

de ser um princípio do soberano ou do Estado estritamente relacionado com seu território e seu *us puniendi*, a um direito humano do cidadão europeu em um espaço judicial comum. Resta aberta a questão relacionada com a necessidade de resolver conflitos de jurisdição em um espaço comum que se caracteriza por uma atividade transfronteiriça muito crescente. Será necessário elaborar critérios de eleição da jurisdição e outorgar a Eurojust ou a um futuro Ministério Público Europeu a competência de coordenação e de decisão em matéria de conflitos de jurisdição penal.

COOPERAÇÃO JURÍDICA PENAL NA EUROPA¹

Kai Ambos²

Conselho da Europa

1. Generalidades

Sob o pálio do Conselho da Europa foram publicados vários acordos (ver abaixo) de direito processual (penal) no âmbito conjunto da cooperação jurídica – extradição, execução e pequena cooperação³. De especial significado aqui é a extradição e, como seu diploma jurídico básico o Tratado Europeu sobre Extradição de 1957.⁴ A “extradição” ocorre em casos, nos quais um Estado – o

¹ Tradução parcial da primeira edição de Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht, Europäisches Strafrecht. München (C.H. Beck), 2006. A segunda edição foi publicada, na Alemanha, em 2008. Tradução do original em alemão: José Paulo Baltazar Junior.

² Prof. Dr. Kai Ambos, Coordenador da Divisão de Direito Penal Estrangeiro e Internacional da Georg August Universität Göttingen; Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Comparado e Direito Penal Internacional; Juiz do Tribunal de Justiça de Göttingen.

³ Comparar Hackner et al., nm 2; Hecker, Europäisches Strafrecht, Heidelberg (Springer), 2ª ed. 2007, § 2 nm 64; sobre a problemática do equilíbrio entre eficiência e proteção de direitos individuais no âmbito de ajuda jurídica, em exame detalhado, Glöck/Spencer, StV 2006, 269 com uma vista geral da situação em OLG Köln StV 2006, 229.

⁴ Weigend, Jus 2000, 106.

Estado requerente – solicita a um outro – o *Estado requerido* – a *entrega de uma pessoa*, que se encontra no Estado requerido e é procurada pelo Estado requerente para ser processada ou – caso já tenha sido sentenciada – para a execução da pena.⁵ O processo de extradição é iniciado em razão do requerimento de um Estado (requerente) estrangeiro. Ele pode ser separado em duas fases, nomeadamente nos processos de admissibilidade e de aprovação.⁶ No processo de admissibilidade, na *Alemanha*, o Oberlandesgericht (Tribunal Superior de Justiça do Estado) em cujo território o extraditando se encontra⁷ verifica a admissibilidade da extradição do ponto de vista jurídico⁸. O extraditando pode opor um *recursus constitutional* (amparo, “Verfassungsbeschwerde”) contra essa decisão. Na *Áustria* decide o juiz de instrução do Tribunal competente de primeira instância (§ 31 Abs. 5 östARRHG). Contra sua decisão podem recorrer o extraditando e o Ministério Público para o Tribunal de Segunda Instância (§ 31 Abs. 6 östARRHG).⁹ Quando a extradição foi definitivamente reconhecida como (juridicamente) admissível, segue-se o processo de aprovação. Aí decide o Executivo – na Alemanha o Ministro ou Secretário da Justiça, conforme o caso, na Áustria o Ministro da Justiça (§ 74 Abs. 1 IRG, § 34 Abs. 1 östARRHG) ou um servidor encarregado pelo Ministério (§ 74 Abs. 2 IRG)¹⁰ – no quadro do princípio do poder

⁵ Weigend, JUS 2000, 105; sobre o conceito também Hentzlein, FS Belle, 194.

⁶ Comparar SLUG/H, Introdução nm 62; Hackner et al., nm 66 ss.; Widmaler/Lagodny, § 21 nm 27 ss.; Schweighofer/Ebensperger, P. 14; Heckler, 2007, § 2 nm 79 ss.

⁷ Instrutivo sobre a competência territorial em processo de extradição OLG Koblenz NSZ 2006, 110.

⁸ Se o OLG decidiu pela admissibilidade da extradição, vem à baila a questão da renúncia à acusação pelo MP, de acordo com o § 154b Abs. 1 StPO, OLG Karlsruhe StV 2007, 149.

⁹ Na Suíça é o órgão competente de acordo com o direito cantonal quem inicia (Art. 16 schweizeriRSG) a decisão da extradição (Art. 52 ss. schweizeriRSG); a decisão sobre a extradição recai sobre o Ministério, a Justiça da Confederação e o Departamento de Polícia (Art. 17 Abs. 1 u. Art. 55 schweizeriRSG).

¹⁰ No âmbito da extradição com base em tratado são competentes os Secretários de Justiça dos Estados (Acordo de Competência 2004 v. 28. 4. 2004, in SLUG/H, P. 2236), que delegaram parcialmente a competência ao Procurador-Geral.

discrecionário em política externa, sobre a aprovação da extradição.¹¹ Ver Quadro VII (Procedimento segundo o TEU).

Embora a autorização seja um ato administrativo, não está sujeita à apreciação pelo Poder Judiciário.¹² A única condição de conformidade ao direito é que a admissibilidade tenha sido determinada pelo Tribunal.¹³

Existem as seguintes **Convenções** (situação em 1º de outubro de 2007):

- *Tratado Europeu sobre Extradição* de 13 de dezembro de 1957 (TEUE)¹⁴ c/c Protocolo Adicional I de 15 de Outubro de 1975¹⁵ e Protocolo Adicional II de 17 de Março de 1978;¹⁶
- *Tratado Europeu de Cooperação Judiciária* de 20 de Abril de 1959 (TEUC)¹⁷ c/c Protocolo Adicional I de 17 de março de 1978¹⁸ e Protocolo Adicional II, de 8 de novembro de 2001;¹⁹
- Tratado Europeu sobre a *Fiscalização de Suspensão Condicional da Pena ou Livramento Condicional* de 30 de Novembro de 1964.²⁰

¹¹ SLUG/H, Introdução nm 62; Weigend, JUS 2000, 109. Sobre o processo de acordo com o mandado de detenção europeu, comparar Ambos, Internationales Strafrecht, Strafanwendungsrecht, Völkerstrafrecht und Europäisches Strafrecht, München (Beck) 2nd. Ed. 2008, § 12 nm 56 ss.

¹² BVerfGE 96, 100 (118); crítico Lagodny, JZ 1998, 588.

¹³ SLUG/H, Introdução nm 62.

¹⁴ ETS 24, BGBl. II 1964 P. 1369, 1371, BGBl. II 1976 P. 1778, BGBl. II 1982 P. 995, BGBl. II 1994 P. 299; Convenção com entrada em vigor em 18.4.1960 e, para a Alemanha, em 1.1.1977.

¹⁵ ETS 86; Convenção com entrada em vigor em 20.8.1979, sem ratificação da Alemanha.

¹⁶ ETS 98, BGBl. II 1990 P. 118, BGBl. II 1991 P. 874; Convenção com entrada em vigor em 5.6.1983, e para a Alemanha em 6.6.1991.

¹⁷ ETS 30, BGBl. II 1964 P. 1369, 1366, BGBl. II 1976 P. 1799, BGBl. I 1982 P. 2071, BGBl. II 1995 P. 736; Convenção com entrada em vigor em 12.6.1962, para a Alemanha em 1.1.1977.

¹⁸ ETS 99, BGBl. II 1990 P. 124, BGBl. II 1991 P. 909; Convenção com entrada em vigor em 12.4.1983e para a Alemanha em 6.6.1991.

¹⁹ ETS 182; Tratado com entrada em vigor em 1.2.2004; até hoje não ratificado pela Alemanha.

²⁰ ETS 51; Convenção com entrada em vigor em 22.8.1975; sem ratificação da Alemanha.

- Tratado Europeu sobre *Validade Internacional de Sentenças Penais* de 28 de maio de 1970;²¹
- Tratado Europeu sobre a *Delegação da Persecução Penal* de 15 de maio de 1972;²²

• Protocolo adicional de 15 de março de 1978 ao Tratado Europeu relativo a *Pecas de Informação sobre o Direito Estrangeiro* de 7 de Junho de 1968;²³

• Tratado Europeu sobre o controle de *Compra e Posse de Armas de Fogo* por indivíduos de 28 de junho de 1978;²⁴

• Tratado sobre a proteção das pessoas no *Processamento Automatizado de Dados Pessoais* de 28 de janeiro de 1981;²⁵

• Tratado sobre a *Transferência de Condenados* de 21 de março de 1983 (Tratado da Transferência, TEuT)²⁶ combinado com o Protocolo Adicional de 18 de dezembro de 1997;²⁷

• Tratado sobre a *Reparação para Vítimas de Violência* de 24 de novembro de 1983;²⁸

• Tratado sobre *Insidertrading* de 20 de abril de 1989;²⁹

²¹ ETS 70: Convenção com entrada em vigor em 26. 7. 1974 sem ratificação da Alemanha.

²² ETS 73: Convenção com entrada em vigor em 30. 3. 1978 sem ratificação da Alemanha.

²³ ETS 97, BGBl. II 1987 P. 58 und 593, ZP in Kraft getreten am 31. 8. 1979e para a Alemanha em 24. 10. 1987.

²⁴ ETS 101, BGBl. II 1980 P. 953; BGBl. II 1986 P. 616; Convenção com entrada em vigor em 1. 7. 1982 e, para a Alemanha em 1. 6. 1986.

²⁵ ETS 108, BGBl. II 1985 P. 538; entrada em vigor (também para a Alemanha) em 1. 10. 1985.

²⁶ ETS 112, BGBl. II 1991 P. 1006, BGBl. I 1991 P. 1954, BGBl. II 1992 P. 98; Convenção com entrada em vigor em 1. 7. 1985, e para a Alemanha em 1. 2. 1992.

²⁷ TS 167, entrada em vigor do tratado em 1. 6. 2000, ratificação alemã 17. 4. 2007, entrada em vigor na Alemanha em 1. 8. 2007.

²⁸ ETS 116, BGBl. II 1996 P. 1120, BGBl. II 1997 P. 740; Convenção com entrada em vigor em 1. 2. 1988, ratificação alemã 27. 11. 1996, entrada em vigor na Alemanha 1. 3. 1997.

²⁹ ETS 130: Convenção com entrada em vigor em 1. 10. 1991, ainda não ratificada pela Alemanha.

- Tratado sobre a *Navegação não-permitida* para implementação do art. 17 da Convenção de Viena sobre as Drogas³⁰ de 31 de janeiro de 1995.³¹

2. O Tratado Europeu de Extradição e o Direito Nacional

O TEuE é a Convenção-Mãe para o direito extraditacional europeu baseado em tratados.³² Ele cria obrigações de entrega de pessoas para persecução penal e execução penal, bem como para execução de medidas de segurança (Art. 1º). O fato criminoso que lhe dá base deve ser passível de extradição, isto é, apenado em ambos os estados (dupla incriminação),³³ com um apenamento mínimo abstrato (pena privativa de liberdade ou medida de segurança) de um ano (Art. 2º, Abs.. 1) e que não tenha sido alcançado pela prescrição (Art. 10). Além disso, não pode existir nenhum impedimento à extradição no Estado Requerido (comparar Art. 3 ss. bem como o n.m. 80 e ss.).³⁴ O *Protocolo Adicional I* pretende afastar o impedimento à extradição em crimes políticos e o *Protocolo Adicional II* facilita o trâmite da extradição em inúmeros pontos, por exemplo em relação à sonegação fiscal (Cap. II c/c Art. 5 TEuE).³⁵

No que diz respeito à relação entre o TEuE e as Leis nacionais (*Lei Sobre Cooperação Internacional em Matéria Penal*

³⁰ Comparar, acima, nota 445.

³¹ ETS 156, Convenção com entrada em vigor em 1. 5. 2000, ratificação alemã 23. 12. 1998, entrada em vigor na Alemanha am 1. 5. 2000.

³² Em resumo S/L/G/H, p. 429.

³³ Basilar sobre esse princípio *Keijzer*, em: Blektoon et al., P. 140 ss.; comparar Art. 2 Abp. 1 TEE. Auch OLG Köln NSZ 2006, 112 (113); sobre a exigência de uma descrição apta para subsunção do comportamento imputado OLG Karlsruhe SV 2005, 672.

³⁴ Comparar, por exemplo, OLG Karlsruhe SV 2004, 445; OLG Karlsruhe, SV 2007, 147 (148) Extradición para a Turquia em crimes políticos.

³⁵ S/L/G/H, P. 463, 470.

(IRG), a *Lei Austríaca sobre Extradução e Cooperação Judiciária* (östARRHG) e a *Lei Federal suíça sobre Cooperação Internacional em Matéria Penal*, resulta do § 1, parte 3 IRG, § 1 da östARRHG e § 1º da Lei Suíça sua *subordinação* em relação a tratados (especiais) de direito internacional, cujos regramentos são parte integrante do direito interno. As leis nacionais alemã, austríaca e suíça tem, desse modo, função de *preenchimento de lacunas*³⁶ e isso vale especialmente em relação ao TEuE.³⁷ Em razão do grande número de acordos de direito internacional atualmente existentes resulta complexa nos casos concretos a verificação definitiva do direito aplicável.³⁸ Ao lado do TEuE deve-se atentar, em certos casos, para outros regramentos. O Protocolo Adicional II, bem como tratados multilaterais e bilaterais complementares, além de reservas, esclarecimentos e regras aplicáveis dos §§ 59 e ss. do Tratado de Schengen.³⁹ O TEuE vai especialmente além da IRG, em função de que ele estabelece basicamente deveres de extradição, enquanto a IRG contém apenas disposições sobre a admissibilidade da extradição.⁴⁰ De modo semelhante estabelecem os §§ 10 ss. östARRHG/ Art. 2 ss., 32 ss. Lei Suíça as condições de admissibilidade e óbices (por exemplo a proibição de extradição de um nacional, § 12 östARRHG/§ 7 Lei Suíça) – formulam – limites relativamente estreitos de admissibilidade para a extradição, que são no entanto afastados por deveres de extradição de direito internacional público, no caso da Áustria.⁴¹ O Art. 1 Abs. 4 Lei Suíça determina, que “nenhuma pretensão de trabalho conjunto inter-estatal em matéria penal” pode ser extraída da IRSG. Sobre

³⁶ S/L/G/H, Infr. nm. 5, sobre a Suíça, também *Henzelein*, FS Bolle, 195.

³⁷ S/L/G/H, § 1 Lei de Cooperação Judiciária em Matéria Penal nm 7, S/L/G/H, TEE nm 2.

³⁸ S/L/G/H, § 1 Lei de Cooperação Judiciária em Matéria Penal nm 7.

³⁹ Comparar *Ambos*, supra nota 11, § 12, nm 22 e ss., 30 e ss.

⁴⁰ S/L/G/H, Art. 1 TEE nm 5.

⁴¹ Schwaighofer/Ebensperger, P. 5 s.

o teste comparar o Quadro 10 (“Exame de rogatórias no exemplo da extradição”).

No momento da admissibilidade da extradição o Tribunal Superior do Estado tem, tradicionalmente, de verificar, de acordo com o princípio da dupla incriminação, se o fato objeto da acusação é um crime tanto de acordo com o direito do Estado requerido quanto de acordo com o direito alemão (§§ 2, 3 IRG; Art. 2 Abs. 1 TEuE).⁴² Mais que isso, o direito alemão deve prever uma *pena máxima* de no mínimo um ano de pena privativa da liberdade, de acordo com o § 3 Abs. 2 IRG.⁴³ No âmbito de aplicação do TEuE, cujo Art. 2 Abs. 1 assim determina, deve ser preenchida a condição de que o comportamento seja apenas tanto no Estado requerido quanto no Estado requerente com uma pena máxima de no mínimo um ano de pena privativa da liberdade.⁴⁴ No entanto os arts. 2 e 3 do TEuE (§ 12, número de margem 22) limitam o princípio da dupla incriminação no âmbito de validade desse tratado.⁴⁵ A parte 1 do Art. 2 do TEuE diminui o máximo abstrato de pena necessária no estado requerente para seis meses e a parte 1 do art. 3 do TEuE estabelece, além disso, uma *dispensa* do princípio para os casos de terrorismo e criminalidade organizada.⁴⁶ No trâmite de extradição *baseado em tratado* a existência de indícios de autoria não é, em princípio, investigada, mas pressuposta com base no pedido estrangeiro. Ao

⁴² Comparar, nessa linha, o § 11, parte 1, da Lei Austríaca de Extradução e Cooperação Judiciária, bem como *Schwaighofer/Ebensperger*, P. 8.

⁴³ *Weigend*, JUS 2000, 107; *Hecker*, 2007, § 2 nm 72.

⁴⁴ *Ambos*, JZ 1999, 18; igualmente o art. 35, parte 1, a, *Lei Suíça de Cooperação Judiciária em Matéria Penal*. – A disciplina jurídica se apresenta de forma diferente na *Áustria*, onde o § 11, parte 1, da Lei de Extradução e Cooperação Judiciária exige que o fato seja punível de acordo com o direito austríaco e também do direito do estado requerente com uma pena privativa de liberdade superior a um ano (sobre isso: *Schwaighofer/Ebensperger*, P. 8).

⁴⁵ S/L/G/H, Introdução nm 64.

⁴⁶ Comparar, sobre isso, S/L/G/H, Art. 2 TEuE nm 1, Art. 3 TEuE nm 1 ss.

contrário, na extradição *sem base* em tratado, ou seja, fora do TUEU ou outro acordo, deve ser determinada a existência indícios de autoria (§ 10 Abs. 2 IRG).⁴⁷ Mais que isso, a admissibilidade da extradição depende de que seja garantida reciprocidade, ou seja, que o Estado requerido esteja disposto a cooperar caso ocorra a situação inversa, no sentido de um “do-ut-des” (§ 5 IRG).⁴⁸ Além disso em cada extradição deve ser atentado para o princípio da especialidade, ou seja, assegurar-se de que a pessoa entregue somente seja processada em razão do fato pela qual foi extraditada.⁴⁹ A extradição de nacionais pode ser denegada (Art. 6 TUEU).⁵⁰

O Art. 16 do TUEU possibilita, para casos urgentes, a decretação de prisão provisória para extradição. Quanto aos requisitos materiais a parte 1 do art. 16 do TEE remete ao direito nacional do Estado requerido. É decisivo a respeito o art. 16 da IRG. No entanto permanecem válidos os prazos da parte 4 do art. 16 do TUEU, curtos frente à IRG, de modo que a prisão provisória para extradição não pode, em nenhuma hipótese, ultrapassar quarenta dias. Já de acordo com o § 16 Abs. 2 IRG o prazo seria de dois meses e em relação a estados não-europeus de três meses. Desse modo a prisão provisória para extradição pode ser imposta em um prazo mais longo em caso de trâmite extradicional não baseado em tratado.⁵¹ O prazo inicia na data do recolhimento à prisão e não antes, como já foi defendido, na data da “prisão jurídica”, ou seja, com a decretação da prisão provisória para

extradição.⁵² Além disso, ainda dentro do prazo deve haver decisão sobre a publicação de uma ordem formal de prisão para extradição na forma do § 15 da IRG, ou seja, a transformação da prisão provisória em uma ordem de prisão definitiva.⁵³ Se os documentos da extradição dão entrada apenas no último dia útil do prazo, mas de forma incompleta, uma decisão não poderá mais ter lugar em tempo oportuno e o extraditando deverá ser solto.⁵⁴ Mais que isso é de atentar para o fato de que o art. 16 do TUEU em razão de sua provisoriedade diz respeito apenas ao processo de admissibilidade e desse modo a decisão sobre a prisão (provisória) para extradição⁵⁵ – como no caso do ex-ditador chileno *Pinochet* na Grã-Bretanha em razão de um pedido espanhol – é de natureza puramente jurídica.

3. Tratado Europeu de Cooperação Judicial e Tratado Europeu de Transferência

O TEuCJ é – a semelhança do TUEU para a extradição – a convenção-mãe para o direito europeu contratual de outras formas de cooperação, ou seja, todas as formas de cooperação que não digam respeito a extradição ou execução.⁵⁶ O Art. 1º estabelece o direito dos Estados-Partes a “prestar toda forma de cooperação possível”, atentando porém, para limitações relativas a crimes políticos e fiscais, com base na *ordre public* nacional (Art. 2), e, em alguns casos, em ressalvas nacionais (comparar, por exemplo, o Art. 5º). Os arts. 3º a 6º regulam pedidos de cooperação em geral. Os arts. 7º a 12 abrangem medidas específicas de cooperação. Os

⁴⁷ Hecker, 2007, § 2 nm 72.

⁴⁸ S/L/G/H, Introdução nm 63; Weigend, JuS 2000, 107; Hecker, 2007, § 2 nm 71. Gndl. zu diesem Prinzip *van der Wilt*, In: Blektoon et al., p. 71 ss.

⁴⁹ Hecker et al., nm 28; Hecker, 2007, § 2 nm 74.

⁵⁰ Próximo dessa “exceção de nacionalidade” (“nationality exception”) Deen-Racsmány/Blektoon, Eur.-J.Cr. 2005, 318 ss., 322 ss.

⁵¹ S/L/G/H, Art. 16 TEE nm 2 ss.

⁵² S/L/G/H, Art. 16 TEE nm 6 s. com mais referências

⁵³ BGHSI 28, 31; 33 (310). Comparar, também Hecker et al., nm 73.

⁵⁴ OLG Hamm NSZ 2002, 665.

⁵⁵ Ambos, JZ 1999, 18.

⁵⁶ Resumidamente S/L/G/H, P. 517; Comparar, também Gieß, p. 109 s., bem como, agora, BGH JR 2007, 260, com comentários de Lagodny sobre o interrogatório na presença e respectivamente sob a ação de servidores do Estado requerente.

arts. 14 a 20 regulam o processo interestatal. O *Protocolo Adicional* facilita a cooperação em crimes fiscais (Arts. 1º e 2º) e amplia o âmbito de aplicação do TEuCJ para medidas adicionais de cooperação na entrega ou na execução de uma pena no Estado requerido.⁵⁷

O TEuT tem alcance além das fronteiras europeias e persegue o objetivo de que o sentenciado possa cumprir sua pena no país de origem, de modo a facilitar sua ressocialização e conformar a execução de modo mais humanitário.⁵⁸ O acordo não estabelece, no entanto, um dever de transferência, que repousa, de fato, no consenso entre o Estado da sentença e o Estado de origem e requer a concordância do atingido (Art. 3, parte 1 (d) e (f), Art. 7). O acordo regula também a execução depois da transferência, em que a mesma sanção continua sendo aplicada ou é transformada em outra assemelhada (Art. 8, 9). O *Protocolo Adicional*⁵⁹ possibilita a execução no Estado de origem sem a concordância do atingido, se ele tentar evitar a execução mediante fuga do Estado da condenação para o Estado de origem (Art. 2). Além disso a execução poderá ser transferida para o Estado para o qual o atingido venha a ser regularmente exportado (Art. 3).

4. A Convenção Europeia de Direitos Humanos e Protocolo Adicional como Obstáculos à Extradição

Os Estados-Membros da CEDH e do Protocolo Adicional são obrigados ao seu cumprimento não apenas "interno", mas também "externo", na medida em que um Estado-Membro da CEDH ou, respectivamente, do Protocolo Adicional, pode violar

⁵⁷ Resumidamente S/L/G/H, P. 539.

⁵⁸ Resumidamente S/L/G/H, P. 695.

⁵⁹ Resumidamente S/L/G/H, P. 728.

indiretamente os direitos humanos, como Estado *requerido*, ao extraditar para um (terceiro) Estado que viola os direitos humanos. Desse modo o potencial tratamento contrário aos direitos humanos no estado *requerente* apresenta-se como um obstáculo à extradição.⁶⁰ A dificuldade consiste em encontrar um adequado *equilíbrio* entre o interesse *estatal* em uma persecução penal funcional, que pressupõe um trâmite tranquilo do processo de extradição, e o interesse do *indivíduo* na proteção de seus direitos humanos.⁶¹ A necessária ponderação de interesses conduz *in abstracto* ao resultado, de que *nem toda* possível violação da CEDH ou do Protocolo Adicional se coloca como óbice à extradição, pois, do contrário, haveria o perigo de que todo o trâmite de extradição sucumbisse. De fato apenas ofensas *essenciais* ao direito da CEDH ou do Protocolo adicional e (com isso) uma violação da dignidade da pessoa humana devem ser levadas em consideração.⁶²

O caso principal na matéria é a *Sentença Soering*, no qual o TEDH decidiu pela inadmissibilidade da extradição do requerente da Grã-Bretanha para os Estados Unidos porque a imposição e execução da pena de morte nos Estados da Virgínia no chamado fenômeno do *corredor da morte* violaria o art. 3 da CEDH.⁶³ De acordo com a situação jurídica atual uma extradição

⁶⁰ Peters, P. 53, sobre o "efeito extraterritorial" de garantias convencionais, detalhado Matscher, FS Tiesch, P. 28 ss.; Ziegenhahn, P. 402 ss. Sobre a relação entre os processos de extradição e asilo Hacker *et al.*, nn 118. Comparar, da jurisprudência OLG Frankfurt a. M. SlV 2007, 142 sobre a inadmissibilidade da extradição em caso de julgamento por parte do Tribunal de Segurança do Estado da Turquia. Instituto panorama geral sobre os requisitos materiais da cooperação tradicional em Widmaier/Lagodny, § 21 nm 17 ss.

⁶¹ Sobre esse dilema de ponderação, também Böse, NSIZ 2002, 670 s.; Keijzer, in: Blektoon *et al.*, P. 186 s.

⁶² Comparar Böse, NSIZ 2002, 672, indo bem mais além S/L/G/H, § 73 Lei de Cooperação Judiciária em Matéria Penal nm 49 ss. Sobre os outros impedimentos à extradição do art. 16, parte 2, frase 1, da Lei Fundamental, a prescrição do fato no Estado requerente, (§ 9, n. 2, Lei de Cooperação Judiciária em Matéria Penal), comparar § 12, nm 36, 64, bem como Hecker, 2007, § 2 nm 75.

⁶³ *Soering v. Vereinigtes Königreich*, Sentença de 7. 7. 1989, §. 111: "having regard to the very long period of time spent on death row in such extreme conditions, with the ever present and

nesse caso não seria permitida também em razão da proibição da pena de morte (Protocolo Adicional VI⁶⁴).

A Alemanha excluiu a possibilidade de extradição para execução de pena de morte com base em dispositivos constitucionais (Art. 102 e 2, parte 2, frase 1 da Grundgesetz), no direito infra-constitucional, no § 8 da Lei de Cooperação Judiciária e em tratados de extradição (comparar, por exemplo, o art. 11 do TUEU).⁶⁵ Previsões comparáveis encontram-se no art. 20 da Lei Austríaca de Extradição e Cooperação e no § 37 da Lei Suíça de Cooperação em Matéria Penal. Nesses casos uma extradição somente é possível caso fique assegurado de modo confiável uma suspensão da execução no caso concreto. A garantia deve atender aos requisitos do § 8 da Lei de Cooperação Judiciária.⁶⁶ Uma extradição não é permitida, tampouco, para um Estado que possa *encaminhar* o extraditando para um terceiro estado que não respeite os direitos humanos.⁶⁷ Nesses casos tem aplicação nada mais que na situação da (possível) *entrega em cadeia* em relação a qual o TEDH decidiu que mesmo a entrega a um *Estado membro da Convenção* em certos casos viola o art. 3º da CEDH, se o atingido estiver ameaçado de ser levado por esse Estado para um terceiro país, no qual ele esteja sujeito a um tratamento contrário ao art. 3º da CEDH.⁶⁸

mouning anguish of awaiting execution of the death penalty ... the applicant's extradition to the United States would expose him to a real risk of treatment going beyond the threshold set by Article 3." Sobre isso, também, SIL/G/H, § 73 Lei de Cooperação Judiciária em Matéria Penal, nm 18, 46; Peters, P. 53 s.; Matscher, FS Trechsel, P. 28 s.; Ziegenhahn, P. 410 ss.; Hecker, 2007, § 3 nm 38 ss.; Menzel/Hofmann/Hofmann/Gärtitz, P. 504 ss., especialmente 506; Hermann, ZIS 2007, 304 s.; Zwaak, in Van Dijk et al., P. 394.

⁶⁴ Veja infra nota 74 e texto principal.

⁶⁵ Hackner et al., nm 119; SIL/G/H, Art. 11 TEE nm 2.

⁶⁶ Hackner et al., nm 119 s.; sobre a situação jurídica na Áustria (crítico), Schwighofer/Ebenspöger, P. 11; comparar, ibidem, 182, a reserva da Áustria e da Suíça em relação ao art. 11 do TEE.

⁶⁷ Comparar Foyer, AJP 2007, 188 sobre uma decisão análoga da Cour de cassation de 7.2.07.

⁶⁸ T. I. v. Vereinigtes Königreich, decisão de 7.3.2000.

Com base no Art. 3 da CEDH também uma pena desrazoavelmente dura no Estado requerente pode fundamentar um impedimento à extradição,⁶⁹ sendo no entanto aplicável não o parâmetro da própria ordem jurídica, devendo ser verificado se "a pena esperada no estado *requerente* é intoleravelmente dura ou deve ser vista como desarrazoada sob qualquer ponto de vista."⁷⁰ *Last but not least* um impedimento à extradição pode resultar de uma ameaça de tortura ou tratamento desumano no curso da ação penal ou da execução da pena.⁷¹ O art. 3º da CEDH é aplicável, nesse caso, ainda que os mencionados riscos provenham de fontes não-estatais.⁷²

Um impedimento à extradição pode decorrer do Art. 2º, parte 1 da CEDH em razão da transferência a vida do extraditando for colocada em alto risco.⁷³ É de atentar, além disso, para o fato de que o art. 2º da CEDH não abrange os casos de extradição para um Estado no qual haja previsão de pena de morte, em relação a isso intervêm, porém, atualmente, o Protocolo Adicional VI.⁷⁴ Pode resultar um impedimento à extradição do art. 8 da CEDH se o

⁶⁹ Detalhado sobre o caso *Sholam Weiss* (Condenação a 845 anos de prisão em razão de crime contra o patrimônio pela District Court dos EUA) *Peukert*, GS Vogler, P. 151 ss. (155 ss.); também *Böse*, NSZ 2002, 672; Hecker, 2007, § 3 nm 44 ss. (51). – De acordo com o OLG Wien NSZ 2002, 689 com notas de *Böse* vem à baila também um impedimento à execução do art. 2º, do Protocolo Adicional VII da CEDH (reexame por instância superior).

⁷⁰ Hackner et al., nm 122 com indicações jurisprudenciais. Exemplo de excessiva dureza em caso de extradição, que poderia contrariar princípios essenciais do ordenamento jurídico alemão em OLG Karlsruhe SV 2007, 145 e 146.

⁷¹ Hackner et al., nm 123; Ziegenhahn, P. 412 ss.; assim também em caso de condições carcerárias desumanas *BverfG* SV 2004, 440; sobre ameaça de tortura OLG Karlsruhe SV 2004, 442 = NSZ-RR 2004, 345; sobre impedimento à extradição em razão de (possíveis) condições carcerárias contrárias aos direitos humanos em prisões da Bielorrússia OLG Hamm SV 2005, 286.

⁷² Comparar *Ambo*, supra nota 11, § 10 nm 62. Sobre a inadmissibilidade da extradição, de se o Estado requerente (Lituânia) não é capaz de proteger o extraditando de atos de vingança de criminosos organizados OLG Düsseldorf NSZ 2006, 692 = SV 2007, 143 ("impedimento à extradição do art. 3º da CEDH e art. 25 da GG).

⁷³ Hackner et al., nm 111.

⁷⁴ Ziegenhahn, P. 406 ss.; Hecker, 2007, § 3 nm 40. Ameaça de prisão perpétua sem suspensão não contraria a admissibilidade da extradição de acordo com *BverfG* NSZ 2006, 104.

núcleo essencial do direito ao respeito à vida privada e familiar for atingido.⁷⁵

O art. 6º da CEDH pode constituir, excepcionalmente, um impedimento à extradição, se não se espera um processo justo, ou seja, quando o acusado não pode contar que suas teses sejam objetiva e apropriadamente valoradas.⁷⁶ Esse é o caso, por exemplo, na possibilidade de *prisão arbitrária e perseguição política*.⁷⁷ Há um impedimento à extradição, também, se o direito ao *reexame* da sentença por um tribunal superior, contido no art. 2º do Protocolo Adicional VII não existe (de fato).⁷⁸ O caso contrário pode ocorrer se, após uma grave violação da Convenção no processo penal do Estado sentenciante a sentença deva ser executada por um outro Estado. Em casos excepcionais entra em questão uma *ofensa indireta* aos arts. 6º ou 5º da CEDH, isto é relativo à ação penal e não à execução penal.⁷⁹ Nenhum impedimento à extradição deve, de outro lado, ser fundado no fato de que o acusado tenha sido atraído do seu Estado de origem ao Estado requerente mediante *astúcia*.⁸⁰

Se a condenação do acusado se deu à *revelia* vem à consideração uma ofensa ao art. 3º, 6 parte 3 (c) CEDH, se durante esse processo o direito à audiência e a ampla defesa foram

⁷⁵ OLG Karlsruhe NSIZ 2005, 351: separação de uma criança da mãe e, eventualmente, eclosão de doença que ameaça a vida.

⁷⁶ Comparar SL/G/H, § 73 Lei de Cooperação Judiciária em Matéria Penal nm 67; Ziegenhahn, p. 429 s.; nesse contexto, ainda, Matscher, FS Trechsel, p. 35 s. E detalhado sobre o art. 6º como impedimento à extradição e à deportação Halbrodner, FS Ress, p. 997. – Sobre uma ofensa ao art. 8º em razão do *circunstâncias do processo de extradição* no Estado requerido Ziegenhahn, p. 426 ss.

⁷⁷ Referências em Böse, NSIZ 2002, 671.

⁷⁸ Comparar OLG Wien NSIZ 2002, 669 (669 s.); discutível OGH 140 s8/02 de 9. 4. 2002 bem como OGH 140 s 30/03 de 9. 9. 2003. Crítico, com boas razões, Pauker, GS Vogler, p. 155 ss.; crítico, também C/77/D/1086/2002 v. 15. 5. 2003 <http://www.worldilii.org>.

⁷⁹ Matscher, FS Trechsel, P. 41 ss.

⁸⁰ BVerfG StV 2004, 432 com notas críticas Dickersbach.

violados.⁸¹ Não é esse, contudo, o caso, se após uma extradição bem sucedida - é possibilitada ao acusado uma medida jurídica, na qual o processo seja efetivamente reexaminado e possam ser produzidas provas pela defesa.⁸² Se uma medida assim não existe, será decisivo saber se o acusado teve conhecimento do processamento à revelia e dele tomou parte, ao menos por intermédio de seu defensor.⁸³ Também no âmbito de validade do TUE, aplica-se, implicitamente, o limite do art. 6º, parte 3 (c) da CEDH. O capítulo III do Protocolo Adicional II ao TUE⁸⁴ prevê a negativa da extradição quando no processo anterior ao julgamento à revelia não tenham sido garantidos direitos mínimos de defesa. A extradição deve ser concedida, de outro lado, quando for assegurado o direito a um novo processo perante o tribunal.

A qualificação do ato pelo qual se pretende a extradição como crime político apresenta outro tradicional impedimento à extradição. De acordo com o art. 3º, parte 1 do TUE a extradição não é permitida quanto o fato que lhe dá motivo é visto no Estado requerido como político ou em relação com um ato político (comparar também o § 6º, parte 1 da Lei alemã de Cooperação Judiciária; o § 14 da Lei Austríaca de Extradição e Cooperação Judiciária e o art. 3 da Lei Suíça de Cooperação Judiciária em Matéria Penal). O sentido e o fim desse regramento é deixar o

⁸¹ EGMR NJW 2001, 2387 (2387 ss.); comparar, também, sobre extradição em sentenças proferidas à revelia BVerfG NSIZ 2006, 102 = StV 2005, 675; BGH NJW 2002, 228 (228 s.); comparar, ainda OLG Stuttgart NSIZ-RR 2006, 116 = StV 2005, 284 (sentença à revelia na Hungria), crítico, a respeito Karsai, ZIS 2006, 443; OLG Zweibrücken NSIZ 2007, 109 = StV 2007, 144 (sentença à revelia na Bélgica) e, OLG Stuttgart NSIZ 2006, 693 (sentença à revelia na Rep. Tcheca); Hackner et al., nm 129 mit Fn. 194; Ziegenhahn, P. 431 s. Comparar aqui, também, o Livro Verde sobre a presunção de inocência de: 26. 4. 2006, KOM (2006), conclusivamente 174, p. 10, intendendo a comissão apresentar um Livro Verde sobre o processo à revelia.

⁸² Hackner et al., nm 129.

⁸³ BVerfG StV 2004, 438 (440); comparar, adicionalmente BGHS 47, 120 (123 ss.); e ainda OLG Karlsruhe StV 2004, 444; Hackner et al., nm 130.

⁸⁴ BGBl. II 1990 p. 118; II 1991 p. 874; comparar, também SL/G/H, p. 470.

Estado requerido fora de disputas políticas do Estado requerente.⁸⁵ Com o pano de fundo do terrorismo político dos anos setenta do século passado o impedimento à extradição do crimes político passou a ser percebido com crescente embaraço.⁸⁶ Tanto é assim que os arts. 1º e 2º do Tratado Europeu sobre Terrorismo⁸⁷ definem crime político de forma restritiva.

Mais que isso, o art. 1 (d) e (e) do Tratado Europeu sobre Terrorismo exclui do conceito de crimes políticos a tomada de reféns e todos os atos criminosos cometidos com emprego de armas automáticas ou cartas-bombas, se mediante o uso de tais meios pessoas foram colocadas em risco. O Tratado refere-se no art. 1 (a), (b) e (c) a outros tratados internacionais, que suspendem o impedimento à extradição de delitos políticos, nomeadamente o Tratado de Haia sobre o Combate ao Sequestro de Aeronaves de 16 de dezembro de 1970 e o Tratado de Montreal sobre os atos contrários à Segurança da Aviação Civil de 23 de setembro de 1971, bem como ao Tratado de Controle, Persecução e Penalização de Crimes contra Pessoas protegidas pelo Direito Internacional, incluindo Diplomatas, de 14 de dezembro de 1973.⁸⁸ Sobre a eliminação do impedimento à extradição de crimes políticos pelo art. 5º do TFEU retornaremos abaixo XXX.

União Europeia: O Trabalho Conjunto Policial-Judicial no Quadro do Terceiro Pilar (Art. 29 e ss. TUE)

1. Fundamentos: Espaço de Liberdade, Segurança, Justiça e reconhecimento mútuo

A UE tem por objetivo oferecer aos cidadãos dos seus Estados-Membros em um “Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça um alto grau de segurança” (Art. 2, 4º item, 29, frase 1 do TUE).⁸⁹ Esse objetivo deve ser alcançado mediante uma linha de ação comum nos âmbitos da cooperação policial e judicial em matéria penal, bem como mediante prevenção e repressão do racismo, da xenofobia, e da criminalidade, organizada ou não (Art. 29 S. 1 u. 2 TUE). Para isso é possível socorrer-se da colaboração intergovernamental – usual no terceiro pilar – que, por suas vez é executada em forma de harmonização de direito penal material e uma colaboração policial e judicial (“CPJ”) “próxima” (Art. 29, parte 2 do TUE).⁹⁰ A pedra angular desse sistema é o princípio de reconhecimento mútuo. Esse princípio já foi reconhecido no *Livro-Verde* da Comissão sobre a proteção dos interesses financeiros da CE e sobre a criação de um Ministério Público Europeu⁹¹ e no Art. 1-42 Abs. 1 (b) da proposta de Constituição sobre decisões judiciais e extra-judiciais;⁹² agora ele se encontra também – de modo menos surpreendente – no Tratado sobre o Sistema de

⁸⁵ Steinhilber/Satzger, Art. 29 TUE nm 7. Krit. Kllp, p. 75: “Utopia de Segurança”.

⁸⁶ Comparar somente Geiger, 2004, Art. 29 TUE nm 8 ss. Picotti fala de uma verdadeira “política criminal comunitária” in: Canestrari/Foffoni, p. 342. Sobre o terceiro pilar, também Ligeti, p. 58 ss.

⁸⁷ KOM (2001) 715 definitivo de 11.12.2001, 7 ff.; ver também Siegel/Livro Verde da Comissão para Criação de um Ministério Público Europeu, Zeitschrift für Rechtspolitik (“ZRP”) 2003, 172 (175), Hecker, 2007, § 14 nm. 37 ss.

⁸⁸ Sobre o significado desse princípio, ver também de Hoyos. El principio de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la UE etc., *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (“RDCE”) 2005, 807 (808 ss.), Nilsson, From classical judicial cooperation to mutual recognition, *Revue Internationale de Droit Penal* (“RIDP”) 77 (2006), 53 (53 ss.), Jégouzo, Le développement progressif du principe du reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales etc., *RIDP* 77 (2006), 97 (97 ss.).

⁸⁵ Weigend, JUS 2000, 108.

⁸⁶ Comparar Gultzner/Pötz, 1991, Nota preliminar ao Tratado Europeu sobre Terrorismo nm 6.

⁸⁷ ETS 90, BGBl. II 1978 p. 321, BGBl. II 1978 P. 907, BGBl. II 1989 p. 857.

⁸⁸ BGBl. II 1972 p. 1505, BGBl. II 1977 p. 1229, BGBl. II 1976 p. 1745.

Funcionamento da União Europeia na versão do Tratado de Lisboa (*Tratado de Reforma da UE*) em lugar de destaque, limitado, porém, a “sentenças e decisões judiciais”.⁹⁸ Reconhecimento mútuo em sentido amplo, como reconhecimento incondicional de decisões estrangeiras com efeitos automáticos no Estado requerido, por assim dizer, conduz a uma cooperação jurídica e funcional dos órgãos judiciais sem intermediação ministerial⁹⁴ e tem sido desde sempre o ponto central de ataque dos críticos dos esforços de harmonização no campo do processo penal

O princípio consubstancia, enfim, a base de vários instrumentos e iniciativas de harmonização que se remetem ao quadro da CPJ,⁹⁵ tendo especial significado a “*Decisão-Quadro sobre o Mandado de Detenção Europeu* e o Processo de entrega entre os Estados Membros”, publicada em 13 de junho de 2002.⁹⁶ A Decisão-Quadro substituiu o instrumento tradicional da extradição do Conselho da Europa e da EU a contar de 1º de janeiro de 2004 (Considerando nº 1, 11 e art. 31).⁹⁷ como anexo foi disponibilizado até mesmo um formulário de “mandado europeu de detenção”.⁹⁸ Como se trata de uma decisão-quadro, ficar reservada ao aos Estados, em princípio, a forma da implementação (Art. 34 (2) (b)), mas os preceitos parcialmente revolucionários da decisão-quadro — “en-

⁹³ Art 69a Abs. 1: “O trabalho conjunto da União em matéria penal baseia-se no princípio de reconhecimento mútuo de sentenças e decisões judiciais e abrange a harmonização de regras jurídicas dos Estados-Membros nos campos mencionados na parte 2 e no artigo 69b.”

⁹⁴ Sobre essa aceção ampla já comp. Vogel, *Perspektiven des internationalen Strafprozesses*, Heidelberg (C.F. Müller) 2004, p. 26. Para a distinção com o reconhecimento mútuo em sentido estrito também de Hoyos, supra nota 92, 812 ss., 820 ss.

⁹⁵ Comp. Ambos, supra nota 11, § 12 nm. 57.

⁹⁶ AbI. EG L 190 v. 18. 7. 2002, 1.

⁹⁷ Comp. OLG Stuttgart, Neue Juristische Wochenschrift (“NJW”) 2004, 3437 (3438); v. Heintschel-Heinegg/Rohlf, Der EuRtH, Goldammer’s Archiv für Strafrecht (“GA”) 2003, 44 (45); Wehner, EuRtH, Strafrechtlicher Forum (“StraFo”) 2003, 356; Combeaud, Première réunion pour le principe de reconnaissance mutuelle: le mandat d’arrêt européen, RIDP 77 (2006), 131.

⁹⁸ Cujá natureza jurídica é controversa. A favor de um “título judicial europeu” Arangüena, La situación actual de la orden europea de detención y entrega etc., Revista de Derecho Penal (“RD”) 20/2007, 11 (17 f.).

treaga (em lugar de extradição) ao “Estado da emissão” pelo “Estado da execução” — com renúncia aos pressupostos condições tradicionais da extradição levaram a fricções de Direito Constitucional, especialmente em relação à proibição da extradição de nacionais reconhecida no círculo jurídico europeu continental. Esses problemas afloraram não apenas nas respectivas decisões dos tribunais constitucionais,⁹⁹ mas sobretudo na prática nacional, que está muito longe de um processo puramente executivo de entrega a ser efetuado sem controle judicial.¹⁰⁰ De todo modo, o mandado europeu de detenção é o exemplo clássico de reconhecimento mútuo, pois ele pressupõe exatamente isso em relação aos processos dos Estados-Membros para prisão de suspeitos de crimes.¹⁰¹

A CPJ (processual) deveria ter preferência em relação à harmonização do direito penal (material), sendo aquela mencionada primeiro na segunda parte do art. 29 do TUE e esta deveria ter lugar apenas “na medida do necessário”.¹⁰²

A CPJ teve início fora do âmbito do direito comunitário fixado em tratados. É de mencionar em especial os encontros semestrais dos Ministros do Interior e da Justiça dos Estados Membros da Comunidade Europeia que ocorrem semestralmente

⁹⁹ Os Tribunais Constitucionais da Alemanha, Polónia e Chipre consideraram inconstitucionais as respectivas leis de implementação. Sobre a implementação alemã e a decisão do Tribunal Constitucional de 18.7.2005, comparar Ambos supra nota 11, § 12 nm. 62 ss.

¹⁰⁰ Tanto é que a Segunda Lei Alemã de Implementação do Mandado de Detenção Europeu (EuHBG II) (BGBl. 2006 I S. 1721), com a qual o legislativo alemão reagiu a declaração de inconstitucionalidade da (primeira) lei de implementação, prevê, como antes, um juízo de admissibilidade judicial (BT-Drs. 15/17178, 11 I. Sp.) e na síntese europeia a Comissão do início de 2006 (KOM(2006)9 definitivo, p. 6) de forma verdadeiramente aguda (“preocupante”), que um grupo de Estados-Membros introduziu motivos de recusa que vão em parte além da decisão-quadro e em parte estão até em contradição com ela (como nos casos de Dinamarca, Itália, Malta, Países Baixos, Portugal e Reino Unido).

¹⁰¹ Comp. mais detalhado supra nota 11, § 12 nm. 58 ss.

¹⁰² Vogel, GA 2003, 316 s. Sobre a reserva de necessidade Hecker, 2007, § 11 nm. 6.

desde 1976, no âmbito da Cooperação TREVl (Terrorism, Radicalism, Extremism, Violence International),¹⁰³ o CELAD (Comité Européen de la Lutte Anti-Drogue)¹⁰⁴, o GAM (Groupe d'Assistance Mutuelle, reciprocamente Cooperação Oficial das Administrações Aduaneiras) e o *Grupo de Trabalho para Trabalho Conjunto Judicial*.¹⁰⁵ Essas formas de trabalho conjunto foram convencionalmente fixadas pelo *Tratado de Maastricht* como Trabalho Conjunto nos Âmbitos da Justiça e Interior (TCJI).¹⁰⁶ Com o *Tratado de Amsterdã* os âmbitos políticos do asilo, das fronteiras externas e da imigração, bem como o trabalho conjunto em matéria civil foram transferidos para a competência da CE ("comunitarizados"), enquanto a CPJ permaneceu no terceiro pilar.¹⁰⁷ O Tratado de Amsterdã também incluiu o chamado "patrimônio Schengen" – o Acordo de Schengen de 1985 e o correspondente Acordo de Implementação de 1990¹⁰⁸ no quadro da UE.¹⁰⁹

A CPJ oferece um quadro relativamente autônomo com particularidades características. De um lado a UE, ao contrário da CE, não tem personalidade jurídica própria¹¹⁰, de modo que os atos jurídicos no âmbito da CPJ são *atribuídos aos Estados-Membros* e

não à própria União.¹¹¹ De outro lado a CPJ vai além das formas clássicas de cooperação intergovernamental com vista ao quadro institucional dos arts. 29 e ss. do TUE e a opção por uma continuação da "comunitarização" (art. 42 TUE).¹¹²

Ao mesmo tempo a relação da CPJ pertencente ao terceiro pilar com o primeiro pilar do TUE não pode ainda ser considerada como completamente esclarecida.¹¹³ O art. 29, parte 1 do TUE deixa, porém, claro, que a CPJ se dá "sem prejuízo das competências da CE". Daí deve, segundo o pensamento francamente majoritário, o qual pode agora invocar a seu favor a decisão do Tribunal Europeu sobre a proteção penal do meio ambiente,¹¹⁴ decorrer que os Estados-Membros devem proceder de acordo com o TCE em competências *exclusivamente* comunitárias ou competências comunitárias *concorrentes* já exercitadas.¹¹⁵ Para o direito penal remanesce porém basicamente uma competência de acordo com os arts. 29 e ss. do TUE, quando se parte do pressuposto de que a CE não possui competência legislativa em matéria de direito penal.¹¹⁶ Algo diferente somente pode ser dito para o caso de que se encontre no TCE autorizações limitadas para determinadas áreas

¹⁰³ Sobre isso Aschmann, p. 85 s.; Busch, KJ 1990, 5 s.; Glöck/Diike, Jura 1998, 71 s.; Hecker, 2007, § 5 nm 26 ss.; além de Molkros, in: Liskens/Denninger, Kapitel O nm 183, sendo que a expressão TREVl também pode ser referida ao ponto de encontro da "Fontana di Trevi".

¹⁰⁴ Glöck/Diike, Jura 1998, 72; Hecker, 2007, § 5 nm 29, sempre com mais referências.

¹⁰⁵ Do Groeben/Schwarze/Wasmeler-Jour-Schröder, 2003, Art. 29 TUE nm 14, 16.

¹⁰⁶ Do Groeben/Schwarze/Wasmeler-Jour-Schröder, 2003, Art. 29 TUE nm 24; Fischer, § 14 nm 69; Streinz/Satzger, Art. 29 TUE nm 2.

¹⁰⁷ Schwarze/Böse, Art. 29 nm 1; Geiger, 2004, Art. 29 TUE nm 2; Fischer, § 14 nm 71; Hobbing, in: Cullen/Jund, p. 18; Krüßmann, ZeUS 2001, 227 s.; Streinz/Satzger, Art. 29 TUE nm 2; Zypries, RUP 2004, 3.

¹⁰⁸ BGBl. II 1993 p. 1013.

¹⁰⁹ Streinz/Satzger, Art. 29 TUE nm 3; Krüßmann, ZeUS 2001, 228 s. Sobre Schengen, comp. Ambos, supra nota 11, § 12 nm. 30 ss.

¹¹⁰ BVerfGE 89, 155 (1995); Schwarze/Böse, Art. 29 nm 2; Di Fabio, DÖV 1997, 90; Schlunemann, GA 2002, 502 s.; Outro ponto de vista, por exemplo, em Bogdandy/Vettersheim, EurR 1996, 12 ss., especialmente 23 ss.; Ress, Jus 1992, 986.

¹¹¹ Schwarze/Böse, Art. 29 nm 2 com mais referências. Acentuando as formas de cooperação e a soberania dos Estados-Membros Conway, Eur. J Cr 2005, 270 s.; também Baldus, in: Möllers/van Ooyen (Hrsg.), p. 42, o qual, no entanto (p. 55 s.) tendo em vista a europeização mediata da segurança interna admite que a "concepção moderna de Estado não [está, em razão disso] invocada".

¹¹² Comparar Schwarze/Böse, Art. 29 nm 2 (que, por tais motivos – Pechstein/Koenig, nm 199 folgend – defende regras próprias de interpretação); também Streinz/Satzger, Art. 29 TUE nm 6; Nicolaysen, p. 56.

¹¹³ Eisele, JZ 2001, 1159; comparar, também Egger, EuZW 2005, 656; Glöckner/Lorenz, in: Möllers/van Ooyen (Hrsg.), p. 31; Verraele, in: Verraele, 132 ss.; Weyembergh, CML 2005, 1571 ("legal basis conflicts between the two pillars"); White, E. L. Rev. 31 (2006), 87 ("definition between the pillars has already been blurred").

¹¹⁴ Comissão entre outras do Conselho entre outras sentença de 13.9.2005, Comp. Ambos, supra nota 11, § 11, nm 30a.

¹¹⁵ Schwarze/Böse, Art. 29 nm 9 com mais referências. Comparar, também Dannecker, Jura 1998, 80; Eisele, JZ 2001, 1159; Heitzer, P. 144; Husemann, wistra 2004, 449.

¹¹⁶ Assemblhado, Schwarze/Böse, Art. 29 nm 10 com mais referências. Comp. também Ambos, supra nota 11, § 11 nm. 4 e s., 6 e ss., § 12 nm 30ª.

específicas (comparar aqui o art. 280 do TCE)¹¹⁷ ou a edição de direito penal secundário, especialmente diretivas, que possam apoiar-se em competências anexas.¹¹⁸ Também seria ir longe demais negar liminarmente uma competência de harmonização do direito penal no quadro do primeiro pilar.¹¹⁹ De resto já hoje sobre-põem-se as áreas regradas no primeiro e no terceiro pilares¹²⁰ e o Tratado da Constituição deveria abolir definitivamente essa distinção.¹²¹ O mesmo prevê também o art. 2, n° 60 e ss. do Tratado de Modificação dos Tratados da União Europeia e da Comunidade Europeia.¹²² Abstraidos (incertos) desdobramentos futuros, é de reter que as obscuridades básicas existentes no que diz respeito às relações da EU com o direito penal não serão menos agravadas, em seus efeitos práticos, pela frenética política jurídica(-penal) europeia em seus efeitos práticos. Como sintomático nesse ponto é apontado o "Programa de Haia", que formula uma multiplicidade de significativas linhas de ação de direito penal com objetivos detalhados.¹²³

De todo modo é demonstrada a qualidade especial da CPJ, também, atualmente e de forma clara no formas dos atos, que são instrumentos jurídicos próximos àqueles do primeiro pilar,¹²⁴ em especial as "ações conjuntas" e as "decisões-quadro".¹²⁵ A adoção de "ações conjuntas" (art. 34, parte 2, a do TUE) e "decisões-qua-

¹¹⁷ Eisele, JZ 2001, 1159. Comp. também Ambos, supra nota 11, § 11 nm 11 e s., especialmente 13.

¹¹⁸ Comp. Ambos, supra nota 11, § 11 nm 28 e, especialmente, 30a.

¹¹⁹ Assim também Braun, JZ 2000, 500; críticas apropriadas aqui em Eisele, JZ 2001, 1159.

¹²⁰ Comparar Schwarze/Böse, Art. 29 nm 10; Wölter, FS Kohlmann, p. 686.

¹²¹ Wölter, FS Kohlmann, P. 701, fala nesse ponto em "modelo em extinção" do Art. 29 ss. TUE; sobre a função da estrutura de pilares Chavarro, RIDPP 2005, 989.

¹²² Comp. Ambos, supra nota 11, § 9, nm. 23.

¹²³ Crítico, com razão, a esse respeito, KriV 2006, 334 ("Ativismo administrativo").

¹²⁴ Comp. ja Ambos, supra nota 11, § 9 nm. 21.

¹²⁵ Mokros, in: Lisker/Denninger, Kapitel O nm 189.

dro" (art. 34, parte 2, b, c do TUE) estabelece deveres de direito internacional para os Estados-Membros.¹²⁶ Decisões-quadro asseme-llam-se a Diretivas: ambas deixam aos Estados-Membros a escolha da forma e dos meios, são (a princípio) não auto-aplicáveis e vinculantes do ponto de vista do objetivo a ser alcançado (art. 249, parte 3 do TCE, art. 34, parte 2, b, frase 2 do TUE).¹²⁷ Então a CPJ pode ser descrita como cooperação intergover-namental com caráter híbrido¹²⁸, sem perder de vista, porém, que os Estados-Membros decidiram contra uma integração da CPJ "no primeiro pilar".

A decisão Pupino,¹²⁹ foi, com razão, julgada muitas vezes como problemática nesse contexto.¹³⁰ Nessa decisão o Tribunal da Comunidade Europeia admitiu um *déver* dos servidores dos Estados Membros, inclusive dos tribunais nacionais, de "interpretação conforme ao direito comunitário do direito nacional" com vista à *decisão-quadro* no âmbito da CPJ.¹³¹ O tribunal retirou

¹²⁶ Streinz, nm 475 s.; Huber, FG Hilger, p. 138.

¹²⁷ Comparar Streinz/Satzger, Art. 34 TUE nm 9; Callies/Ruffert/Suhr, Art 34 TUE nm 19; Beulke, nm 10e; Hussermann, vista 2004, 447 u. 451; Tiedemann, nm 84; FS Lampe, P. 764 com mais referências.; comparar, em conclusão Walsli, in: Regan, P. 47, krit. Kariña-Ghandi, Cr.L.Cr.J. 13 (2005), 487; *Alibrecht*, JR 2005, 403, que vislumbra o perigo de que a "legislação por decisões-quadro" colida com a reserva de parlamento.

¹²⁸ Gieß, EUR 1998, 749; crítico Eiemann, ZEUS 2002, 578 (em relação a Europol); comparar, também Walsli, in: Regan, P. 25. „distinct shift from intergouvernementalism to communitarisation" u. *Nuolto*, FS Jung, P. 685; indo mais além, por exemplo Vervaele, in: Vervaele, 133 ("the third pillar is fully-fledged EU law and thus subject to the particularities of EU law insofar as these deviate from international law").

¹²⁹ EuGH, Pupino, Sentença de 16. 6. 2005 – Rp. C-105/03.

¹³⁰ Crítico, em especial Adam, EUZW 2005, 560 s.; Herrmann, EUZW 2005, 437 s.; Hilgruber, JZ 2005, 841 ss.; v. Unger, NWWZ 2006, 46; comparar com Pupino, adicionalmente Baddenhausen/Pleisch, DVBl. 2005, 1566; Felzer/Graf, EUZW 2005, 550; Gärditz/Gusy, GA 2006, 225; Kink/Praef, DOV 2006, 472; Lorenzmeier, ZIS 2006, 576; Satzger/Pohl, JICJ 4 (2006), 695; s.; Streinz, JUS 2005, 1024; Tinkl, SV 2006, 36; Wehnert, NJW 2005, 3760; Weißer, ZIS 2006, 562; Peron, FS Küper, p. 429; Chairnens, E.L.Rev. 30 (2005), 774; Kowalik-Barczyk, GLJ 6 (2005), 1357; Impala, Utrecht L. Rev. 1 (2005), 60 s.; Rijken, Utrecht L. Rev. 2 (2006), 106 ss.; da perspectiva italiana Del Re, Indico Penale 2006, 1243 ss. (acentuando a proteção da vítima).

¹³¹ Pupino, (acima, nota 129), § 34, nessa linha Masing, NJW 2006, 266; Bogenberger/Troosters, RIDP 77 (2006), 342 s.; Vormbaum, p. 115, que, no entanto, não leva em conta suficientemente, que a decisão Pupino não tem relação com o âmbito do direito comunitário. Nessa linha, também

isso em primeira linha da semelhança na literalidade do art. 34, parte 2, alínea b do TUE a do art. 249, parte 3 do TUE.¹³² Isso surpreende,¹³³ pois a interpretação conforme o direito comunitário tem lugar com base na validade imediata e na aplicação prioritária do *direito comunitário*¹³⁴ e o art. 34, parte 2, alínea b, frase 2 do TUE exclui explicitamente qualquer efeito imediato de decisões-quadro.¹³⁵ Com o dever de interpretação conforme ao direito comunitário também para decisões-quadro da CPJ, ou seja, para atos sob a forma do *direito intergovernamental da União* no quadro do *terceiro pilar*, foi criada uma relação com o efeito imediato e a aplicação prioritária, ou seja, com o primeiro pilar.¹³⁶ Isso deixa especialmente claro que o Tribunal – erroneamente – temia uma desvalorização fática do processo de decisão preliminar, “se aos indivíduos não for dado o direito de invocar decisões-quadro, de modo a alcançar perante os tribunais dos Estados-membros uma interpretação conforme ao direito comunitário.”¹³⁷ Essa argumentação ignora, porém, que, como já dito, o art. 34, frase 2, alínea b, frase 2 do TUE exclui de forma indubitosa

¹³² Koening/Heratsch, nm 1148, os quais pensam que o Tribunal Europeu encontrou simplesmente um “subcaso especial de interpretação conforme ao direito internacional”.

¹³³ Pupino, (acima, nota 129), no local citado. Enquanto o Tribunal Europeu se baseia, adicionalmente, no princípio da fidelidade à União (idem § 42), não esclarece, como deveria deitar de um dever modal (o cumprimento honesto de um dever) um dever de conteúdo (de interpretação conforme ao direito comunitário do direito da União), (nesse sentido Hillgruber, JZ 2004, 843).

¹³⁴ Fletcher, E.L.Rev. 30 (2005), 872 (“flimsy nature of the Court’s legal reasoning”); comparar também Callies/Ruffert/Stuhr, Art. 34 nm 19 com o argumento de que a CPJ não estaria “abrangida pelas categorias do direito internacional público tradicional”.

¹³⁵ Comp. Ambos, supra nota 11, § 11 nm. 4.

¹³⁶ Crítico, com razão, Hillgruber, JZ 2004, 842; Kaijafa-Ghandi, ZIS 2006, 533; Sautner, in: 65BfML, 90 s.; em sentido contrário Egger, EuZw 2005, 653; aplicação imediata e interpretação conforme deveriam ser radicalmente diferenciadas.

¹³⁷ Kiriak/Proell, DÖV 2007, 472; Hummrich, DRiZ 2005, 364; Castillo Garcia, Eipiascope 3 (2005), 28 com nota de rodapé 21; Trinkl, ZIS 2007, 420; Hüfald, Jus 2005, 867 s. com nota de rodapé 23, fala já também de uma “precedência do direito da União”; Eis, in: Müller/Schneider, p. 259 crítica o Tribunal Europeu “introduziu o efeito imediato de decisões-quadro, que era expressamente vedado, pela porta dos fundos”, em sentido diverso, entretanto Roth, EWS 2005, 390.

¹³⁸ EUGH NJW 2005, 2839 (2841) nm 38; crítico, com razão, Meyenbergh, CML 2005, 1595 (“palliative measure to the absence of direct effect for framework decisions”).

qualquer efeito direto de decisões-quadro e, mais ainda, que o processo de decisão preliminar não serve apenas para atribuir validade ao direito individual (a partir de decisões-quadro),¹³⁸ mas diz respeito também a questões gerais sobre a “validade e a interpretação” das decisões-quadro” (art. 35 do TUE). Elas poderiam surgir, por exemplo, se houver dúvidas para um *Tribunal nacional* em relação a uma determinada decisão-quadro e se uma determinada aplicação do direito nacional apresentar-se-ia conforme ao *direito internacional*,¹³⁹ como no caso Pupino, por exemplo, em relação aquelas sobre o papel da vítima no processo penal.¹⁴⁰

2. O trabalho conjunto policial-judicial estrita (Art. 29, parte 2, subpara. 1 e 2, Art. 30, 31 TUE)

Visão geral

A cooperação policial e judicial estrita resultante do art. 29, parte 2, do TUE é concretizada em relação ao âmbito do trabalho conjunto nos arts. 30, parte 1 e 31 do TUE. Como formas de trabalho conjunto policial¹⁴¹ o art. 30, frase 1, prevê:

¹³⁸ Weißer, ZIS 2006, 571.

¹³⁹ Convicente Hillgruber, JZ 2004, 842; Weißer, ZIS 2006, 571. Nesse sentido fala também o BVerfG NSiZ 2007, 410 (411) e SV 2006, 541 em relação à interpretação conforme às decisões-quadro do direito nacional no que diz respeito a Decisão-Quadro do Mandado de detenção europeu, mas simplesmente sobre a vinculação de *direito internacional público* da decisão-quadro, mas não de um *imperativo de direito comunitário*.

¹⁴⁰ Decisão-Quadro 2001/220/JI do Conselho sobre o papel da vítima no processo penal (AbI. EU L 82, 1). Instrutivo sobre a introdução de dispositivos de decisões-quadro no direito alemão Eckstein, FS Schroeder, p. 787 ss., que, de resto, coloca em dúvida uma competência da UE para decisão-quadro sobre proteção de vítimas. (local citado, p. 786).

¹⁴¹ Comparar, aqui, também Glaesner/Lorenz, in: Möllers/van Ooyen (Hrsg.), p. 32. Para trabalho conjunto com terceiros estados no exemplo do acordo policial germano-suíço Hecker, 2007, § 5 nm 79 ss.

• O *trabalho conjunto operacional*¹⁴², que diz respeito não apenas a *persecução penal* (repressiva), mas também a *prevenção de crimes*, embora o art. 33 do TUE reserve a defesa policial contra perigos aos Estados-Membros de forma expressa.¹⁴³

• O recolhimento, armazenamento, processamento, análise e intercâmbio de informações técnicas (*intercâmbio de Informações*).¹⁴⁴

• O trabalho conjunto na *formação* e na capacitação.¹⁴⁵

• A *emprego de análise conjunta*.¹⁴⁶

Além disso o Conselho estimula por meio da Euroropol, as medidas determinadas no art. 30, parte 2.¹⁴⁷

Os cinco campos de trabalho conjunto judicial são regulados no art. 31.¹⁴⁸

¹⁴² Streinz/Satzger, Art. 30 TUE nm 4 s.; Vermeulen, RP 15 (2005), 179 s.

¹⁴³ Crítico sobre a competência preventiva em matéria criminal da UE e a falta de separação entre direito policial e processual penal Polzei- und Strafprozessrecht Woller, FS Kohlmann, p. 698, 703 s., 705.

¹⁴⁴ Streinz/Satzger, Art. 30 TUE nm 6 ss. Comparar, nesse ponto, também a decisão-quadro 2003/335/JI de 8. 5. 2003 (AbI. EU L 118 v. 14, 5; 2003, 12) sobre o intercâmbio de informações em caso de persecução de genocídio, Crimes contra a Humanidade e Crimes de Guerra (sobre isso, também Rynjaert, Eur.-J.Cr. 2006, 70 ss.; ICC Monitor, August 2005, 10) bem como o Tratado para o combate do Terrorismo, da criminalidade transnacional e da imigração ilegal, de 27.5.2005, BGBl. 2006 II p. 626), que prevê a troca de dados em três campos (análise de DNA, impressões digitais e dados de veículos) entre os países contratantes (Bélgica, Alemanha, Espanha, França, Luxemburgo, Países Baixos e Áustria). Os Ministros da Justiça e Interior dos Estados-Membros da UE decidiram introduzir o tratado no direito Europeu (sobre isso, detalhado Böse, 2007, p. 42 ss.; também de Böley, RIDP 77 [2006], 35 ss.). Comparar, além disso, a decisão-quadro Al-E 2006/906/JI de 18. 12. 2006 sobre a simplificação da troca de informações e conhecimento entre os órgãos de persecução penal dos Estados-Membros da UE (AbI. EU L de 29. 12. 2006, 89), que tem origem em uma iniciativa da Suécia, baseada na ideia de que os órgãos de persecução penal dos Estados-Membros devem ter acesso aos dados sob as mesmas condições dos órgãos nacionais. Detalhadamente sobre o princípio da disponibilidade de informações Böse, 2007.

¹⁴⁵ Streinz/Satzger, Art. 30 TUE nm 10.

¹⁴⁶ Streinz/Satzger, Art. 30 TUE nm 11.

¹⁴⁷ Comp. Ambos, supra nota 11, § 13, nm. 6.

¹⁴⁸ Comparar somente Geiger, 2004, Art. 31 TUE nm 1. Sobre o desenvolvimento histórico Vermeulen, RIDP 77 (2006), 59 ss.

• A colaboração “clássica” no sentido do “Trabalho conjunto em processos judiciais e execução de decisões” (Art. 31, a do TUE).¹⁴⁹

• A *extradição* como a subespécie claramente mais importante da cooperação (Art. 31, b do TUE).¹⁵⁰

• A garantia da *compatibilidade das disposições vigentes* nos Estados-Membros (Art. 31, c, do TUE), entre as quais deve ser entendida antes de mais nada a harmonização do direito processual penal, porque a letra e diz respeito ao direito material.¹⁵¹

• A *evitação de conflitos de competência* (art. 31, parte 1, d, do TUE) o qual deve ser entendido como referido especialmente a conflitos positivos. Essa problemática tem relação com a aplicação do *ne bis in idem* europeu de acordo com o art. 54 do acordo (de implementação) de Schengen.¹⁵²

• A elaboração de “*regras mínimas*” para os campos da criminalidade organizada, terrorismo e tráfico ilegal de drogas (art. 31, e do TUE).¹⁵³

A referência a um acervo comum de normas nas letras c e e deixa claro que o trabalho conjunto judicial abrange a harmonização do direito penal no sentido do art. 29, parte 2 e 3º item. Isso também é reconhecível, que o art. 19, parte 2, 3º item, refere-se explicitamente ao art. 31, e do TUE.

¹⁴⁹ Geiger, 2004, Art. 31 TUE nm 2; Streinz/Satzger, Art. 31 TUE nm 3 ss.

¹⁵⁰ Geiger, 2004, Art. 31 TUE nm 3; Streinz/Satzger, Art. 31 TUE nm 7 s.

¹⁵¹ Calliess/Ruffert/Suhr, Art. 31 nm 20; Geiger, 2004, loc. cit., nm 4; Comparar também nm 8.

¹⁵² Geiger, 2004, loc. cit., nm 5; Streinz/Satzger, Art. 31 TUE nm 11. Comp. sobre o Art. 54 do acordo de Schengen Ambos, supra nota 11, § 12 nm., 38 ss.

¹⁵³ Geiger, 2004, loc. cit., nm 6; Streinz/Satzger, Art. 31 TUE nm 12 ss.

Acordos de Cooperação

No âmbito da cooperação horizontal (interestatal), a CPJ desenvolve-se em matéria penal mediante a assinatura de acordos de direito internacional (art. 34, parte 2, d, do TUE). Em regra tais acordos entram em vigor se forem adotados, no mínimo, pela metade dos Estados-Membros (art. 34, parte 2, final, do TUE). No entanto isso não aconteceu até agora na maioria dos acordos de direito penal, mas vários Estados-Membros fizeram uso da possibilidade, de declarar as acordos provisoriamente aplicáveis, em parte mediante adoção de reservas e esclarecimentos, encontrando essas declarações aplicação somente em relações com os Estados que tenham entregado declarações semelhantes. Para a República Federal da Alemanha são aplicáveis provisoriamente em agosto de 2007¹⁵⁴ os seguintes acordos:¹⁵⁵

- Tratado de 27 de setembro de 1996 sobre a extradição entre os Estados-Membros da União Europeia (TUE)¹⁵⁶ frente a Bélgica, Dinamarca, Finlândia, França, Lituânia, Luxemburgo, os Países Baixos, Áustria, Polónia, Portugal, Suécia, Espanha e o Reino Unido;

- Tratado de 10 de março de 1995 sobre o processo simplificado de Extradicação entre os Estados-Membros da EU (TUE simplificada)¹⁵⁷ frente à Bélgica, Dinamarca, Finlândia, França, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, os Países Baixos, Polónia, Áustria, Suécia, Espanha e o Reino Unido;

¹⁵⁴ Comparara o panorama geral em *Schomburg*, NJW 2007, 3262 ss. e sobre o estado atual em cada período o quadro de *Schomburg* na página do <www.bundesgerichtshof.de> na rubrica "Bibliothek".

¹⁵⁵ Haackner et al., nm 16.

¹⁵⁶ Abl. EG C 313 de 23. 10. 1996, 11 = BGBl. II 1996 p. 2253, II 1999 p. 707 = *Wasmeler*, p. 217.

¹⁵⁷ Abl. EG C 78 de 30. 3. 1995, 2 = BGBl. II 1998 p. 2230 = *Wasmeler*, p. 210.

- Tratado de 26 de maio de 1989 entre os Estados-Membros das Comunidades Europeias^{NT} sobre a Simplificação e Modernização dos Processos para Transmissão de Pedidos de Extradicação (Convenção do Fax da Comunidade Europeia)¹⁵⁸ em relação a Bélgica, Itália, Luxemburgo, os Países Baixos, Áustria, Suécia, Espanha e o Reino Unido;

- Tratado de 13 de Novembro de 1991 entre os Estados-Membros das Comunidades Europeias sobre a execução de sentenças penais estrangeiras (Tratado da Comunidade Europeia sobre Execução)¹⁵⁹ em relação a Letónia e os Países Baixos;

- Tratado de 25 de maio de 1987 entre os Estados-Membros das Comunidades Europeias sobre a Proibição de Dupla Persecução Penal (Tratado da Com. Europeia sobre o ne bis in idem)¹⁶⁰ frente à Bélgica, Dinamarca, França, Irlanda, Itália, os Países Baixos, Áustria e Portugal;

- Tratado de 29 de maio de 2000 sobre a cooperação em matéria penal entre os Estados-Membros da União Europeia (Tratado Europeu de Cooperação, TUE)¹⁶¹ que entrou em vigor em 23 de agosto de 2005, depois da ratificação por 8 Estados;¹⁶² o

^{NT} A expressão *comunidades europeias* abrange a Comunidade Europeia propriamente dita, a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço e a Comunidade Atômica Europeia (EURATOM).

¹⁵⁸ BGBl. II 1995 p. 969, II 1997 p. 1689.

¹⁵⁹ BGBl. II 1997 p. 1351, instrutiva visão geral em S/L/G/H, p. 685.

¹⁶⁰ BGBl. II 1998 s. 2226, II 2002 s. 600 (informação sobre a aplicação provisória; sobre isso *Haackner et al.*, nm 266); Detalhado sobre o Tratado da Comunidade Europeia sobre o ne bis in idem: *Kriebihler*, p. 161 ss.

¹⁶¹ Abl. EG C 197 v. 12. 7. 2000, 3 = *Wasmeler*, p. 119; sobre isso *Kreß*, ZSNW 116 (2004), 468 s.; *Verraele*, RP 15 (2005), 175 s.; *Vermeylen*, RIDP 77 (2006), 81 ss.; sobre interrogatório por vídeo-conferência ou telefone e interceptação de telecomunicações *Gleif*, p. 113 ss.; também sobre interceptação de telecomunicações *Schuster*, NSIZ 2006, 657.

¹⁶² Comparar o quadro geral de *Schomburg*, acima, nota 110, bem como, para a Alemanha a prova sobre o Tratado da UE sobre Cooperação Judicial de 22. 7. 2005, BGBl. II, 650; BGBl. I 2189 e além disso a declaração sobre a entrada em vigor BGBl. II 2006, p. 1379.

Protocolo Adicional de 16 de Outubro de 2001 (ZP-EU-RhÜbk.) entrou em vigor em 5 de outubro de 2005.¹⁶³

Os tratados da União Europeia mencionados complementam fundamentalmente as “Convenções-Mãe” correspondentes do Conselho da Europa,¹⁶⁴ assim por exemplo o TEUE e TEUE de 13 de dezembro de 1957.¹⁶⁵ A idéia principal desses tratados consiste em simplificar e facilitar a cooperação, por exemplo conformando mais facilmente o processo de extradição entre os Estados-Membros e harmonizando os pressupostos materiais da extradição descritos acima (A. I.). Isso ocorre sobretudo em rumo à eliminação de diversos impedimentos à extradição,¹⁶⁶ em que a exceção do princípio da dupla incriminação no Art. 3º do TEUE teria ido mais longe.

O Conselho parte do pressuposto de que as diferenças no apenamento de organizações criminosas ou terroristas não se dá em razão de falta de vontade para o trabalho conjunto policial ou judicial no combate à criminalidade organizada ou o terrorismo, mas nas diferentes tradições jurídicas. Por isso não deve surgir nenhum impedimento à extradição pela falta de dupla incriminação em caso de crimes de “combinação para uma ação criminosa ou participação em associação criminosa”, se esse ato,

¹⁶³ ABl. EG C 326 v. 21, 11. 2001, 1 = Wasmeier, P. 146. O Tratado da UE sobre Cooperação e seu Protocolo Adicional baseiam-se na Convenção-Mãe do Conselho da Europa de 1959 (Wasmeier, p. 119), ele não deve, no entanto, ser confundido com o Tratado Europeu de Cooperação Judicial (EuRÜbk) e o respectivo protocolo adicional (ETS 30 und 99). Sobre o Tratado Europeu de Cooperação Judicial (EuRÜbk) § 10 nm 79.

¹⁶⁴ Comparar Hackner et al., 2003, nm 17; crítico, Klip, in: Currit/Smits/Klip/McCahey, 129. „The main intention seems to be to show that the EU is there and to push the Council of Europe (literally) into the background.” Crítica assemblhada em Frank, DRZ 2006, 10. Sobre ligações anteriores no nível do Conselho da Europa Gilmore/Harris, in: Cullen/Jund, p. 113. – O Protocolo Adicional II ao Tratado Europeu de Cooperação Judicial (EuRÜbk) entrou em vigor nesse meio tempo (ETS 182), comparar § 10 nm 73; visão geral instrutiva em S/L/G/H, p. 431, 519

¹⁶⁵ S/L/G/H, p. 924. Vogel, JZ 2001, 938. Comparar, sobre isso, acima § 10 nm 74.

¹⁶⁶ Hackner et al., nm 55; S/L/G/H, p. 924; Vogel, JZ 2001, 938 s.

embora não sendo punível de acordo com o direito do Estado requerido, é praticado com o fim de cometer um ato punível de acordo com o Tratado Europeu para Combate do Terrorismo (art. 3, parte 1, n. 1 do TEUE) ou no campo do tráfico de drogas e “outras formas de crime organizado ou outros atos de violência...” (art. 3, parte 1, n. 2 do TEUE).¹⁶⁷

Além disso o art. 5º, parte 1 do TEUE elimina o impedimento à extradição de delitos políticos para “fins de aplicação desse acordo”.¹⁶⁸ Fica aberta aos Estados-Membros, porém, a possibilidade de limitar, mediante reserva, a aplicação do art. 5º, parte 1 do TEUE ao âmbito do terrorismo.¹⁶⁹ O art. 6º do TEUE retira os crimes fiscais do rol dos impedimentos à extradição o Art. 7º, parte 1 do TEUE impede, genericamente, a invocação do princípio da não-extradição de nacionais¹⁷⁰, possibilitando, porém, na parte 2, a negativa de extradição ou a extradição sob determinadas condições. Parece convincente o modelo holandês, segundo o qual a extradição é vinculada ao retorno para a execução da pena, desde que isso corresponda à vontade do extraditando.¹⁷¹ Inicialmente a Alemanha fez uma reserva até março de 2004¹⁷², em razão da antiga proibição de extradição do art. 16, parte 2, da Lei Fundamental. Com a mudança do art. 16, parte 2 da Lei Fundamental, existe agora a possibilidade da extradição de

¹⁶⁷ Comparar o “Relatório Esclarecedor do Conselho” ABl. EG Nr. C 191 v. 23. 6. 1997, 13, citado por S/L/G/H, Art. 3 TEUE nm 1 ss.

¹⁶⁸ Baier, GA 2001, 443; Vogel, JZ 2001, 938 s.

¹⁶⁹ Comparar o “Relatório Esclarecedor do Conselho” ABl. EG Nr. C 191 v. 23. 6. 1997, 13, citado por S/L/G/H, Art. 5 TEUE nm 4 ss.

¹⁷⁰ Comparar acima § 10 nm 77, bem como Vogel, JZ 2001, 939; Deen-Racsmany/Blekkton, Eur. J. Cr. 2005, 325 s.

¹⁷¹ Comparar Baier, GA 2001, 443 s. Comparar, ainda, Schomburg, NJW 2001, 802.

¹⁷² BGBl. 1999 II p. 707.

cidadãos alemães para Estados da EU e para tribunais penais internacionais.¹⁷³

A extradição de nacionais alemães foi possibilitada legalmente mediante introdução do § 80 da Lei de Cooperação Judiciária em Matéria Penal (IRG) e tornada possível por meio da lei do mandado de prisão europeu de 21 de julho de 2004.¹⁷⁴ De acordo com o § 80, parte 1, da IRG, um cidadão alemão pode daqui para a frente ser extraditado, quando for assegurado que, em caso de condenação, possa ele, da acordo com sua vontade, ser transferido para a República Federal da Alemanha para a execução da pena.¹⁷⁵ A extradição para execução somente é possível, de acordo com a parte 2, se o condenado concordar. O § 80, partes 1 e 2 da IRG vale também para estrangeiros que vivam em união familiar com cidadãos alemães.¹⁷⁶

O Tratado da União Européia sobre Extradicação Simplificada regula aspectos processuais, dos quais não se ocupam nem o TFEU nem os acordos adicionais correspondentes.¹⁷⁷ Ele pretende, em primeira linha, acelerar o processo de extradição, ao abolir o processo de admissibilidade e certas formalidades, se o

¹⁷³ OLG Braunschweig NSZ-RR 2005, 18 (18 s.); comparar, também OLG Stuttgart StV 2005, 146 (sobre isso, também, abaixo, nota 338). Comparar, ainda, Tomuschel, EUGRZ 2005, 453 s.; Hüfeld, Jus 2005, 867. – O art. 16, parte 2, da Lei Fundamental é funcionalmente comparável ao disposto no art. 607, 1, do Código Penal Polonês, considerado inconstitucional pelo Tribunal Constitucional Polonês em decisão de 27. 4. 2005 (Az. P1/05). Sobre isso, Kowalik-Berńczyk, GLJ 6 (2005), 1358 ss.; Nalewajko, ZIS 2007, 113 ss.; Nila, eucrim 1-2 (2006), 36 ss.; do ponto de vista alemão Schünemann, in: Joerden/Szwarc, p. 270 s. Sobre o novo Art. 16 GG comp. Ambos, supra nota 11, § 6 nm. 52.

¹⁷⁴ BGBl. I, p. 1748, sobre o mandado de detenção europeu, detalhado nm 63 ss.

¹⁷⁵ OLG Braunschweig NSZ-RR 2005, 18 (19); OLG Stuttgart StV 2005, 146. Adertindo a exigência de dupla incriminação para essa hipótese Schomburg, FS Eser, p. 841, nota 41 e Lagodny, FS Eser, p. 784, nota 20.

¹⁷⁶ OLG Köln StV 2005, 150.

¹⁷⁷ Hackner et al., nm 55.

extradiando – após ser advertido das consequências – está de acordo com a extradição.¹⁷⁸

O § 41 da IRG já abre a possibilidade da “extradição sem a implementação do processo formal de extradição”, se o extraditando se declarar de acordo. Havendo a correspondente declaração de concordância do extraditando capaz¹⁷⁹, após *adver-tência* em interrogatório judicial, é dispensada a apresentação dos documentos de extradição mencionados no § 10 da IRG, desde que exista um mandado de prisão para extradição. Em um pedido simplificado de extradição, o órgão público de autorização verifica apenas sumariamente os requisitos da extradição, sem que tenha lugar um procedimento formal de admissibilidade. O extraditando também pode renunciar à proteção do *princípio da especialidade*.¹⁸⁰ O regramento do § 41 da IRG sobre a extradição simplificada prefere ao art. 1 e ss. do TFEU Simplificada (e outros tratados) até a medida em que eles contenham regras especiais (§ 1, parte 3 da Lei de Cooperação Judiciária em Matéria Penal).¹⁸¹ Isso leva a outras simplificações: de acordo com o art. 3, parte 2, do TFEU Simplificada é afastada a necessidade de um pedido formal de extradição se estiverem presentes os documentos necessários de acordo com o art. 12 do TFEU; de acordo com o art. 4, parte 1, do TFEU Simplificada apenas informações determinadas precisam ser transmitidas pelo Estado requerente.¹⁸² Assim, por exemplo, em lugar do “original ou de uma cópia autenticada de uma

¹⁷⁸ Hackner et al., nm 86; Vogel, JZ 2001, 939.

¹⁷⁹ StLG/H, § 41 Lei de Cooperação Judiciária em Matéria Penal nm 6 com mais referências.; sobre a decisão de entrega no caso do § 41 da Lei de Cooperação Judiciária em Matéria Penal OLG Karlsruhe NSZ 2006, 112.

¹⁸⁰ Hackner et al., nm 86 ss.; sobre o princípio da especialidade do Art. 14, parte 1 do TEE (EUAuslÜbk.) comparar. LG Bielefeld StV 2006, 642.

¹⁸¹ Hackner et al., nm 88.

¹⁸² Hackner et al., nm 89.

sentença transitada em julgado ou de um mandado de prisão (art. 12, parte 2, *a* do TEuE) ¹⁸³ é suficiente a informação *sobre* “a existência de um mandado de prisão ou uma certidão com o mesmo efeito jurídico ou uma decisão juridicamente válida (Art. 4, parte 1, *c* do TEUE Simplificada).¹⁸⁴ O TEUE Simplificada traz, adicionalmente, **prazos** peremptórios. Desse modo o estado requerente deve ser informado em 10 dias após a prisão sobre a concordância do extraditando com o procedimento simplificado (art. 8º). No máximo 20 dias depois da concordância do extraditando deve ser informado se o procedimento simplificado foi cumprido (art. 10).¹⁸⁵

ANÁLISE JURÍDICA DA EXTRADIÇÃO DE BATTISTI:
UMA (RE)DISCUSSÃO SOBRE OS PARADIGMAS DO
DIREITO INTERNACIONAL

*Sandro Brescovit Trotta*¹

Introdução

O pedido de extradição de Cesare Battisti, por parte do governo italiano ao Brasil, foi um assunto retratado pela imprensa à exaustão nos últimos meses. No entanto, apesar da onipresença na mídia, as análises realizadas foram, em sua maioria, superficiais, mais preocupadas com os reflexos políticos do caso, principalmente após a concessão da condição de refugiado pelo governo brasileiro.

O que se propõe, com o presente artigo, é uma análise essencialmente jurídica do caso, baseada no direito interno e internacional, desprovida de pré-concepções políticas. Como não se teve acesso aos autos do processo propriamente dito, é importante frisar

¹⁸³ Tradução alemã em S/L/G/H, Art. 12 TEE.

¹⁸⁴ Critico Hackner et al., nm 89: “Trägeris bases de uma privação de liberdade”.

¹⁸⁵ Comparar, em detalhes Hackner et al., nm 89 ss.

¹ Doutorando em Altos Estudos Contemporâneos (Universidade de Coimbra), Mestre em Ciências Criminais (PUCRS) e Especialista em Direito Internacional Público, Privado e da Integração (UFRGS).