cooperação internacional em matéria penal, pois, nestes casos, o próprio Estado é quem deveria proteger os indivíduos e lhes garantir a segurança jurídica.

Em especial no atual cenário no qual os próprios Estados se apresentam como os maiores violadores destas normas, em razão de serem os maiores atores dos procedimentos e visarem, regra geral, a satisfação dos próprios interesses¹¹⁴.

Importante destacar que não se está sugerindo a criação de organismos destinados ao combate destas situações específicas, mas sim, um debate doutrinário sobre a existência de *novos* limites à atuação dos Estados nos procedimentos de extradição e com isso, talvez, criar mecanismos normativos capazes de mitigar o risco de violação dos indivíduos.

Por mais que não se tenha fixado o patamar para aquilo que se considera como o mínimo indispensável ao direito de defesa dos indivíduos, é certo que a doutrina e a jurisprudência têm se esforçado nesse caminho a partir do estudo dos fins das normas internacionais sobre este tema.

A jurisprudência internacional deu seus sinais de que analisaria estas questões relativas às garantias judiciais dos indivíduos e decidiu, por exemplo, que ainda para o caso de o Estado se encontrar em situações excepcionais, tais quais guerras, perigo público, ou outra emergência que ameace a sua independência, as garantias mínimas aos indivíduos não devem ser afastadas, tendo sublinhado a Corte Interamericana de Direitos Humanos em sua Opinião Consultiva OC n° 8/87 de 30 de janeiro de 1987 que “... *la Comisión*

¹¹⁴ No mesmo sentido GREENWOOD, Cristopher. State Responsibility for the Decisions of National Courts. In FITZMAURICE, Malgosia; SAROOSHI, Dan (eds.). **Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions**. Hart, Oxford, 2004, p. 55-73.

*considera que ni aún bajo una situación de emergencia que amenace la independencia él habeas corpus puede suspenderse o dejarse sin efecto.”*¹¹⁵.

Para essa conclusão, esta Corte argumentou que este remédio processual se destina justamente para garantir a integridade física daqueles que foram detidos, já que coloca à disposição imediata de um juízo a pessoa detida, o que permite assegurar que ela continua viva, e que não está sofrendo torturas físicas ou psicológicas.

Isso mostra que a Corte já sinalizou que é imperioso se manter a garantia processual que visa assegurar os próprios direitos e garantias individuais que não podem ser suprimidos sequer em casos extremos, direitos expressos nesse caso em específico, e no plano regional das Américas, nos artigos 27.2, 25.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Em continuação, a mesma Opinião Consultiva acima referida indica para uma tentativa de se estender também às demais garantias dos indivíduos a mesma proteção que as normas internacionais conferem aos direitos da pessoa é a aproximação, afirmando que os Estados Partes da Convenção Interamericana de Direitos Humanos “... *tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos e libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías...*”¹¹⁶.

Posteriormente, por ocasião da Opinião Consultiva OC nº 9/87 de 6 de outubro de 1987, a mesma Corte reafirmou a necessidade de proteção das garantias judiciais aos indivíduos¹¹⁷.

A Corte Internacional de Justiça, de igual modo no caso *La Grand*¹¹⁸, entendeu que constituiria uma violação dos direitos e garantias do indivíduo a falta de assistência consular de um Estado aos seus nacionais durante o julgamento destes por uma jurisdição de outro país.

¹¹⁵ § 12 da Opinião Consultiva OC-8/87 da Corte Interamericana de Direitos Humanos– *El habeas corpus bajo suspensión de garantías*. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf>, acesso em 15 de junho de 2016.

¹¹⁶ § 25 da Opinião Consultiva OC-8/87 da Corte Interamericana de Direitos Humanos – *El habeas corpus bajo suspensión de garantías*. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf>, acesso em 15 de junho de 2016.

¹¹⁷ Opinião Consultiva OC-9/87 da Corte Interamericana de Direitos Humanos – *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia*. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf>, acesso em 15 de junho de 2016.

¹¹⁸ Acórdão na íntegra disponível em <<http://www.icj-cij.org/docket/files/104/7736.pdf>>, acesso em 15 de junho de 2016.

Também aliado a esta tendência, o Tribunal Europeu de Direitos do Homem decidiu no caso *Mamatkulov e Askarov vs. Turquia*¹¹⁹ que seria possível aplicar a um Estado medidas de carácter provisório com o intuito de impedir a transferência da pessoa objetivada em um procedimento de extradição enquanto o Tribunal decide sobre eventual violação aos direitos e garantias deste indivíduo.

Mais recentemente, já neste século XXI, outras decisões dos tribunais internacionais de carácter relevante trataram sobre a necessidade de se ampliar a proteção das garantias individuais nos procedimentos penais, dentre as quais citamos, ainda que de forma exemplificativa, o caso *Telfner vs. Áustria*, cujo acórdão data de 20 de junho de 2001, e avalia a garantia da presunção da inocência conferida ao acusado¹²⁰; o caso *Lamanna vs. Austria*, com acórdão datado de 10 de outubro de 2001 e que apreciou a questão da publicidade das decisões¹²¹; também o caso *Lucà vs. Itália*, acórdão de 24 de setembro de 2013 e decidiu acerca de um processo equitativo e do direito de defesa dos acusados¹²²; o

¹¹⁹ EXTRADIÇÃO – MEDIDAS DE CARÁCTER PROVISÓRIO (ART. 39º do Regulamento do TEDH) – TRATAMENTO DESUMANO (ART. 3º) ACUSAÇÃO EM MATÉRIA PENAL – DIREITOS E OBRIGAÇÕES DE CARÁCTER CIVIL (ART. 6º, Nº 1) – PROCESSO EQUITATIVO – ENTRAVE AO EXERCÍCIO EFECTIVO DO DIREITO DE QUEIXA (ART. 34º) – OBRIGATORIEDADE DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS

(...) II. A extradição por um Estado contratante pode suscitar problemas no âmbito do artigo 3º da Convenção quando haja motivos sérios para crer que o interessado, se for extraditado para o país de destino, corre perigo de ser sujeito a tratamento contrário ao disposto neste artigo; para determinar se há motivos sérios que sustentem a possível verificação desse risco, o Tribunal baseia-se no conjunto dos dados que lhe são submetidos e, quando necessário, nos elementos que reúna oficiosamente.

(...) XI. Verifica-se que o Tribunal Internacional de Justiça, o Tribunal Inter-Americano dos Direitos do Homem, o Comité dos Direitos do Homem das Nações Unidas e o Comité das Nações Unidas contra a Tortura, todos regulados por outros tratados internacionais que não a Convenção, pronunciaram-se em decisões recentes no sentido de que a garantia dos direitos invocados pelas partes, perante um risco de prejuízo irreparável, constitui o objectivo essencial das medidas provisórias previstas em direito internacional; com efeito, pode dizer-se que independentemente do sistema jurídico que esteja em causa, a boa administração da justiça determina que, enquanto um processo corre os seus trâmites, não sejam praticados actos de carácter irreparável.

XII. Salienta-se ainda a importância do “recurso suspensivo” nos casos de expulsão ou extradição, de entre as obrigações dos Estados de garantirem o direito a um “recurso efectivo”; a exigência consagrada no artigo 13º da Convenção supõe que se possa impedir, através de um “recurso efectivo”, a execução de medidas contrárias à Convenção, de consequências potencialmente irreversíveis.

(...) *Caso MAMATKULOV E ASKAROV c. TURQUIA*, acórdão de 4 de Fevereiro de 2005

¹²⁰ Acórdão na íntegra disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59347>>, acesso em 15 de junho de 2016.

¹²¹ Acórdão na íntegra disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59564>>, acesso em 15 de junho de 2016.

¹²² Acórdão na íntegra disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-126807>>, acesso em 15 de junho de 2016.

caso *Ecer e Zeyrek vs. Turquia*, acórdão de 27 de maio de 2001, sobre o princípio da legalidade¹²³.

Na sequência, o mesmo Tribunal julgou a questão do direito ao silêncio e a garantia do processo equitativo através do julgamento do caso *Allan vs. Reino Unido*, na data de 5 de novembro de 2002¹²⁴; novamente avaliou a questão da presunção da inocência do acusado, assinalando para uma violação à Convenção Europeia de Direitos do Homem, no julgamento do caso *Böhmer vs. Alemanha*, em 3 de outubro de 2002¹²⁵.

Especialmente com relação a Portugal, este Estado já foi alvo de diversas demandas no Tribunal Europeu de Direitos do Homem, sendo condenado por violações às normas da citada Convenção Europeia, por ocasião de violações na aplicação da sua jurisdição.

Em junho de 1998, no julgamento do caso *Teixeira de Castro vs. Portugal*¹²⁶, o Tribunal afirmou que houve violação do Estado pelo modo como conduziu a investigação que levou à prisão do indivíduo, uma vez que o crime teria ocorrido por provocação dos policiais.

No julgamento de *Daud vs. Portugal*¹²⁷, afirmou o Tribunal que a carência das garantias mínimas de defesa ao indivíduo, tal qual a concessão de tempo insuficiente para o advogado elaborar a defesa, constitui violação àquilo que o Estado se obrigou internacionalmente na Convenção Europeia.

Após, no julgamento de 10 de outubro de 2002, no caso *Czekalla vs. Portugal*¹²⁸, entendeu o Tribunal que a defesa insuficiente do arguido perante a jurisdição interna do Estado lhe teria causado danos, pelo que o Portugal violou as normas que prevêm o direito de um processo equitativo aos indivíduos.

Entre outras decisões, o Tribunal também afirmou, por ocasião julgamento do caso *Ferreira Alves vs. Portugal (nº 3)*¹²⁹, em 21 de junho de 2007, haver violação do Estado

¹²³ Acórdão na íntegra disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59221>>, acesso em 15 de junho de 2016.

¹²⁴ Acórdão na íntegra disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60713>>, acesso em 15 de junho de 2016.

¹²⁵ Acórdão na íntegra disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60668>>, acesso em 15 de junho de 2016.

¹²⁶ Acórdão na íntegra disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58193>>, acesso em 15 de junho de 2016.

¹²⁷ Acórdão na íntegra disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58154>>, acesso em 15 de junho de 2016.

¹²⁸ Acórdão na íntegra disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60676>>, acesso em 15 de junho de 2016.

¹²⁹ Acórdão na íntegra disponível em <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-81203>>, acesso em 15 de junho de 2016.

Português no caso da inexistência de uma paridade de armas entre a acusação e a defesa, em razão de se negar da defesa a diversos documentos.

A atuação deste Tribunal, afirmando que estas atuações do judiciário português constituem violações aos direitos e garantias dos indivíduos, sinaliza para o entendimento de que do Estado exige-se o cumprimento das normas que se obrigou internacionalmente enquanto executa seu poder judicativo, inclusive nos procedimentos de cooperação internacional em matéria penal.

Dessa forma, verifica-se que a atenção dos Tribunais sobre eventuais novos limites à atuação dos Estados nos procedimentos de cooperação internacional em matéria penal vem ganhando destaque, notadamente no atual cenário do crescimento do fluxo migratório, pelo que, a doutrina não poderia deixar de cumprir com a sua função de ensaiar o estudo destes fatores e das possíveis consequências¹³⁰.

Assim, é possível delinear a partir desta tendência uma clara tentativa de se estabelecer novos limites à atuação dos Estados, além de novas esferas de proteção da pessoa humana, conferindo às normas e garantias processuais o mesmo valor que outrora fora reconhecido aos direitos individuais.

Estas decisões demonstram o avanço que vem seguindo a jurisprudência internacional no sentido de interpretar que podem existir muitas ações dos Estados que violam, ainda que de forma velada, os direitos dos indivíduos que são alvos de procedimentos de caráter penal, e que seria necessário um incremento e uma avaliação dos aspectos do procedimento, antes de seu aperfeiçoamento com a entrega da pessoa.

E se adequam, ainda, às pretensões do presente trabalho de se estabelecer as responsabilidades internacionais dos Estados por violações ocorridas nos procedimentos de cooperação internacional em matéria penal.

Em termos gerais, a análise destas jurisprudências internacionais implica reconhecer também estes novos limites à cooperação internacional em matéria penal.

Por tal motivo, é possível prever que poderá se reconhecer a responsabilidade internacional do Estado por violação às garantias do indivíduo nos procedimentos de cooperação em matéria penal não só quando o dano atingir aos direitos humanos cuja proteção já se encontra sedimentada pela doutrina, mas também a outras garantias,

¹³⁰ Com maior atenção, a Comissão Internacional de Juristas (*International Commission of Jurists – ICJ*) elaborou um guia para a atuação do judiciário no âmbito internacional. Conferir em <<http://www.refworld.org/pdfid/4a7837af2.pdf>>, acesso em 15 de junho de 2016.

inclusive processuais, que em regra são instrumentos de proteção daqueles direitos essenciais que já alcançaram o nível de proteção.

Afinal, tendo o Estado o poder de dizer o direito sobre estas situações, cumprirá com o seu dever de garantir o alcance jurisdicional ao indivíduo apenas se o fizer de forma a respeitar as garantias deste, em suma, “*Significa isto que o direito à tutela jurisdicional efectiva se concretiza fundamentalmente através de um processo jurisdicional equitativo...*”¹³¹.

¹³¹ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed., Almedina: Coimbra, 2007, p. 433.

CAPÍTULO II

A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL

1. Introdução

“Sempre que um sujeito de Direito viola uma norma ou um dever a que está adstrito em relação com outro sujeito ou sempre que, por qualquer forma causa-lhe prejuízo, incorre em responsabilidade...”¹³². Esse é o esboço do fundamento geral que a doutrina de Direito Internacional elabora sobre a responsabilidade¹³³.

E a responsabilidade – no seio das ordens jurídicas – não está adstrita à prática de atos ilícitos, na medida em que fatos lícitos também podem causar a violação de direitos de terceiros, muito embora o Direito Internacional só tenha reconhecido a responsabilidade pela prática de atos ilícitos¹³⁴.

Parece existir consenso entre as doutrinas de Direito Internacional que a responsabilidade internacional é um princípio deste direito, e que para a sua afirmação devem estar presentes alguns requisitos essenciais¹³⁵: (i) um comportamento, (ii) a ilicitude, (iii) a imputabilidade, (iv) o dano e (v) o nexó de causalidade.

Em suma, deve se identificar uma ação ou omissão que viole uma norma do Direito Internacional em vigor, que seja atribuída a um sujeito deste mesmo ordenamento, a qual tenha provocado um dano a outro sujeito¹³⁶.

Contudo, apesar da existência de uma definição clara destes requisitos para a atribuição de uma responsabilidade, no plano do Direito Internacional o maior desafio

¹³² MIRANDA, Jorge. Sobre a responsabilidade internacional. In **Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ. Brasília**. Ano 10, Volume 20, jul/dez 2002, p. 305-317. Igual conceito em MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**. 5ª ed., Principia: Cascais, 2012, p. 345.

¹³³ Conforme nota 1 do já citado artigo do Professor *Jorge Miranda* MIRANDA, Jorge. Sobre a responsabilidade internacional. In **Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ. Brasília**. Ano 10, Volume 20, jul/dez 2002, p. 305-317.

¹³⁴ BRITO, Wladimir. **Direito internacional público**. 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 497.

¹³⁵ Conforme BRITO, Wladimir. **Direito internacional público**. 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 500-501. Outra doutrina portuguesa apresenta apenas quatro elementos, a saber: fato ilícito, imputação, dano e nexó de causalidade, o que parece ser mera distinção para fins didáticos, tendo em vista que abordam similar conceitos para todos os elementos. In MIRANDA, Jorge. Sobre a responsabilidade internacional. In **Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ. Brasília**. Ano 10, Volume 20, jul/dez 2002, p. 305-317.

¹³⁶ Em detalhes, cf. BRITO, Wladimir. **Direito internacional público**. 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 500-538.

reside nas consequências desta atribuição. Isso porque, a maioria dos mecanismos de proteção do Direito Internacional não possui capacidade de atribuir uma obrigação de agir, ou de fazer algo, para o cumprimento de suas decisões.

Por isso, apesar da possibilidade de se atribuir ao Estado uma responsabilidade internacional por violação a uma norma do Direito Internacional, a maioria das decisões determinam as modalidades de reparação do dano causado ao outro sujeito do Direito Internacional lesado, seja o Estado, os outros entes ou o próprio indivíduo.

Muito embora existam diversas dificuldades atuais que rodeiam o tema, não se pode negar a existência de uma evolução histórica favorável no sentido de se estabelecer, de forma concreta, o fundamento, os requisitos, as consequências e as dimensões da responsabilidade internacional por violações ao Direito Internacional.

2. Sobre a evolução da responsabilidade internacional decorrente de violações

A questão da responsabilidade internacional dos Estados por violação ao Direito Internacional não é recente objeto de estudo da doutrina. O tema suscitava inúmeros embates, e o jurista italiano *Dionísio Anzilotti*, dedicou uma obra exclusiva ao assunto no ano de 1902, na qual define que uma ação antijurídica que viole um direito alheio estabelecido pelo Direito Internacional gera o dever do infrator em reparar o lesado¹³⁷.

Aliada a esta definição, *Oppenheim* afirma que a violação pode caracterizar, inclusive, a reponsabilidade penal do Estado infrator¹³⁸.

A evolução da responsabilidade internacional decorrente de violações ao Direito Internacional, portanto, aponta para a necessidade de se atribuir as responsabilidades aos infratores na medida de seus atos.

Apesar de todas as definições e tentativas de se estabelecer os elementos do delito internacional, o que se reconhece é que aquele que foi lesado tem o direito de pleitear que o infrator execute atos para a sua integral reparação¹³⁹.

¹³⁷ “*La responsabilità nasce dall’ingiusta violazione del diritto altrui e genera l’obbligo della riparazione in quanto sia collegata con un soggetto agente, sia cioè imputabile a questo... il fatto da cui deriva la responsabilità deve’essere anti-giuridico...*” ANZIOLOTTI, Dionísio. **Teoria general della responsabilità dello stato nel diritto internazionale**. Firenze: F. Lumachi Libraio-Editore, 1902, p. 102-103.

¹³⁸ “*El Estado y los que en su nombre actúan contraen responsabilidades de carácter penal por aquellas violaciones de la ley internacional que en razón de su gravedad, crueldad y menos precio por la vida humana constituyen actos criminales tal como lo entienden las leyes de los países civilizados.*” OPPENHEIM, L. **Tratado de direito internacional**. Tomo I. Tradução de J. Lopez Olivan e J. M. Castro-Rial. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1961, p. 376.

Seguindo o que anteriormente exposto, a doutrina parece concordar que para a configuração de um ato internacionalmente ilícito, devem ser verificados algumas condições como a (i) violação de uma regra jurídica expressa em uma norma internacional, independente de sua origem ou formação, (ii) a existência de um dano a um dos sujeitos do Direito Internacional, e o respectivo nexos causal com a ação ilícita - ainda que não o seja para o direito interno -, (iii) e que essa ofensa seja imputada a um Estado, que em regra são os atores imediatos ou mediatos no Direito Internacional.

No mesmo sentido, o *Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Ilícitos (Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts)* elaborado pela Comissão de Direito Internacional (*International Law Commission*) da Organização das Nações Unidas¹⁴⁰ em 2001 previa o que seria caracterizado como ato ilícito internacionalmente, qual seria o âmbito da responsabilidade internacional dos Estados e as formas de se atribuir tais responsabilidades.

Apesar de parecer prematuro assinalar para uma eventual responsabilidade objetiva dos Estados pelo risco assumido de causar um dano ao outro sujeito do Direito Internacional, parece que há uma tendência da doutrina e da prática internacional em solidificar algumas esferas de proteção e permitir a citada responsabilidade pelo risco.

E mais, a responsabilidade internacional parece tocar em todos os participantes da cena internacional e não somente os Estados, visto que nada impede a atribuição dessa responsabilidade às Organizações Internacionais, também sujeitas do Direito Internacional, por violação de um dever assumido¹⁴¹.

¹³⁹ “La única regla unanimemente reconocida por la teoría y la práctica es que del delito internacional nace para el Estado perjudicado un derecho de requerir al Estado delincuente para que ejecute aquellos actos necesarios para la reparación del daño causado.” cf. OPPENHEIM, L. **Tratado de direito internacional**. Tomo I. Tradução de J. Lopez Oliván e J. M. Castro-Rial. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1961, p. 373.

¹⁴⁰ Comissão criada em 1947 pela Assembleia Geral das Nações com o objetivo de estudar e codificar as normas de Direito Internacional, prevista pelo artigo 13º, 1, a da Carta das Nações Unidas, *in verbis*: *Artigo 13.º 1 - A Assembleia Geral promoverá estudos e fará recomendações, tendo em vista: a) Fomentar a cooperação internacional no plano político e incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação; (...)*. Sobre este artigo da Carta das Nações e sobre a questão da codificação do Direito Internacional, cf. PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. **Manual de direito internacional público**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 289-295.

¹⁴¹ O Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) já decidiu dessa forma por ocasião dos julgamentos do *Caso Canal Corfú (1948)* e *Caso Chorzow Factory (1928)*. Para uma análise deste último cf. BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. Tradução da 4ª ed. por Maria Manoela Farrajota, Maria João Santos, Victor Richard Stockinger e Patrícia Galvão Teles, Fundação Calouste Gulbekian: Lisboa, 1997, p. 466-468.

3. O fundamento da pertinência da responsabilidade internacional nos procedimentos de cooperação internacional em matéria penal

O Estado é responsável pelos comportamentos de seus órgãos, independente da natureza, modo de constituição ou funções exercidas¹⁴². O já citado *Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Ilícitos* previu dessa forma em seu artigo 4º¹⁴³.

Em 1927 o *Institut de Droit International*¹⁴⁴, que recebeu o Nobel da Paz em 1904 em reconhecimento à sua ação em favor da resolução de conflitos entre Estados, adotou a Resolução sobre a *Responsabilité internationale des Etats à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne et aux biens des étrangers*, prevendo que o Estado seria responsável por um ato ilícito independente da função¹⁴⁵.

Assim, os atos do Executivo de um Estado em desconformidade com o Direito Internacional, a não adoção pelo Legislativo de normas internas para a adequação das suas leis conforme as obrigações internacionais assumidas, bem como as decisões do Judiciário de um Estado e que são contrários às suas obrigações assumidas perante o Direito Internacional, podem ser considerados como uma violação, implicando em responsabilidade internacional.

E nesse sentido, afirma *Jorge Miranda*, ao tratar das transformações do fenômeno da responsabilidade pelo Direito das Gentes, que "... *Classicamente, a responsabilidade pressupunha actos ilícitos, a violação de deveres; hoje, entremostrase, com cada vez maior importância, uma responsabilidade objetiva, uma responsabilidade pelo risco...*". MIRANDA, Jorge. Sobre a responsabilidade internacional. In **Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ. Brasília**. Ano 10, Volume 20, jul/dez 2002, p. 305-317. Sobre isto, o mesmo autor menciona a Convenção de 1962 sobre Responsabilidade de Operadores de Navios Nucleares, a Convenção de 1972 sobre Danos causados por Objetos Espaciais, a Convenção de 1982 sobre o Direito do Mar, e o Direito Internacional do Ambiente, cf. Nota 8 da obra citada. De igual modo, BRITO, Wladimir. **Direito internacional público**. 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 536.

¹⁴² BRITO, Wladimir. **Direito internacional público**. 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 506.

¹⁴³ Art. 4º Conduta dos órgãos de um Estado

1. Considerar-se-á ato do Estado, segundo o Direito Internacional, a conduta de qualquer órgão do Estado que exerça função legislativa, executiva, judicial ou outra qualquer que seja sua posição na organização do Estado -, e independentemente de se tratar de órgão do governo central ou de unidade territorial do Estado.

2. Incluir-se-á como órgão qualquer pessoa ou entidade que tenha tal status de acordo com o direito interno do Estado.

¹⁴⁴ Conferir <<http://justitiaetpace.org/>>, acesso em 15 de junho de 2016.

¹⁴⁵ *Article premier - L'Etat est responsable des dommages qu'il cause aux étrangers par toute action ou omission contraire à ses obligations internationales, quelle que soit l'autorité de l'Etat dont elle procède: constituante, législative, gouvernementale ou judiciaire.* Disponível em <http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/1927_lau_05_fr.pdf>, acesso em 15 de junho de 2016.

Os procedimentos de cooperação internacional em matéria penal permeiam todas estas esferas de poder, na medida em que a eles se aplicam as normas internas do país que são avaliadas pela função judicativa, podendo exigir a atuação do chefe do Estado.

A inobservância, pois, gera a possibilidade de sancionar os Estados que violaram a tais normas. Este raciocínio é defendido por *Gérard Peytrignet* o qual discorre afirmando que:

“El primer tipo de infracción que los Estados tienen que sancionar son las inobservancias y los actos contrarios a las disposiciones de los Convenios y de los Protocolos adicionales. Las acciones con las que el derecho internacional cuenta, en relación con este tipo de infracción, son idénticas a las contenidas en el derecho internacional público general para con las inobservancias, los actos contrarios y las violaciones de los tratados internacionales. Significa que, en el derecho interno de los Estados, esas acciones son posibles de sanciones administrativas, disciplinarias o judiciales, y que, en el nivel internacional, se aplican los mecanismos de responsabilidad internacional por la violación de las normas de un tratado.”¹⁴⁶

Apesar da referência ao Direito Internacional Humanitário, o qual na obra do autor é inicialmente classificado como o direito das pessoas vítimas de conflitos armados, é certo que não afasta da sua coerência a necessidade de aplicabilidade perante todas as esferas de proteção da pessoa presentes na comunidade internacional.

É por tal razão, que esta mesma obra citada faz referência à interação das chamadas três vertentes de proteção dos direitos da pessoa humana, tanto pela equivalência das esferas de proteção como também pela razão da uniformidade de suas aplicações. Sobre isto, afirmam que:

¹⁴⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEYTRIGENT, Gérard; SANTIAGO, Jaime Ruiz de. **Las Tres Vertientes de la Protección Internacional de los Derechos de la Persona Humana**. Cidade do México: Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2003, p. 15.

“... esto no excluye la posibilidad, ya concretada em la práctica, de la aplicación simultánea de las tres vertientes de protección, o de dos de ellas, precisamente porque son esencialmente complementarias. Y, aún más, se dejan guiar por una identidad de propósito básico: la protección de la persona humana en todas y cualesquiera circunstancias.”¹⁴⁷

Admitindo esta interação – com a qual concordamos – e considerando, como cita o autor, que para o Direito Internacional Humanitário consiste em “*infracciones graves*” o fato de “... privar a uma persona de su derecho de ser juzgada regular e imparcialmente...”¹⁴⁸, o Estado deveria adotar todo o tipo de ação para evitar causar danos a outrem, em especial ao indivíduo visado no procedimento de cooperação internacional em matéria penal, sob pena de incorrer em responsabilidade.

O fundamento de responsabilização internacional de um Estado por violação decorre do próprio princípio máximo do Direito Internacional *pacta sunt servanda*, de forma que atribui aos Estados o dever de manter as obrigações assumidas perante a cena internacional, em caso de descumprimento e eventual dano, reparar aquele que suportou a lesão.

Entretanto, a existência de uma possibilidade de sanção ao Estado infrator no atual cenário da comunidade internacional parece inócua, na medida em que inexitem personagens com capacidade de sua determinar a adoção de uma ação positiva, ou seja, determinar que um Estado faça algo.

O caráter consultivo, ou meramente declarativo, das decisões de muitas das Cortes Internacionais não permite que parte destas esferas de proteção alcance sua finalidade, na medida em que são deixadas a cargo dos Estados, que nestes atos de cooperação são os próprios violadores destes direitos.

Outra questão que merece atenção, por causar embate sobre a ilicitude dos atos, é o fato de muitas destas não violações não serem ilícitos sob a perspectiva do direito interno

¹⁴⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEYTRIGENT, Gérard; SANTIAGO, Jaime Ruiz de. **Las Tres Vertientes de la Protección Internacional de los Derechos de la Persona Humana**. Cidade do México: Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2003, p. 107.

¹⁴⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEYTRIGENT, Gérard; SANTIAGO, Jaime Ruiz de. **Las Tres Vertientes de la Protección Internacional de los Derechos de la Persona Humana**. Cidade do México: Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2003, p. 15-16.

dos Estados. Contudo, este fato não autoriza aos Estados o descumprimento das normas imperativas de caráter internacional¹⁴⁹.

Esta questão, contudo, já foi superada pela própria jurisprudência internacional, na medida em que se reconheceu a responsabilidade – ainda que patrimonial – dos Estados por violação ao direito comunitário¹⁵⁰.

Por isso, ainda será ilícito o fato para o Direito Internacional, independente da classificação que lhe será atribuída pelo do direito interno dos Estados. Como bem elucida Wladimir Brito, “... o facto não deixa de ser ilícito se foi praticado no cumprimento de uma lei interna do Estado, mas, apesar disso, viola obrigação internacionalmente assumida por esse Estado.”¹⁵¹, conforme, inclusive, o teor do artigo 3º do *Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Ilícitos*¹⁵².

4. As dimensões das responsabilidades dos Estados Requeridos face à violação das garantias e direitos dos indivíduos

A partir do que foi exposto, e com a perspectiva de que os direitos e garantias individuais são elementos necessários às decisões dos Estados, e em particular nos procedimentos de cooperação internacional em matéria penal – nos quais estão em causa perspectivas multifacetárias – é possível concluir que uma decisão judicial poderá gerar responsabilidades ao Estado se violar os direitos e garantias do indivíduo e se em desacordo com as obrigações internacionais assumidas pelo Estado.

Importa dizer que o Estado requerido guarda para com a Pessoa requerida uma responsabilidade de contraprestação na medida em que poderá sujeitá-la a um processo ou

¹⁴⁹ Como afirma Braz de Sousa Arruda “O Estado pôde modificar o Direito Interno, mas não o Internacional, e, apesar de não haver uma autoridade superior aos Estados para os punir, existem os meios garantidores do Direito das Gentes.” In ARRUDA, Braz de Sousa. **Estrutura do Direito Internacional**. Preleções feitas no curso de doutorado, p. 594.

¹⁵⁰ Em detalhes cf. o Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de setembro de 2003, C-224/01 *Gerhard Kobler c. Republik Osterreich*, com análise em PAIS, Sofia Oliveira (coord.). **Princípios fundamentais de Direito da União Europeia**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2013, p. 126-154.

¹⁵¹ Conforme referência 697, in BRITO, Wladimir. **Direito internacional público**. 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 504.

¹⁵² Art. 3º Caracterização de um ato de um Estado como internacionalmente ilícito
A caracterização de um ato de um Estado, como internacionalmente ilícito, é regida pelo Direito Internacional. Tal caracterização não é afetada pela caracterização do mesmo ato como lícito pelo direito interno.

ao cumprimento de uma pena imposta, hipóteses que de alguma forma podem violar ou limitar direitos fundamentais.

E esta avaliação da esfera de proteção relativa aos procedimentos de cooperação internacional em matéria penal deve se realizar tendo como foco principal a questão da aplicabilidade da lei penal e a exigência de cooperação internacional com relação ao indivíduo visado pelo procedimento, sem, contudo, se alienar aos direitos – ainda que reflexos – de demais indivíduos envolvidos, tais quais os das vítimas.

Entretanto, considerando que o principal elemento dos procedimentos de cooperação internacional em matéria penal é a Pessoa requerida, deve-se em primeiro preponderar os direitos e garantias fundamentais desta face aos procedimentos de extradição e da jurisdição do Estado requerente, para, após – somente se superada esta fase – preponderá-los com os interesses, direitos e garantias das vítimas e do Estado requerente¹⁵³.

O dever de observar as normas e tratados internacionais, em especial em matéria de direitos fundamentais, pode gerar obrigações recíprocas também entre o Estado e o particular. Consequência reflexa disso pode ser observada no já citado plano europeu, pela evolução do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que passou a aceitar demandas propostas por particulares, por meio da interpretação do Artigo 1º da Convenção Europeia de Direitos do Homem, admitindo a ideia de que um indivíduo pode ter seu direito violado pelo Estado, e contra ele intentar mecanismo processual para se ver livre ou indene à lesão¹⁵⁴.

Aliás, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem reconheceu que há responsabilidade entre Estado Requerido e indivíduo, no tocante às suas decisões nos procedimentos de extradição e por violação à Convenção Europeia de Direitos do Homem¹⁵⁵.

¹⁵³ PLACHTA, Michael. Contemporary problems of extradition: Human Rights, grounds for refusal and the principle aut dedere aut judicare. In **Annual report and Resource Material n° 57**, UNAFEI, Fochu, Tokyo, Japan. Setembro, 2001, p. 64-86. Material disponível para consultas em: <http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_rms/no57/no57.pdf>, acesso em 15 de junho de 2016.

¹⁵⁴ Sobre o demandante individual perante o sistema europeu de garantia dos direitos humanos cf. JIMÉNEZ, A. Queralt. El demandante individual en el sistema europeo de garantía de los derechos humanos. In COSTA, Paulo Sérgio Weyl A. **Direitos humanos em concreto**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 11-44.

¹⁵⁵ Cf. § 91 da decisão no caso *Soering v. The United Kingdom*. Nesse mesmo sentido afirma John R. W. D. Jones que “*The European Court of Human Rights (ECtHR) has also recognized that extraditing a person to a state where their human rights will or may be violated constitutes a breach by the requested state of its human rights obligations.*” JONES, John R. W. D. Extradition. In COLVIN, Madeleine e COOPER, Jonathan (eds). **Human Rights in the Investigation and Prosecution of Crime**. Oxford University Press: Oxford, 2009, p. 378-379.

O mesmo Tribunal aferiu, ainda, que meios indiretos de transferência de pessoa – que impliquem em uma extradição de fato – também violam as garantias do indivíduo¹⁵⁶.

A responsabilidade, então, decorre pelas infrações às normas derivadas de tratados internacionais no tocante aos direitos humanos, além de outros direitos, que de maneira reflexa protegem àqueles cuja universalidade foi reconhecida. Aferindo-se a regra imputável à lesão, determina-se o direito violado e é possível dimensionar a responsabilidade do Estado requerido.

Ainda que não exista previsão explícita na Convenção Europeia de Direitos do Homem que impeça a extradição por uma violação das normas que ela prevê, esta interpretação é inferida pela doutrina, já que não pode ser irrelevante para a integralidade legal dos procedimentos de extradição o modo como o indivíduo será tratado no Estado Requerente, e sob quais condições estará sujeito, seja para o cumprimento da pena ou resposta a um processo criminal¹⁵⁷.

Os estudos sobre a que título se impõe a responsabilização do Estado Requerido por violação dos direitos humanos se aperfeiçoaram ao longo das décadas¹⁵⁸, tendo atribuído seja a título de responsabilidade subjetiva por *tentativa de violação*, como de *auxílio e cumplicidade*¹⁵⁹ na medida em que a sua contribuição incrementa o risco proibido para o bem jurídico¹⁶⁰.

Contudo, independentemente deste *nível* de culpabilidade do Estado, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem não prescinde de esgotar esta relação de causalidade para aferir a violação da Convenção, aplicando-a a título de responsabilidade objetiva pela

¹⁵⁶ Cf. A já citada decisão do caso *Bozano v. France*. Citando novamente John R. W. D. Jones: “*Disguised extradition*’ – that is, ostensibly deporting a person with a view to effecting their extradition – has been found by the European Court to violate the deportee’s rights.” JONES, John R. W. D. Extradition. In COLVIN, Madeleine e COOPER, Jonathan (eds). **Human Rights in the Investigation and Prosecution of Crime**. Oxford University Press: Oxford, 2009, p. 379.

¹⁵⁷ VOGLER, Theo. The Scope of Extradition in the light of European Convention on Human Rights. In MATSCHER, Fraz e PETZOLD, Herbert (eds.). **Protecting Human Rights: The European Dimension**. Studies in honour of Gérard J. Wirada, 2ª Edição, Koln, Carl Heymanns Verlag KG, 1990, p. 663-664.

¹⁵⁸ VOGLER, Theo. The Scope of Extradition in the light of European Convention on Human Rights. In MATSCHER, Fraz e PETZOLD, Herbert (eds.). **Protecting Human Rights: The European Dimension**. Studies in honour of Gérard J. Wirada, 2ª Edição, Koln, Carl Heymanns Verlag KG, 1990, p. 664-671.

¹⁵⁹ VOGLER, Theo. The Scope of Extradition in the light of European Convention on Human Rights. In MATSCHER, Fraz e PETZOLD, Herbert (eds.). **Protecting Human Rights: The European Dimension**. Studies in honour of Gérard J. Wirada, 2ª Edição, Koln, Carl Heymanns Verlag KG, 1990, p. 663-664.

¹⁶⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**. Parte Geral, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 331.

transferência do indivíduo para uma jurisdição na qual havia um real risco de violação¹⁶¹, mediante a interpretação de o Artigo 1º da Convenção Europeia de Direitos do Homem que impõe o dever de proteção aos Estados aos direitos previstos na Carta¹⁶².

Em apertada síntese, revelando-se uma violação à um direito ou à uma garantia fundamental de um indivíduo em decorrência de um ato de um Estado – o qual em tese deveria zelar de forma objetiva com o intuito de evitar qualquer violação aos direitos do homem – surge para este particular lesado, e talvez também para todos que tenham o dever ou interesse em preservar estes direitos, a possibilidade de buscar os meios que entenderem justos e necessários, seja no plano interno do Estado como no internacional, para evitar, cessar ou reparar a lesão.

5. Algumas problematizações

Conforme mencionado em diversas outras oportunidades no decorrer deste trabalho, a partir da análise casuística é que são identificados os limites à atuação dos Estados nos procedimentos de cooperação internacional em matéria penal, bem como as consequentes violações das normas, o que enseja a responsabilidade internacional dos Estados por ato ilícito.

Dessa forma, considerando a tendência do que vem se decidindo nos Tribunais Internacionais, se consolidando em diversas jurisprudências internacionais e como elemento da prática internacional, bem como a evolução da doutrina neste aspecto, a finalidade deste estudo também alcança o caso que envolve o indiano Abu Salem e Portugal, na medida em que neste Estado ocorreu um procedimento de extradição que resultou na entrega do indivíduo ao Estado Indiano, sendo que neste último lhe foi aplicada pena de caráter incompatível com as obrigações internacionais assumidas pelo Estado Português.

¹⁶¹ VOGLER, Theo. The Scope of Extradition in the light of European Convention on Human Rights. In MATSCHER, Fraz e PETZOLD, Herbert (eds.). **Protecting Human Rights: The European Dimension**. Studies in honour of Gérard J. Wirada, 2ª Edição, Koln, Carl Heymanns Verlag KG, 1990, p. 666-667. Na qual se vislumbra traços de imputação objetiva por meio da teoria do risco estruturada por Roxin in ROXIN, Claus. *Derecho Penal*, Parte General, Tomo I. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y García Conlledo e Javier Vicente Remesal. Madri, 1997.

¹⁶² VOGLER, Theo. The Scope of Extradition in the light of European Convention on Human Rights. In MATSCHER, Fraz e PETZOLD, Herbert (eds.). **Protecting Human Rights: The European Dimension**. Studies in honour of Gérard J. Wirada, 2ª Edição, Koln, Carl Heymanns Verlag KG, 1990, p. 667-669.

Assim, pretende-se apontar algumas considerações ao caso específico, no intuito de se delinear eventual reconhecimento da responsabilidade deste Estado ao permitir a entrega do indivíduo para o julgamento em jurisdição que dava sinais de ser parcial, com o conseqüente cumprimento de modalidade de pena diversa da estipulada como condição para a possibilidade de se concretizar a extradição.

c. O caso Abu Salem e o Estado Português

Abu Salem Abdul Qayoom Ansari, detido em 2002 em Lisboa, foi extraditado de Portugal para a Índia para o julgamento de um delimitado conjunto de processos e sob a condição de não ser condenado à pena de morte ou de prisão perpétua.

Em 2004, o Tribunal da Relação de Lisboa aceitou o pedido Indiano de extradição, entendimento mantido pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de Portugal em 2005, tendo se iniciado o julgamento no País requerido neste mesmo ano.

Depois de violadas as garantias que foram prestadas pela Índia, Estado que iniciou o julgamento do extraditado por outros crimes que não constavam do rol daqueles autorizados na decisão extraditória, Abu Salem provocou o judiciário português e, em 2012, foi proferida nova decisão pelo Supremo Tribunal de Justiça de Portugal no sentido de resolver a extradição, decidindo-se que fosse exigida a devolução do indivíduo.

Posteriormente, em fevereiro de 2015, Abu Salem foi condenado à pena de prisão a perpétua pela prática de um homicídio, pena esta que também violou o acordo de extradição entre os dois países¹⁶³.

Ainda que a violação aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo tenha ocorrido e sido praticadas pela Índia, Estado não contratante da Convenção Europeia de Direitos do Homem, a responsabilidade do Estado português surge na medida em que a extradição só deveria se efetivar quando todos os parâmetros de proteção do indivíduo estivessem satisfeitos¹⁶⁴.

Isso porque, em razão da inexistência de tratado bilateral com a Índia no tocante à cooperação judiciária em matéria penal, seriam aplicáveis ao caso os instrumentos em

¹⁶³ O judiciário indiano, em fevereiro de 2015, condenou Abu Salem a pena de prisão perpétua pela prática do homicídio de Pradeep Jain em 1995. Disponível em: <<http://www.ndtv.com/india-news/gangster-abu-salem-sentenced-to-life-term-for-mumbai-builders-murder-742239>>, acesso em 15 de junho de 2016.

¹⁶⁴ Cf. § 86 *Soering v. The United Kingdom*.

matéria de direitos e garantias individuais, além das normas internacionais acerca de cooperação judiciária em matéria penal, das quais Portugal é contratante, bem como a Lei n.º 144/99, que rege os procedimentos desta natureza.

Dessa forma, e como Estado contratante da Convenção Europeia de Direitos do Homem, Portugal se torna responsável pela observância dos direitos nela previstos para com os indivíduos em seu território, mediante a mera interpretação gramatical do Artigo 1º desta Convenção.

Ademais, o fundamento do direito interno português para a sua responsabilização é previsto no artigo 22 da Constituição da República de 1976¹⁶⁵, bem como na Lei n.º 67/2007 que aprova o regime da responsabilidade civil extracontratual do estado e demais entidades públicas.

Pois bem.

Segundo o Artigo 6º, item 1, da Convenção Europeia de Direitos do Homem, a todo indivíduo será garantido o direito a um processo justo e equitativo. O item 3, “a”, do mesmo Artigo estabelece que ao acusado devem ser informadas as naturezas de todas as acusações contra ele formuladas, e sobre isso, o próprio Acórdão do STJ de Portugal que tratou da resolução da extradição ora analisada (Proc. 111/11.7YFLSB, datado de 11/01/2012), em seu item XIII, destaca a necessidade de examinar o princípio da especialidade e os direitos do homem pelo mesmo Artigo 6º, 3, “a”, da Convenção.

Também o Artigo 19º, 2, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, aliado a uma interpretação conjunta com o Artigo 47 do mesmo diploma, assume relevância na medida em que veda a expulsão, afastamento ou extradição de pessoa para um Estado onde esteja em causa uma possível violação por um tratamento desumano, tal qual a existência de um processo injusto, em conformidade com a obrigação assumida pelo próprio Estado Português que declarou – ainda que no âmbito de uma convenção da União Europeia – por meio das reservas ao Artigo 26 da Convenção Europeia de Extradicação, que não extraditaria pessoas quando houvesse risco de estarem sujeitas a um processo no qual não estivessem garantidas a salvaguarda dos direitos do homem (Artigo 1º, b, das citadas reservas).

¹⁶⁵ Artigo 22.º Responsabilidade das entidades públicas

O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por acções ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.

A responsabilidade do Estado português decorre, então, da inobservância das garantias individuais da pessoa requerida no procedimento interno relativo à extradição¹⁶⁶, em especial porque poderia se prever o não cumprimento das garantias prestadas pela Índia, uma vez que o Tribunal Europeu de Direitos do Homem já havia reconhecido que aquele país não honrava com os direitos fundamentais ou com as garantias prestadas¹⁶⁷ relativamente ao mínimo exigido no âmbito daquilo que foi convencionado nesta matéria perante toda a comunidade europeia¹⁶⁸.

Portanto, era dever do Estado português, em atenção ao que dispõe o Artigo 33.4 da Constituição da República Portuguesa (CRP), observar as garantias prestadas e verificar sua fiabilidade¹⁶⁹ para, de alguma forma, obstaculizar qualquer lesão à direito ou garantia fundamental do indivíduo requerido, os quais não seriam alvos de violação em seu território.

Ressalta-se que não se trata de uma tentativa de internacionalização do direito interno de Portugal, exigindo o cumprimento das suas normas internas por outro Estado, mas sim de assegurar os direitos e garantias que estão previstos em diversos tratados internacionais e que são universais na medida em que:

“A protecção constitucional significa averiguar em concreto da compatibilidade da extradição com os princípios que a enformam, tendo em atenção, especialmente, a Constituição, a infracção, e a pena, seja no plano substantivo, seja no plano processual, à luz do

¹⁶⁶ Conclui E. A. Alkema que “... *the State’s responsibility may be for the shortcomings of its legislation but this responsibility also – incidentally – extends to shortcomings in judicial decisions.* ” ALKEMA, Evert Alvert. Third-party applicability or ‘Drittwirkung’ of the European Convention on Human Rights. In MATSCHER, Franz e PETZOLD, Herbert (eds). **Protecting Human Rights: The European Dimension.** Studies in honour of Gérard J. Wiarda. 1ª ed. Carl Heymanns Verlag KG, 1988, p. 42.

¹⁶⁷ Cf. § 37 e 105 *Chahal v. The United Kingdom*.

¹⁶⁸ O TEDH firmou um critério mínimo para a avaliação das garantias prestadas por outro Estado no tocante à cooperação internacional. Cf. § 186 a 189 *Othomam v. The United Kingdom*.

¹⁶⁹ Sobre isto, com referências a julgados, vide o Relatório do Tribunal Constitucional de Portugal elaborado pela Juíza Conselheira Maria José Rangel de Mesquita e Cristina Sousa Machado assessora do Gabinete dos Juízes: Extradição e mandado de detenção europeu enquanto formas de cooperação internacional em matéria penal e fiscalização da constitucionalidade. XIV Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Espanha, Itália e Portugal. Lisboa, 16/11/2012. Disponível para consulta em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/PONENCIA%20PORTUGUESA.pdf>>, acesso em 15 de junho de 2016.

ordenamento interno dos dois Estados interessados na extradição”¹⁷⁰

Além do que, deveria o Estado português zelar diretamente para que nenhum indivíduo sob sua jurisdição fosse vítima de uma lesão aos direitos que foram reconhecidos universalmente, ainda que por ato de outro Estado.

Ademais, este ato de *oferecer garantias* do citado Artigo 33.4 da Constituição da República Portuguesa se interpreta relativamente à necessidade de observar os parâmetros que posteriormente vieram a ser consolidados pelo Tribunal Europeu de Direitos do Homem, sob pena de tornar nula a relevância constitucional desta exigência e retroceder “... para a mera lógica político-diplomática ancestral do Direito Internacional Público o plano da vinculatividade ao Direito Internacional Público”¹⁷¹.

A responsabilidade de Portugal decorre, portanto, (i) pelo fato de não ter se atentado à possível lesão aos direitos humanos do indivíduo, direitos os quais se obrigou perante a comunidade internacional, e porque (ii) este comportamento teve como consequência direta a exposição do indivíduo a uma violação aos seus direitos e garantias fundamentais¹⁷².

Contudo, relativamente ao indivíduo, uma vez violados direitos e garantias previstas na Convenção Europeia de Direitos do Homem, e não havendo impedimento para que o particular acione o Estado perante o Tribunal Europeu de Direitos do Homem, poderia Abu Salem, com fundamento nos Artigos 1º, 6º, item 3.a, 34º, 41º e 46º, todos desta mesma Convenção citada, provocar o Tribunal Europeu a se manifestar pelas violações perpetradas com o intuito de aferir eventual responsabilidade de Portugal e eventual meio de reparação.

Entretanto, considerando a citada atuação preventiva e/ou reparadora (Artigo 41º) do Tribunal, não se vislumbra uma possível decisão que determine que Portugal adote uma ação positiva no sentido de ter a devolução de Abu Salem¹⁷³. E considerando o efeito *inter partes* das suas sentenças, não surgirá qualquer obrigação para o Estado Indiano.

¹⁷⁰ Cf. Acórdão 1146/96 do Tribunal Constitucional de Portugal, datado de 12 de novembro de 1996.

¹⁷¹ Item 7º da Declaração de voto da Conselheira Maria Fernanda Palma, relativa ao Acórdão nº. 384/2005, de 13 de julho de 2005, do Tribunal Constitucional de Portugal.

¹⁷² Na mesma linha o entendimento do TEDH Cf. § 88 e 91 *Soering v. The United Kingdom*.

¹⁷³ Cf. decisões reparatórias do TEDH em *Mamatkulov and Askarov v. Turkey* e *Olaechea Cahuas v. Spain*.

Ademais, uma vez que a violação das garantias afeta a validade da extradição, e tendo constado como cláusula resolutiva com a condição de posterior devolução, em sendo ela resolvida¹⁷⁴ – e podendo-se aferir a responsabilidade de Portugal pelas violações causadas à Abu Salem pelo exercício de reflexão deste trabalho – poderia o Estado português solicitar a devolução do indivíduo.

Ocorre que seria necessária uma conveniência bilateral entre os Estados para que se operasse esta ação, o que não se parece presente no caso em tela haja vista o próprio descumprimento das garantias pela Índia, bem como a recente decisão do seu judiciário condenando o indivíduo à prisão perpétua, parece surgir como empecilho para esta forma de resolução.

Não obstante o que foi anteriormente referido, uma eventual condenação do Estado Português por violação às normas da Convenção ensejaria o reconhecimento de sua responsabilidade com o consequente dever de uma reparação, em regra de caráter pecuniário.

Ressalte-se, por fim, que da relação entre os Estados, surge para Portugal a possibilidade de se adotar *contramedidas*¹⁷⁵ contra um fato ilícito, instituto de Direito Internacional classificado como “... *uma reação de um Estado a uma violação de obrigação internacional cometida por outro Estado traduzida na adoção de uma medida jurídico-internacionalmente admitida...*”¹⁷⁶.

Neste caso, o desrespeito às instituições portuguesas, bem como a violação às condições estabelecidas na autorização da extradição, constitui flagrante violação do Estado indiano, sendo passível de reação do Estado português, pelo que, parece plenamente possível o estudo de uma eventual contramedida que venha a ser adotada.

O já citado *Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados por Atos Ilícitos (Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful*

¹⁷⁴ Acórdão no Processo n.º. 3880/03-3, datado de 14/09/2011, do Tribunal da Relação de Lisboa, confirmado pelo Acórdão 111/11. 7YFLSB do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 11/01/2012. Decisão do STJ que determina que Portugal adote meios diplomáticos de devolução no Processo n.º. 07P3487, Acórdão datado de 13/12/2007.

¹⁷⁵ Para estudo mais detalhado do assunto, cf. BRITO, Wladimir. **Direito internacional público**. 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 527-534. e OLIVEIRA, Danielle Cândido de. **A responsabilidade internacional do Estado por violação a normas protetoras de direitos humanos**. 2011. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 8. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-31072012-093742/>>. Acesso em 15 de junho de 2016.

¹⁷⁶ BRITO, Wladimir. **Direito internacional público**. 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 528.

Acts) dedicou um capítulo próprio ao instituto das contramedidas, definindo-a e delimitando-a em seu artigo 49, como:

“Art. 49. Objeto e limites das contramedidas

1. Um Estado lesado somente pode adotar contra-medidas contra um Estado que seja responsável por um ato internacionalmente ilícito com o objetivo de induzi-lo a cumprir com suas respectivas obrigações dispostas na Parte Dois.

2. As contramedidas são limitadas ao não cumprimento temporal de obrigações internacionais do Estado que adota as medidas em relação ao Estado responsável.

3. As contramedidas deverão, na medida do possível, ser tomadas de tal modo a permitir a retomada da realização das obrigações em questão.”

Entretanto, o recurso à utilização das contramedidas prescinde de duas condições para a sua validade, conforme a previsão do mesmo *Projeto de Artigos*: (i) a notificação do Estado infrator, indicando a infração e a conduta que se entende cabível para reparar o dano (artigo 52.1.a) e (ii) notificação do Estado infrator da decisão da adoção da contramedida e oferecer a viabilidade de uma negociação (artigo 52.1.b).

Dessa forma, se assim entendesse, Portugal deveria noticiar a Índia de que o descumprimento das garantias ofertadas constituiu uma violação ao Direito Internacional, notadamente por afetar o próprio princípio da confiança mútua entre os Estados, enumerando a medida cabível para reparação e a possibilidade de negociação.

Mesmo que não se estabeleça determinadamente uma solução ao caso, traçar os fundamentos da responsabilidade da responsabilidade do Estado português no caso em tela é essencial ao desenvolvimento dos estudos relacionados à responsabilização dos Estados no tocante às decisões nos procedimentos de extradição.

CONCLUSÃO

O pluralismo dos Estados soberanos, bem como de culturas e povos, pode dificultar que se estabeleça um senso comum sobre o fundamento e sobre o alcance dos direitos fundamentais, o que ocasiona impasses para se afirmar a existência de uma violação a um direito de outrem.

Apesar disso, a unidade do gênero humano e a sociabilidade dos Estados contribuiu para o desenvolvimento do Direito Internacional¹⁷⁷, fazendo surgir comandos destinados à proteção destes Estados, povos e indivíduos, e destinados a regular uma série de fatos que extrapolam o território e a soberania de um único Estado. Os procedimentos de cooperação internacional em matéria penal é um dos palcos para utilização destas normas.

Considerando o estudo da relação jurídico-processual existente entre os participantes de um procedimento de cooperação internacional em matéria penal e o estudo das respectivas responsabilidades decorrentes das violações que ocorrem por decisões proferidas, além das normas legais e costumeiras previstas nos Direito Internacional ou no direito interno, ou aquelas adotadas nas rotinas jurídicas internacionais, é possível afirmar que a relação de direitos e deveres entre estas partes persiste desde o início do procedimento de cooperação internacional em matéria penal, e inclusive mesmo após a sua conclusão.

E não poderia ser diferente, na medida em que todo o procedimento que ocorre nos Estados, bem como suas decisões, tem o condão de alterar uma situação jurídica, podendo causar diversas vulnerações aos direitos e às garantias fundamentais do indivíduo.

Por isso, afirma-se que o Estado Requerido deve observar a esfera de proteção dos indivíduos, além de zelar pelo cumprimento da sua decisão proferida no procedimento, seja no âmbito do seu direito interno seja no plano internacional. E de igual modo, o Estado Requerente deve pautar seu pleito nas balizas criadas pelo Direito Internacional e pela prática comum dos Estados.

¹⁷⁷ Sobre isso, cf. TRUYOL Y SERRA. António. **Noções fundamentais de Direito Internacional Público**. Tradução de R. Ehrhardt Soares, 2ª ed., Arménio Amado, Coimbra, 1962, p. 100-102.

A larga utilização de meios de transferência de pessoas – em especial a extradição – como ferramenta de opressão aos indivíduos perseguidos acelerou o desenvolvimento da consideração dos direitos humanos em tais procedimentos¹⁷⁸.

Assim, ainda que se exija a colaboração entre Estados soberanos, não deverá ocorrer a transferência da pessoa quando houver indícios de que serão violados os direitos e garantias fundamentais, se obrigando inclusive, o Estado Requerido, a tutelar estes direitos quando rejeitar a cooperação.

Isto porque, a “... *aceitação do princípio de que a Comunidade Internacional assenta em ‘valores fundamentais’ ou ‘regras básicas’ que compõem a (...) ‘ordem pública internacional’ e que, dessa forma, obrigam todos os sujeitos do Direito Internacional*”¹⁷⁹.

Ainda que no passado alguns Estados tenham ignorado os meios pelos quais o indivíduo foi levado à sua jurisdição¹⁸⁰, as constantes evoluções acerca das garantias da pessoa parecem ter alterado também este entendimento rudimentar de sujeição sob qualquer medida¹⁸¹. Nesta esteira de evolução das vertentes da proteção internacional da pessoa humana, tais quais delineadas anteriormente, aperfeiçoaram-se os procedimentos de cooperação internacional em matéria penal entre Estados, atentando também para o indivíduo alvo da cooperação.

Por tais motivos, subsiste a clara dicotomia existente entre o processo extradicional e os direitos humanos, de que trata *Ada Pellegrini Grionover* de:

“Dois valores relevantes (...) emergido em sede de cooperação internacional em matéria penal: de um lado, a necessidade de intensificar a referida cooperação na luta contra o crime; de outro, a consciência cada vez mais profunda de que os direitos

¹⁷⁸ Como é o caso da recusa de extradição por crime político. Nesse sentido cf. JONES, John R. W. D. *Extradition*. In COLVIN, Madeleine e COOPER, Jonathan (eds). **Human Rights in the Investigation and Prosecution of Crime**. Oxford University Press: Oxford, 2009, p. 396.

¹⁷⁹ QUADROS, Fausto de, e PEREIRA, André Gonçalves. **Manual de Direito Internacional Público**. Almedina, 2007, p. 278.

¹⁸⁰ Dessa forma se posicionou os Estados Unidos da América por ocasião das decisões em *Ker v. Illinois e Frisbie v. Collins*, que deu origem à chamada ‘regra Ker-Frisbie’ que sustenta a irrelevância do modo pelo qual o indivíduo foi sujeito à jurisdição do Tribunal para que ela se opere. Para maior desenvolvimento sobre ambos os precedentes bem como sobre a ‘regra Ker-Frisbie’ cf. GEOFF, Gilbert. **Transnational Fugitive Offenders in International Law**. Extradition and other Mechanisms. The Hague. Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 340 e ss.

¹⁸¹ GEOFF, Gilbert. **Transnational Fugitive Offenders in International Law**. Extradition and other Mechanisms. The Hague. Martinus Nijhoff Publishers, 1998, p. 342 e ss.

*fundamentais devem colocar-se como termo de referência nessa matéria e, conseqüentemente, como limite à cooperação internacional em matéria penal.”*¹⁸²

Os estudos deste tema têm se apresentado como evolução da cooperação internacional para a proteção dos direitos humanos, e que na medida do entendimento de *Jorge Miranda e Miguel Pedrosa Machado*, constituem “... *um adequado tratamento da extradição reclama a procura de um justo equilíbrio, entre dois termos: a necessidade de cooperação judiciária internacional em matéria penal e a preservação dos vectores básicos da ordem constitucional*”¹⁸³.

Pode-se estender como medidas de proteção dos direitos humanos os atos que recusam a cooperação ou qualquer forma de violação das garantias individuais uma vez que “...*international protection presupposes and depends upon de co-operation of sovereign States, wich are still indispensable instruments for the implementation and supervision human rights.*”¹⁸⁴.

Colaborar com a afirmação da jurisdição de outro Estado não importa sujeitar e aceitar qualquer pedido, ao contrário, recusar-se à cooperação quando devido – e necessário – é uma forma de cooperação por excelência, na medida em que impede o arbítrio do poder punitivo de outros Estados e as violações aos princípios norteadores do direito.

Por isso, em boa interpretação da evolução dos direitos humanos aliada especialmente aos procedimentos de extradição, cabe ao Estado *dedere aut judicare, et protegere*, ou seja, *extraditar ou julgar, protegendo* os direitos humanos.

No atual contexto de intensificação e de crise dos fluxos migratórios, de radicalização de ideais, de novos meios de fraude às normas legais, de aperfeiçoamento à evasão da aplicação das leis penais, bem como violações aos princípios mínimos

¹⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini. **Processo penal transnacional**: linhas evolutivas e garantias processuais. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 3, n.9, São Paulo, 1995, p. 42.

¹⁸³ MIRANDA, Jorge e MACHADO, Miguel Pedrosa. Processo de extradição e recurso para o Tribunal Constitucional: admissibilidade e tema do recurso – parecer” *in Direito e Justiça*, Separata, Volume IX, Tomo I, 1995, p. 229.

¹⁸⁴ ALKEMA, Evert Alvert. Third-party applicability or ‘Drittwirkung’ of the European Convention on Human Rights. *In MATSCHER, Franz e PETZOLD, Herbert (eds). Protecting Human Rights: The European Dimension. Studies in honour of Gérard J. Wiarda. 1ª ed. Carl Heymanns Verlag KG, 1988, p. 36.*

garantidos aos indivíduos, é certo que ocorrerá um crescimento exponencial do volume de procedimentos de cooperação internacional em matéria penal.

Apesar disso, não é igualmente verdade que esse crescimento significa um aperfeiçoamento, na medida em que se identificam ações e decisões dos Estados que violam os direitos e as garantias dos indivíduos, notadamente afirmadas pela jurisprudência internacional.

Por tal motivo, é possível prever que haverá responsabilidade internacional do Estado por violação às garantias do indivíduo nos procedimentos de cooperação em matéria penal não só quando o dano atingir o núcleo de direitos, cuja afirmação já se encontra sedimentada pela jurisprudência, mas também outras garantias, inclusive processuais, notadamente por constituírem instrumentos de salvaguarda dos próprios direitos reconhecidos como essenciais.

Ainda que vagamente se extraíam estes entendimentos do conjunto de normas de Direito Internacional, importante salientar que tais normas positivadas são uma realidade estática, razão pela qual a dinâmica da prática e da jurisprudência internacional atende de forma mais satisfatória os anseios de uma sociedade, que exige o respeito de seus direitos e garantias fundamentais em sua totalidade, e não apenas em um determinado núcleo.

Portanto, assim como a violação direta a um direito fundamental cometida por qualquer um dos sujeitos da comunidade internacional constitua uma infração, podendo ser atribuída uma conseqüente responsabilização deste infrator, por óbvio uma violação a um direito ou garantia que seja instrumento de proteção deste direito fundamental também o será, pois “... *a comunidade internacional como instância suprema na pirâmide das autoridades temporais... está submetida às regras da humanidade e da justiça*”¹⁸⁵.

¹⁸⁵ VERDROSS. Alfred. O fundamento do direito internacional. In **Revista de Direito Internacional**. Brasília, UniCEUB, v. 10, n., 2013, p. 1-33.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACQUARONE, Appio Claudio. **Tratados de extradição**: construção, atualidade e projeção do relacionamento bilateral brasileiro. Brasília: Instituto Rio Branco: Fundação Alexandre de Gusmão, 2003.

ALCALÁ. Humberto Nogueira. **Teoría y dogmática de los derechos fundamentales**. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma do México. México, 2003.

ALKEMA, Evert Alvert. Third-party applicability or ‘Drittwirkung’ of the European Convention on Human Rights. *In* MATSCHER, Franz e PETZOLD, Herbert (eds). **Protecting Human Rights: The European Dimension**. Studies in honour of Gérard J. Wiarda. 1ª ed. Carl Heymanns Verlag KG, 1988;

AMBOS, Kai. **Fundamentos de la imputación en derecho internacional penal**. Editora Porrúa: México, 2009;

ANZIOLOTTI, Dionísio. **Teoria general della responsabilità dello stato nel diritto internazionale**. Firenze: F. Lumachi Libraio-Editore, 1902;

ARRUDA, Braz de Sousa. **Estrutura do Direito Internacional**. Preleções feitas no curso de doutorado;

BASSIOUNI, M. Cherif. **A draft international criminal code and draft statute for an international criminal tribunal**. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1987.

BRITO, Wladimir. **Direito internacional público**. 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

BROWNLIE. Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. Tradução da 4ª ed. por Maria Manoela Farrajota, Maria João Santos, Victor Richard Stockinger e Patrícia Galvão Teles, Fundação Calouste Gulbekian: Lisboa, 1997.

BUCHO, José Manuel da Cruz (compil). **Cooperação internacional penal**. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2000;

CAEIRO, Pedro. Proibições constitucionais de extraditar em função da pena aplicável. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Ano 8, vol. 1, jan-mar 1998, p. 7-25.

CAEIRO, Pedro. Alguns aspectos do Estatuto de Roma e os reflexos da sua ratificação na proibição constitucional de extraditar em caso de prisão perpétua. *In* **Direito e Cidadania** 5, 2003, nº 18, p. 41-60.

CAEIRO, Pedro. O procedimento de entrega previsto no Estatuto de Roma e a sua incorporação no direito português. *In* MOREIRA, Vital / ASSUNÇÃO, Maria Leonor / CAEIRO, Pedro / RIQUITO, Ana Luísa. **O Tribunal Penal Internacional e a Ordem Jurídica Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 69-157

CAEIRO, Pedro. Cooperação Judiciária na União Europeia. *In* **Direito Penal Económico e Europeu. Textos Doutrinários**. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 69-80.

CAEIRO, Pedro. A jurisdição penal da União Europeia como meta-jurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais. *In* **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho**, vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 179-210

CAEIRO, Pedro. A coerência dos sistemas penais nacionais em face do direito europeu. *In* SOUSA, Constança Urbano de (coord.). **O Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça da UE: Desenvolvimentos Recentes**. Lisboa: Edial, 2014, p. 241-255.

CAEIRO, Pedro. Lições do dia 22 de outubro de 2014, na cadeira de Direito Processual Penal, durante o 2º Ciclo de Estudos em Direito, menção em Ciências Jurídico-Criminais, no ano letivo 2014/2015.

CAEIRO, Pedro. Lições do dia 28 de outubro de 2014, na cadeira de Direito Processual Penal, durante o 2º Ciclo de Estudos em Direito, menção em Ciências Jurídico-Criminais, no ano letivo 2014/2015.

CAEIRO, Pedro. Lições do dia 5 de novembro de 2014, na cadeira de Direito Processual Penal, durante o 2º Ciclo de Estudos em Direito, menção em Ciências Jurídico-Criminais, no ano letivo 2014/2015.

CAEIRO, Pedro (org.). **A Agenda da União Europeia sobre os Direitos e Garantias da Defesa em Processo Penal: a “segunda vaga” e o seu previsível impacto sobre o direito português.** Instituto Jurídico, Coimbra, 2015.

CAEIRO, Pedro; FIDALGO, Sonia. O mandado de detenção europeu na experiência portuguesa: tópicos da primeira década. *In* CAEIRO, Pedro (compil.). **Temas de extradição e entrega.** Coimbra: Almedina, 2015;

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del ser Humano en el Inicio del Siglo XXI** / Jaime Ruiz de Santiago, 2ª ed, São José da Costa Rica: Impresora Gossestra Internacional, 2002, p. 55

CANÇADO TRINDADE. Antonio Augusto. O esgotamento dos recursos internos e a evolução da noção de “vítima” no direito internacional. *In* **Revista de Informação Legislativa**, v. 23, n. 89, jan./mar. 1986, p. 377-448.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEYTRIGENT, Gérard; SANTIAGO, Jaime Ruiz de. **Las Tres Vertientes de la Protección Internacional de los Derechos de la Persona Humana.** Cidade do México: Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2003;

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª ed., Almedina: Coimbra, 2007

CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**, vol 1. Almedina, Coimbra, 2007;

DELGADO, Filomena. **A Extradção**. Separata do Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa, 1987;

DIHN, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. Tradução Vítor Marques de Coelho, 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003;

DUGARD, John; VAN DEN WYNGAERT, Christine. Reconciling Extradition with Human Rights. *In The American Journal of International Law*, vol. 92, n. 2, Abril 1998, p. 187-212.

FARIAS, Bento de. **Sobre o Direito Extradicional**. Jacintho Ribeiro: Rio de Janeiro, 1930;

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito Penal**. Parte Geral, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;

GEOFF, Gilbert. **Transnational Fugitive Offenders in International Law**. Extradition and other Mechanisms. The Hague. Martinus Nijhoff Publishers, 1998;

GREENWOOD, Christopher. State Responsibility for the Decisions of National Courts. *In FITZMAURICE, Malgosia; SAROOSHI, Dan (eds.). Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*. Hart, Oxford, 2004;

GRINOVER, Ada Pellegrini. Processo penal transnacional: linhas evolutivas e garantias processuais. *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 3, n.9, São Paulo, 1995, p. 42.

GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. **Medidas compulsórias: a deportação, a expulsão e a extradção**. Rio de Janeiro: Forense, 1994;

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS. **International Principles on the Independence and Accountability of Judges, Lawyers and Prosecutors**. Practitioners Guide Nº. 1, 2007. Disponível em: <<http://www.refworld.org/pdfid/4a7837af2.pdf>>.

JIMÉNEZ, A. Queralt. El demandante individual en el sistema europeo de garantía de los derechos humanos. In COSTA, Paulo Sérgio Weyl A. **Direitos humanos em concreto**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 11-44.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo II, 3ª ed. Losada: Buenos Aires, 1964;

JONES, John R. W. D. Extradition. In COLVIN, Madeleine e COOPER, Jonathan (eds). **Human Rights in the Investigation and Prosecution of Crime**. Oxford University Press: Oxford, 2009;

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura**. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5ª ed. Calouste Gulbekian, 2001.

MACHADO. Jónatas. **Direitos Humanos e Ética no Desporto**. 1ª Edição, Coimbra Editora: Coimbra, Junho 2015;

MACHADO, Jónatas. **Direito Internacional**: do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro, 4ª ed. Coimbra Editora: Coimbra;

MACHADO, Jónatas E. M. **Direito da União Européia**. 1ª Edição, Wolters Kluwer e Coimbra Editora, 2010.

MIRANDA, Jorge e MACHADO, Miguel Pedrosa. Processo de extradição e recurso para o Tribunal Constitucional: admissibilidade e tema do recurso – parecer” in **Direito e Justiça**, Separata, Volume IX, Tomo I, 1995, p. 229.

MIRANDA, Jorge. Sobre a responsabilidade internacional. In **Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ. Brasília**. Ano 10, Volume 20, jul/dez 2002, p. 305-317.

MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**. 5ª ed. Cascais: Pincipia, 2012, p. 118.

MIRANDA, Jorge. O Estado Constitucional Cooperativo e o Jus-Universalismo da Constituição Portuguesa. *In O constitucionalismo no séc. XXI na sua dimensão estadual, supranacional e global*. DA SILVA, Vasco Pereira; CALLEJÓN, Francisco Balaguer (coord.). Congresso em honra de Peter Harbele. Lisboa, 2014.

MIRANDA, Jorge. Direito constitucional e Direito internacional. *In Revista do advogado*, São Paulo, a.23 n.73 (Nov.2003), p.89-93.

OLIVEIRA, Danielle Cândido de. **A responsabilidade internacional do Estado por violação a normas protetoras de direitos humanos**. 2011. Tese (Doutorado em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 8. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-31072012-093742/>>.

O'DONNELL. Daniel. **Derecho Internacional de los Derechos Humanos**: normativa, jurisprudencia y doctrina de los Sistemas Universal e Intramericano. 2ª ed., Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2012.

O'HIGGINS, Paul. Disguised Extradition. The Sloben Case. *In The Modern Law Review*, vol. 27, nº 5, Setembro de 1964.

PAIS, Sofia Oliveira. **Estudos de direito da União Europeia**. 3ª ed. Almedina: Coimbra, 2014;

PAIS, Sofia Oliveira (coord.). **Princípios fundamentais de Direito da União Europeia**. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 2013;

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto. **Manual de direito internacional público**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1993;

PLACHTA, Michael. Contemporary problems of extradition: Human Rights, grounds for refusal and the principle aut dedere aut judicare. *In Annual report and Resource Material nº 57*, UNAFEI, Fochu, Tokyo, Japan. Setembro, 2001, p. 64-86. Material disponível para consultas em: <http://www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_rms/no57/no57.pdf>.

QUADROS, Fausto de, e PEREIRA, André Gonçalves. **Manual de Direito Internacional Público**. Almedina, 2007;

RAMOS, André de Carvalho. Avanços e recuos: a universalidade dos direitos humanos no século XXI. *In* COSTA, Paulo Sérgio Weyl A. **Direitos humanos em concreto**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 69-88;

RAMOS, André de Carvalho. Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas. *In* RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro**. São Paulo : Editora CL-A Cultural, 2011;

REALE, Giovanni e ANTISERI, Dario. **História da filosofia, do humanismo a Kant**, Volume II, 2ª edição, São Paulo: Paulus, 1990;

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 245-246.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**, Parte General, Tomo I. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Diaz y García Conlledo e Javier Vicente Remesal. Madri, 1997.

SERRANO, Mario Mendes. Extradicação. Regime e práxis. *In* BUCHO, José Manuel da Cruz (compil). **Cooperação internacional penal**. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2000, p. 15-26.

SHAW, Malcom N. **International Law**. 6ª ed., Nova Iorque: Cambridge University Press, 2008.

SIMON, Theodore e ATKINS, Richard. Prisoner Transfer Treaties: Crucial times ahead. *In The alleged transnacional criminal*. The second biennial international criminal law seminar. Martinus Nijhoff Publishers: Amsterdam, 1995;

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. **As novas tendências do direito extradicional**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2013;

SUDRE, Frédéric. **Droit européen et international des droits de l'homme**. 9ª ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2008;

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS. **Extradição e mandado de detenção europeu enquanto formas de cooperação internacional em matéria penal e fiscalização da constitucionalidade**. XIV Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Espanha, Itália e Portugal. Relatório elaborado pela Juíza Conselheira Maria José Rangel de Mesquita e Cristina Sousa Machado assessora do Gabinete dos Juízes. Lisboa / Portugal, 16 Novembro de 2012. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/PONENCIA%20PORTGUESA.pdf>>.

TRIEPPEL, Von. **Völkerrecht und Landrecht**, Leipzig, 1899.

TRUYOL Y SERRA. António. **Noções fundamentais de Direito Internacional Público**. Tradução de R. Ehrhardt Soares, 2ª ed., Arménio Amado, Coimbra, 1962;

VASAK, Karel (ed.). **The International Dimensions of Human Rights**. UNESCO, 1979;

VERDROSS. Alfred. O fundamento do direito internacional. *In Revista de Direito Internacional*. Brasília, UniCEUB, v. 10, n., 2013, p. 1-33.

VIRALLY, Michel. **Reflexions sur le ‘Jus Cogens’**. *In* Annuaire français de droit international, volume 12, 1966, p. 5-29;

VOGLER, Theo. The Scope of Extradition in the light of European Convention on Human Rights. In MATSCHER, Fraz e PETZOLD, Herbert (eds.). **Protecting Human Rights: The European Dimension**. Studies in honour of Gérard J. Wirada, 2^a Edição, Koln, Carl Heymanns Verlag KG, 1990, p. 663.

WARBRICK, Colin; SALGADO, Elena Martin; GOODWIN, Nicholas. The Pinochet Cases in the United Kingdom. *In* **Yearbook of International Humanitarian Law**. T.M.C Asser Press, vol. 2, 1999, p-91-118.

REFERÊNCIAS DE LEGISLAÇÃO, ESTATUTOS, TRATADOS E CONVENÇÕES

- 1945: *Carta das Nações Unidas*;
- 1948: *Declaração Universal dos Direitos Humanos*;
- 1950: *Convenção Para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*;
- 1957: *Convenção Europeia de Extradução*;
- 1962: *Convenção sobre a Responsabilidade de Operadores de Navios Nucleares*;
- 1966: *Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos*;
- 1969: *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*;
- 1969: *Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados*;
- 1972: *Convenção sobre Danos causados por Objetos Espaciais*;
- 1976: *Constituição da República Portuguesa*;
- 1982: *Convenção sobre o Direito do Mar, e o Direito Internacional do Ambiente*;
- 1984: *Convenção Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes*;
- 1988: *Convenção de Viena Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas*;
- 1998: *Estatuto de Roma*;
- 1999: *Portugal – Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal. Lei nº. 144 de 31/08/1999*;
- 2000: *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*;
- 2000: *Convenção das Nações Unidas Sobre o Crime Organizado Transnacional*;
- 2000: *Convenção Relativa ao Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal Entre os Estados Membros da União Europeia*;

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

Tribunal Internacional de Justiça

- *Caso Chorzow Factory (1928)*;
- *Caso Canal Corfú (1948)*;
- *Barcelona Traction (1970)*

Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia

- *The Prosecutor vs. Anto Furundzija*

Tribunal Europeu de Direitos do Homem

- Acórdão *Al-Adsani vs Reino Unido*;
- Acórdão *Allan vs. Reino Unido*;
- Acórdão *Aksoy vs. Turquia*;
- Acórdão *Bozano vs. França*;
- Acórdão *Böhmer vs. Alemanha*;
- Acórdão *Chahal vs. Reino Unido*;
- Acórdão *Czekalla vs. Portugal*;
- Acórdão *Daud vs. Portugal*;
- Acórdão *Ecer e Zeyrek vs. Turquia*;
- Acórdão *Ferreira Alves vs. Portugal (nº 3)*;
- Acórdão *Lamanna vs. Austria*;
- Acórdão *Lucà vs. Itália*;
- Acórdão *Mamatkulov and Askarov vs. Turquia*;
- Acórdão *Olaechea Cahuas vs. Espanha*;
- Acórdão *Othoman vs. Reino Unido*;
- Acórdão *Soering vs. Reino Unido*;
- Acórdão *Telfner vs. Áustria*;
- Acórdão *Teixeira de Castro vs. Portugal*;

Tribunais de Portugal

- Acórdão de 12/11/1996, nº. 1146/96 – Tribunal Constitucional de Portugal;

- Acórdão de 11/01/2012, n.º. 384/2005– Tribunal Constitucional de Portugal;
- Acórdão de 13/12/2007 no Processo n.º. 07P3487 – Supremo Tribunal de Justiça;
- Acórdão de 14/09/2011 no Processo n.º. 3880/03-3 – Tribunal da Relação de Lisboa;
- Acórdão de 20/03/2014 no Processo n.º. 131/14.0YRLSB – Tribunal da Relação de Lisboa;
- Acórdão de 11/09/2014 no Processo n.º. 364/13.6YRLSB-A.L1-9 – Tribunal da Relação de Lisboa;

Outros Tribunais

- Decisão *Ker v. Illinois* – Suprema Corte dos Estados Unidos, 1886;
- Decisão *Frisbie v. Collins* – Suprema Corte dos Estados Unidos, 1952;