BIBLIOTHECA
DA
FACULDADE DE DIREITO
DO
RECIFE

Assistencia internacional contra o crime

(EXTRADIÇÃO)

I

A entrega dos criminosos, que, fugindo á acção da justiça de um Estado vão procurar abrigo em outro, é um dos modos pelos quaes se manifesta a cooperação juridica na communhão internacional.

O Estado, onde se vae asylar o criminoso, não é, porem, obrigado á extradição, si não assumiu esse compromisso por tractado.

LISTZ, *Voelkerrecht*, § 32; HEFFTER, *Droit international* § 63; BLUNTSCHLI *Droit int. codifié*, arts. 394—395; BONFILS, *Droit int.*, n. 455—458 DESPAGNET, *Droit int.*, ns. 289—292; MENGUHAC *Droit int.* II p. 732 e segs; FIORE, *Droit int. codifié*, art. 362; o mesmo, *Droit penal international*, ns. 215—318; CALVO, *Droit int.* II

§§ 949 e segs; MOORE, *Digest.* IV §§ 579—580; P. M. DIAZ GONÇALEZ, *Memoria* apresentada ao congresso ibero americano, 2.ª parte; LOMONACO *diritto internazionale.* p. 203 e segs; LAFAYETTE, *Direito internacional;* RODRIGO OCTAVIO, *Direito do extrangeiro no Brazil* ns. 139 e segs.; ARTHUR BRIGGS, *Extradicção,* §§ 1 e segs.

I. Os escriptores têm discutido longamente si a extradição constitue uma obrigação perfeita ou um simples dever moral dos Estados. A discussão é, porem, ociosa, porque, não havendo tractado, não é possivel compellir um Estado a entregar o criminoso asylado em seu territorio sem violar a sua soberania, quer dizer, sem desferir um golpe cruel em sua existencia de Estado; e, ainda, porque, posta a questão nestes termos, nenhum esclarecimento util poderá trazer a sua solução.

O que, para o internacionalista, como para o sociologo, deve ser mais interessante é notar a feição particular que assume a reacção social contra o crime, com o instituto da extradição. Em cada paiz, o crime, em seu conceito legal, é uma infração da lei penal *(nullum crimen sine lege);* mas, sendo a lei uma expressão da soberania, não pode ir além dos limites desta, caracterisando-se a lei penal por sua territorialidade, o criminoso que se colloca na zona de influencia de outra soberania sente-se abroquelado contra uma repressão geographica e politicamente limitada. Por outro lado, si o crime é a infracção da lei de um Estado, por mais damnoso que lhe seja esse acto, é indiferente aos

outros, como um acontecimento que se passa em outro meio e que lhes não concerne.

O interesse, entretanto, mostrou, aos Estados, que a inviolabilidade do asylo concedido aos criminosos não devia ser mantida. Entregar um criminoso refugiado no territorio de um Estado, constituia para elle, notou-se, o direito de obter egual serviço em occasião analoga, e essa vantagem não era para ser desprezada.

Como a constituição dos Estados ainda não possuia o grau de solidez, que mais tarde adqueriu, as primeiras extradições concedidas foram de criminosos politicos e de desertores, em seguida. Era a defeza do mechanismo politico, da organisação das forças coactivas do Estado, que cada um delles assim desenvolvia e consolidava.

Mas, approximando-se as nações, desenvolvendo-se o sentimento de solidariedade humana, ao mesmo tempo que melhor se ia percebendo o caracter social, e não puramente legal, da acção corrosiva do crime, comprehendeu-se ou, ao menos, presentiu-se que o crime, localisado embora em um paiz, não era um mal exclusivamente restricto a esse paiz, porque o consenso da vida humana socialmente organisada o fazia reflectir-se, mais ou menos fortemente, nas sociedades congeneres, ligadas por differentes relações, e porque os criminosos, egressos do centro de suas façanhas (e aqui falla mais alto o egoismo dos povos, a serviço da justiça) é muito provavel que venham desenvolver, no paiz de refugio, as suas operações antisociaes.

A' luz destas novas idéas, o crime commum foi ganhando, na vida internacional, o interesse que perdiam o crime politico e militar. Estes eram, por assim dizer, puramente estaduaes ; aquel-

les tinham um caracter mais profundamente social.

E assim, o instituto da extradição se organisou como uma cooperação dos Estados para a defeza da ordem social contra o crime, para a defeza da vida juridica em sua lucta contra a força desorganisadora da impunidade e da injustiça.

II. Na extradição se não deve enxergar, como pensam alguns, um effeito extra territorial da lei penal. Similhante effeito encontra-se nos casos em que o crime, praticado no extrangeiro, é punido pela lei do paiz que se sente por elle offendido. Assim o nosso codigo penal, artigo 5, pune o nacional ou o extrangeiro que regressar ao Brazil tendo commettido, fóra do paiz, crimes contra a independencia, a integridade e a dignidade da Republica, contra a Constituição e a forma de governo, de moeda falsa, de falsidade dos titulos e papeis de credito do Governo e dos bancos, o roubo e o homicidio nas fronteiras. E' o que se denomina ultra territorialidade da lei penal.

Mas, no caso da extradição, não é a lei penal de um paiz que extende a sua acção além das fronteiras do mesmo. O crime que ella procura reprimir foi perpetrado dentro das raias do Estado, e, precisamente por isso é que esse Estado solicita ao outro a extradição do delinquente, porque em seu territorio foi infringida a sua lei.

As leis pessoaes de direito privado são dotadas de um effeito extraterritorial, para acudir ás necessidades da vida internacional, em suas relações de ordem privada; mas comparem-se

os dois casos, e facilmente se verá como differem. No primeiro a lei acompanha o individuo pelos paizes extrangeiros, para ligar-lhe os actos á ordem juridica de que ella é parte integrante. No segundo o acto está realisado, quando o individuo se retira para fóra do paiz a lei mantem-se na sua territorialidade, não pretende exercer acção alguma além de suas fronteiras politicas. O Estado, onde o criminoso se foi refugiar, recusando-lhe asylo, concorre para que essa acção territorial da lei se effectue na medida necessaria aos fins do direito.

Tambem não se pode affirmar que as leis policiaes adquirem efficacia extraterritorial com a extradição, pelo facto de prestar o Governo deprecado a mão forte de sua policia, para que o criminoso caia sob a acção da justiça criminal do Estado deprecante. Cada Estado, para effectuar a entrega dos criminosos, cuja extradição lhe é solicitada, applica as suas proprias leis e os tractados que celebrou.

Na extradição ha, simplesmente, o auxilio que um Estado presta a outro, para impedir que o respeito á sua soberania sirva de manto á impunidade. A acção repressiva do Estado deprecante morre em suas fronteiras, o Estado deprecado, cooperando com elle na lucta contra o crime, intervem para que o criminoso regresse ao territorio onde impera a lei que elle offendeu.

III. Estas considerações, ao passo que mostram a verdadeira funcção internacional da extradição, indicam, bem claramente, que o seu posto é no direito internacional publico e não

no privado, como entendem alguns jurisconsultos dos mais egregios.

Não é uma simples questão de nomes a que agora aqui se enfrenta. Si mudassemos a designação do direito internacional privado, nada adeantariamos para a elucidação do caso. O crime, ainda quando envolve uma offensa ao individuo, é, na sua essencia, um ataque á organisação social, uma violação da ordem juridica, e a sua repressão é um acto determinado pela necessidade que o organismo social sente de defender-se, para conservar-se. Por isso o direito penal é considerado um ramo do Direito publico, e seria incongruencia suppor que um de seus capitulos pudesse ser conduzido, sem o seu caracter substancial, para a sociedade internacional dos individuos, onde somente se travam relações de ordem privada.

Afigura-se-me um erro de classificação collocar a extradição como, em geral, o chamado direito penal internacional (1) entre as materias constitutivas do direito internacional privado. Este direito deve ser comprehendido como a regulamentação das relações de ordem privada, dos individuos que compõem a sociedade internacional, assim como o direito internacional publico é a regulamentação das relações necessariamente de ordem publica, da sociedade dos Estados que formam a communhão internacional. A extradição não interessa, especialmente, á so-

(1) Sob essa denominação comprehendem-se varias materias não submettidas a principios communs, razão pela qual formam, antes, um agrupamento de disposições do que uma coordenação de preceitos: crimes commettidos no extrangeiro; effeitos extraterritoriaes da cousa julgada em materia penal; effeitos das sentenças penaes extrangeiras; extradição; concessões de rogatorias em materia penal.

ciedade internacional dos individuos, mas sim aos Estados, porque é um meio de tornar possivel a efficacia de suas leis penaes; a extradição não se refere a delictos internacionaes ou praticados na sociedade internacional, refere-se a crimes communs previstos pelo direito penal do Estado que a solicita. A internacionalidade da extradição procede do auxilio que um Estado presta a outro, recusando o asylo que nelle foi buscar o criminoso perseguido pela justiça do ultimo. Consequentemente é um facto que presuppõe accordo entre dois Estados, pelo menos, sinão da sociedade geral, Estados cultos, e, sendo assim, o seu logar é no direito internacional publico.

VI. Por muito tempo prevaleceu, no Brazil, como, em geral, na doutrina, o principio de que a extradição podia ser concedida independentemente de tractado. E' essa a doutrina consignada na circular de 4 de Fevereiro de 1847, (2) que firmou as bases do direito brazileiro no que concerne á extradição e que, durante muito tempo, foi respeitada e applicada. Em 1906, porem, a jurisprudencia federal começou a firmar o principio de que não é legal *a prisão de extrangeiro por ordem do poder executivo, á requisição de auctoridade de paiz que não tem tractado de extradição com o Brazil.*

O julgado que imprimiu essa nova orientação á jurisprudencia patria, em materia de extradição, foi a sentença do juiz federal da segunda

(2) PEREIRA PINTO, *Apontamentos*, III, p. 326—327, nota 1; RODRIGO OCTAVIO, *Direito do extrangeiro*, n. 143; BRIGGS, *Extradição*, p. 6 e segs.

vara do districto federal, Dr. PIRES e ALBUQUERQUE, proferida sobre o pedido de *habeas-corpus*, em favor de HENRY WYLLER, preso á requisição do Consulado suisso, ao Ministerio das relações exteriores, por ter roubado cem mil francos enviados a S. Gall, a administração de caminhos de ferro federaes.

Como essa sentença, confirmada pelo Supremo Tribunal, fundou jurisprudencia e bem interpretou o nosso direito constitucional, vale a pena reproduzir-lhe os principaes argumentos.

Diz ella: «Considerando que a Constituição da Republica assegura, a nacionaes e extrangeiros, a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, e declara que, a excepção do flagrante delicto, ninguem pode ser preso antes da pronuncia, sinão nos casos determinados em lei, e em virtude de ordem expedida por auctoridade competente (Const., art. 72 § 13);

«Considerando que nenhuma de nossas leis prevê e menos estabelece o caso de prisão de extrangeiro, por ordem do poder executivo á requisição de auctoridade tambem extrangeira;

« Considerando que, só com relação á certos paizes, os tractados existentes, como decidiu em recente accordam o Supremo Tribunal Federal, suprem a falta de lei; com relação a outros, como a Suissa, esta lacuna subsiste e não pode ser prehenchida por ajustes de occasião, que dependem de approvação do Congresso nacional (Const. art. 48, § 16), etc. etc,... julgo procedente o recurso e concedo a ordem pedida, para mandar que, em favor do paciente se passe alvará de soltura, se por al não estiver preso (3).

(3) *Revista de Direito*, I, p. 123—125.

Assim, em quanto não tivermos uma lei que auctorise o contrario, o governo brazileiro somente com apoio em tractado, poderá conceder extradição de criminosos (4).

Actualmente vigoram no Brazil os seguintes tractados de extradição:

Allemanha, tractado de 17 de Dezembro de 1877.

Austria-Hungria, tractado de 21 de Maio de 1883;

Belgica, tractado de 21 de Junho de 1873;

Chile, tractado de 4 de Maio de 1897;

Estados-Unidos da America, tratado de 14 de Maio de 1897.

Grã-Bretanha, tractado de 13 de Novembro de 1872;

Hespanha, tractado de 16 de Março de 1872

Italia, tractado de 12 de Novembro de 1872;

Paizes-Baixos, tractado de 21 de Dezembro de1895;

Paraguay, tractado de 16 de Janeiro de 1892;

Portugal, tractado de 10 de Janeiro de 1872 (5).

---

(4) Como geralmente acontece, a jurisprudencia a principio vacilou. Assim é que, no caso do francez Gallay e da cantora Merelli presos na Bahia a pedido do governo de seu paiz, em 1905, por crime de falsificação e roubo, o illustrado juiz federal seccional, MARTINS FONTES, em sentença proferida sobre pedido de *habeas-corpus*, sustentou que, na ausencia de tractado, podia a extradição ser livremente concedida no Brazil (RODRIGO OCTAVIO, *Direito do extrangeiro*, p. 290—291, nota 302). Veja-se ainda, sobre este caso, CLUNET 1906, p. 360—377, onde se encontrará a sua exposição, a sentença do juiz brazileiro, o relatorio do chefe de policia, Dr. AURELINO LEAL, e o epilogo que vem a ser a noticia da condemnação de Gallay e da absolvição da Merelli. Pena é que a narração do que se passou na Bahia fosse feita por quem muito mal conhecia o direito brazileiro, o consul Pommegrac.

(5) Sobre estes tractados vejam-se o *Codigo das relações exteriores* e ARTHUR BRIGGS *Extradição*, 3.ª parte. FIORE, *Direito penal*

II

Para maior firmeza dos principios geraes a que deve obedecer a extradição, e para segurança dos direitos individuaes em jogo por occasião della, cumpre que as leis internas definam as causas de extradição e o seu processo, e que o poder judiciario vele sobre a fiel execução dessas leis.

Poucos paizes possuem leis fixadores dos principios geraes da extradição. Citam-se a *Argentina*, lei de 25 de Agosto de 1885, a *Belgica* leis de 3 de Outubro de 1833, de 15 de Março de 1874, e de 28 de Julho de 1898, a *Inglaterra extradiction acts.* de 1870, 1873 e 1895, o *Mexico*, lei de 19 de Maio de 1897, o *Perú* leis de 23 de Outubro de 1888 e de 11 de Agosto de 1906, e a *Suissa*, lei de 22 de Janeiro de 1892. A tendencia, porem, é para tirar a extradição do dominio exclusivamente politico, e dar-lhe feição juridica. Por isso o voto do Instituto de direito internacional, expresso na sessão de 1880, em Oxford correspondeu a um reclamo da consciencia moderna: «E' para dezejar que, em cada paiz, uma lei regule o processo da extradição, assim como as condições mediante as quaes serão entregues os individuos reclamados como malfeitores, aos Governos com os quaes não exista convenção.

Mas não é somente para esses casos que se torna vantajosa a lei sobre extradição, ella deve servir de base aos tractados, para uniformisal-os

---

internationaal n. 264; LEPOITEVIN, em CLUNET, 1903, p.782—783, REINHAND FRANK, nas BLAETTER *f. vergl. Rechtswissenchaft*, 1905, fasc. 3.° e 4.°; JOÃO VIEIRA, *Codigo penal comment.* I. p. 10; RODRIGO OCTAVIO *op. cit.* n. 146.

e para que a acção do poder judiciario se faça mais beneficamente sentir (6).

Entre nós tracta-se de prover a essa necessidade; já um projecto de lei apresentado na Camara pelo deputado GERMANO HASSLOCHER volveu a esse ramo do poder legislativo, depois de emendado pelo Senado. Não tardará, por tanto, que se converta em lei (7).

III

Para conceder a extradição pedida, não deve o Estado preoccupar-se com a nacionalidade do criminoso. Todavia é certo que o direito positivo tem reluctado em acceitar, com franqueza, esta expressão clara e simples da justiça.

Geralmente a extradição se applica a todos aquelles que se acham sob a jurisdição penal do Estado que a requer, salvo os subditos do Estado requerido.

Poucos são os paizes que se têm mostrado

(6) A justificação deste systema foi feita, de modo completo, por MANCINI em sua circular de 15 de Outubro de 1881 (CALVO, op. cit. II § 956).

(7) Já em 1848 se cogitou de preparar uma lei de extradição entre nòs (Relatorio extr. de 1848). FIORE, *Droit penal internacional*, n. 354—371 LISTZ, *Direito penal*, trad. JOSE HYGINO, I, p. 173; BAR, *Lehubuch des int. Privat—und—Strafrechts*, § 69; MOORE op. cit., IV § 594; LE POITEVIN em CLUNET 1903, p. 24, 498 e 768; JOÃO VIEIRA, *Codigo commentado*, I p. 68; MUNIZ BARRETO, *no Direito*, vol. 86, p. 149 e segs.; MENDES PIMENTEL, *Revista forense*, 1906; *Annuaire* de l'Institut de *droit international*, V, p. 127; *Actes du Congrès penitentiaire* int. de Bruxelles 1900, vol. I p. 539; RODRIGO OCTAVIO op. cit. n. 147 in fine.

superiores ao preconceito do racionalismo em materia de extradição. Apontam-se a Inglaterra e os Estados-Unidos da America do Norte. No entanto é de justiça accrescentar que esse exemplo foi seguido pelo Congresso de Montevidéo de 1889 que, no tractado de direito penal internacional, consignou o seguinte principio: *la extradition ejerce todos sus efectos sin que en ningun caso pueda impedirlo la nationalidad del réo.* No tractado ajustado entre o Brazil e a Republica Argentina, mas ainda não approvado pelo Brazil, vem consignado esse principio (8). O projecto de lei brazileira tambem consagra.

A maioria das legislações porém, ainda não quiz tomar essa orientação, e, quando o Governo suisso recorreu a competencia de RIVIER, para lhe preparar um ante-projecto de lei sobre extradição, o eminente jurisconsulto manifestou-se contra a doutrina moderna favoravel á extradição dos nacionaes. Foi por indicação delle que a lei suissa consignou, de modo categorico, este principio; «nenhum cidadão suisso poderá ser entregue á paiz extrangeiro» (9). Para corrigir os inconvenientes desta norma, accrescenta a mesma lei que o concelho federal garante ao Estado, onde o suisso delinquiu, que os tribunaes suissos julgarão o caso, como si o crime fosse praticado em territorio nacional (10).

Apezar, porém, do valor de auctoridades tão respeitaveis como são o citado jurisconsulto e os legisladores suissos, a exclusão dos nacionaes não tem por si bons argumentos, e a opinião contra-

(8) *Relatorio* extr. 1896, p. 28; Annuaire de *leg. étrangére*, 1891, p. 652—653.

(9) Lei de 22 de Janeiro de 1902, art. 2, *Annuaire de leg, étrangére.*,

(10) Lei cit. art. 2, 2.º al...

ria vae dominando na doutrina, porque se apoia em razões valiosas:

1.º O juiz natural do delinquente é o do logar onde a lei foi infringida, porque no theatro do crime, é que se podem colher as provas delle e ahi é que a repressão se deve fazer sentir, como a natural reacção do organismo social, que, atacado, se defende.

2.º E' direito do Estado punir os individuos que, dentro de seu territorio, attentam contra a ordem juridica. Si outro Estado concede asylo aos criminosos, que a justiça do primeiro persegue, cerceia-lhe esse direito, impede-o de desenvolver, quanto podia, a defeza de sua organisação social. O asylo limitado aos nacionaes do Estado do refugio restringe o impecilho allegado, é certo, mas não deixa o impecilho de existir, porque podia ser maior. E, quando si observa que o asylado, muitas vezes, é um individuo que, ha muitos annos deixou a patria sem intenção de voltar, e só a procura, porque sabe que, assim, levantará uma bareira á justa repressão em que incorreu, sente-se bem quanto é fugidio o fundamento em que assenta a excepção do nacionalismo em materia de extradição.

3.º Suppõe-se que a dignidade nacional seria offendida, si fosse entregue á justiça extrangeira um individuo que se veio abrigar no regaço materno da patria. Este argumento procede de um equivoco. A dignidade nacional não está em jogo neste caso. Não se comprehende que ella se offenda, porque o criminoso conseguio fugir á justiça do Estado que o reclama, e se não offenda, quando esse mesmo criminoso sofre a punição, porque não tentou ou não poude escapar.

Outr'ora os potentados politicos se julgavam desprestigiados, si qualquer criminoso, que se acolhera á sua protecção era apanhado nas malhas da policia. Mas as nações cultas não podem ter o mesmo conceito de dignidade nem o mesmo sentimento de justiça desses rudes mandões.

A extradição não é imposta ao Estado; solicitam-lhe a entrega do delinquente; e é de accordo com as suas leis, respeitada a sua soberania, que elle attenderá ao pedido. Si o seu governo ou o que é melhor, o seu poder judiciario examinar o pedido, antes de attender a elle, onde o melindre nacional offendido?

4.º O asylo, insistem, não será a impunidade, porque o delinquente poderá ser punido na sua patria. Mas de accordo com que lei? De accordo com a lei da patria do delinquente, como si a lei penal pudesse ser pessoal?

Um tal processo nem offerece garantias á justiça offendida, nem ao proprio delinquente. A lei penal violada é que deve reagir contra o criminoso, os elementos de convicção é no logar do delicto que se devem colher. Mas ahi mesmo é que o accusado poderá encontrar a sua melhor defeza em testemunhas, em factos e em circumstancias que, consideradas á distancia, poderão perder de valor.

A jurisdicção do logar do delicto é a que offerece melhores garantias de justiça.

Fugir-lhe, sob o fundamento de que o accusado veio procurar refugio em sua patria, só póde significar que a organisação da justiça do paiz, em que o delicto foi praticado, não inspira confiança.

Mas essa desconfiança não deverá mais existir, em nossos dias, quanto ás nações do ac-

cidente, e será enfraquecer a energia necessaria á reacção contra o crime, arrancar o criminoso ao seu juiz natural, como será affrouxar os laços da solidariedade internacional, mostrar um Estado que não acredita na justiça dos tribunaes do outro, não em um caso concreto e *post factum* mas de um modo geral e de antemão.

A questão da extradição dos nacionaes foi incluida no programma do Congresso penitenciario internacional de Bruxellas, em 1900. A commissão organisadora do programma desse Congresso justificára a inserção dessa materia, com a consideração de que si o processo de certos malfeitores fosse effectuado no seu paiz de origem, tantas seriam as difficuldades a vencer que, muito naturalmente, se abriria mão delle, porque os limites restrictos, que as legislações fixam á jurisdicção no que concerne aos delictos commettidos no extrangeiro, asseguram a esses factos uma impunidade absoluta, não somente para o malfeitor que consegue penetrar em seu paiz de origem, como ainda para os seus cumplices, que se acham no poder da justiça local (11). Os diversos relatorios foram favoraveis á extradição dos nacionaes, divergindo quanto ao modo de concedel-a, e a resolução tomada foi no sentido de recommendar-se a extradição dos nacionaes aos paizes cujas legislações criminaes repousassem sobre bases analogas e que tivessem confiança nas respectivas instituições judiciaes (12).

A' conclusão similhante havia chegado o Instituto de direito internacional, na sessão de Ox-

(11) *Bulletin de l'Union international de droit penal*, VII, pag. 147.

(12) *Bulletin* cit. IX, pag. 30.

ford, em 1880, 6.ª resolução: «Entre paizes, cujas legislações criminaes repousarem sobre bases analogas, e que tiverem mutua confiança em suas instituições judiciarias, a extradição dos nacionaes será um meio de assegurar a bôa administração da justiça penal, porque é para desejar que a jurisdição *do forum delicti commissi* seja, tanto quanto possivel, chamada a pronunciar-se.

IV

A extradição deverá somente referir-se a crimes communs consummados ou attentados de certa gravidade avaliada pelo rigor da pena.

Excluem-se da extradição os crimes politicos e os puramente militares.

I. Os tractados costumam enumerar os crimes, que podem autorisar a extradição. Este systema suppõe, naturalmente, classificações identicas dos actos puniveis e das penas, entre os paizes contractantes, quando é certo que, muitas vezes, as leis penaes obedecem a criterios differentes. Em nosso tractado com a Grã-Bretanha, por exemplo, foi preciso estabelecer, entre *murder e manslaughter,* uma distincção, segundo a penalidade, que já desappareceu. Este tractado motivou uma duvida, quanto á extradição por tentativa de homicidio, que era punida pela legislação ingleza, como a do *murder,* e, na legis-

lação brazileira, com uma pena relativamente branda. Foi preciso esclarecer o ponto por um protocollo addicional. Tambem no tractado com os Estados-Unidos da America do Norte não se achou um correspondente exacto para *burglary* (art. 16).

Além disso, o systema não é dotado da necessaria flexibilidade para acompanhar a evolução do direito penal. Factos haverá que uma reforma legislativa exclua, em um dos paizes contractantes, do numero dos crimes, e, no emtanto, por força do tractado, continuem a ser considerados passiveis de pena, factos outros haverá que se tenham introduzido na categoria dos delictos, após a celebração do tractado, e, por isso mesmo, a extradição a elle se refira.

O mais prudente é, portanto, estabelecer, como base da extradição, em vez de uma enumeração de delictos, um quanto de penalidade, como fez o nosso tractado do Chile e estabelece o Projecto de lei actualmente na Camara dos deputados.

II. Isto, porem, é uma simples questão de forma. O essencial é fixar quaes são os actos puniveis que se devem excluir da extradição.

Os crimes politicos são, pela quasi unanidade dos internacionalistas, afastados da extradição, porque as paixões partidarias, muitas vezes obscurecem a apreciação, dando como crimes odiosos factos de somenos importancia, e, outras tantas, impelle, á pratica de actos reprovaveis, pessôas não propensas ao crime, mas grandemente sugestionaveis. No primeiro caso, o supposto delinquente é, antes, uma victima do odio

partidario, no segundo será um criminoso de responsabilidade attenuada.

Alèm disso, o crime politico é de caracter restricto, refere-se á organisação politica de um Estado, e o crime commum tem um caracter geral como offensa aos sentimentos de piedade e justiça da humanidade culta em determinada epocha; ferindo a ordem publica de um Estado, pelo sentimento de solidariedade e pela similitude social determinada pelos elementos geraes da civilisação, que são communs a grande numero de nações, repercutem na consciencia commum dos individuos honestos de qualquer desses paizes e ahi provocam movimentos de repulsão.

Exceptuados os crimes politicos, exceptuam-se, egualmente, os connexos com elles.

Não se comprehendem, porem, como crimes politicos os attentados do anarchismo e os actos que, praticados embora com intuitos politicos, não o foram no momento da lucta armada em que se empenharam os partidos.

Tambem é geralmente acceita a exclusão dos crimes puramente militares, porque a lei militar, sendo especial e nimiamente rigorosa, erige em crime, acarretando forte penalidade, actos que, do ponto de vista da vida social commum, não são apreciados do mesmo modo.

A impunidade, nesse caso, não parece temerosa aos interesses geraes da humanidade; a repercussão desses actos puniveis é circumscripta a um pequeno circulo de organisação social, a uma classe. Por isso os tractados ordinariamente excluem a deserção de entre os crimes que auctorisam a extradição.

Si, porem, o crime militar constituir um crime commum, um assassinato, por exemplo,

já não ha eguaes motivos para recusar-se a entrega do criminoso.

A deserção dos marinheiros é olhada por outro aspecto. O interesse geral da navegação leva o poder local a attender os pedidos que lhe forem dirigidos para a captura dos marinheiros que desertarem nos portos.

Não ha razão sufficiente para isemptarem-se da extradição os crimes de imprensa. Si esteverem intimamente relacionados com delictos politicos, terão naturalmente, pelo vinculo da connexidade a mesma sorte destes, mas se constituirem delictos communs, não se vê porque motivo privilegial-os.

Em conclusão: *os crimes communs, sejam consumados, sejam meras tentativas, são os que autorisam a extradição, e esta deve alcançar auctores e cumplices.*

V

Ordinariamente os tractados negam a extradição si a acção penal ou a pena está prescripta, segundo a lei do Estado requerido; mas a razão juridica pede que a prescripção seja apreciada segundo a lei do Estado requerente.

A prescripção da pena ou da acção penal colloca o delinquente na posição daquelle que já deu á sociedade a sua satisfação a que ella tinha direito pela offensa recebida. Consequentemente, não é admissivel um pêdido de extradição, por crime que tenha já alcançado esse perdão tacito, no paiz onde foi perpetrado.

Mas si o prazo da prescripção é mais longo

no paiz requerente do que no paiz requerido, qual deve prevalecer?

E' injusto, dizem, entregar, a um paiz extrangeiro, individuos que, pelo direito do paiz do refugio, estariam protegidos pela prescripção, não podendo mais ser punidos pelo delicto esquecido. E, fundados neste raciocinio, os tractados e muitos escriptores dão, neste caso, predominancia á lei do Estado requerido.

Mas o argumento é enganoso. Em face da lei do logar do delicto, é que se deve indagar si ha prescripção, porque essa lei é que arma o grupo social offendido pelo crime, com os meios de defeza considerados necessarios e adequados á sua conservação. O paiz do asylo não póde restringir a efficacia da lei penal extrangeira. Seria exorbitante.

E' certo que, em alguns tractados, se estipula que o extraditado não soffrerá a pena de morte, que o paiz de refugio não adopta.

E' um esforço contra a pena irreparavel por excellencia, que se explica por um nobre sentimento de humanidade (13); mas, no caso da prescripção, não é da expansão de um sentimento analago que se tracta, parece muito natural que seja a lei do paiz requerido que a estabeleça. Entretanto, como diz FIORE, «basta examinar o fundamento da prescripção, em materia penal, para nos convencermos de que a lei do paiz, que serve de refugio, não póde servir para indicar a epocha, em que se consuma a prescripção (14).

(13) O projecto de lei brazileira estabelece como condição para conceder-se a entrega do refugiado, a promessa de que a pena de morte será commutada na de prisão.

(14) *Droit penal international* n. 337. O projecto de lei brazileira desligou-se da tradição, neste ponto erronea.

VI

O Estado que reclamar a extradição deve ter competencia para processar e julgar o crime que motiva o pedido.

Os pedidos de extradição devem ser apresentados por via diplomatica e, na falta de agente diplomatico do Estado requerente, por intermedio do consul ou directamente do Governo.

O pedido será instruido com os documentos indicados em lei ou nos tractados, que provem a legalidade da ordem de prisão emittida por auctoridade competente (15).

Nos casos urgentes são attendidas requisição por via telegraphica para detenção provisoria do réo e apprehensão dos objectos concernentes ao delicto compromettendo-se o Estado requerente a apresentar, num praso determinado, os documentos exigidos para ser concedida a extradição.

VII

BIBLIOTHECA DA FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

Independentemente da existencia de uma lei sobre extradição internacional, o poder judiciario federal, fundado na Constituição, tem, no

(15) Segundo o projecto de lei brazileira, art. 8. esses documentos são: copia ou traslado authentico da sentença de condemnação ou da sentença ou acto do processo criminal, emanado do juiz ou auctoridade competente decretando, formalmente, ou operando, de pleno direito, a remessa do indiciado a julgamento em juizo competente. Estas peças deverão conter a indicação precisa do facto incriminado, o logar e a data em que foi commettido, e ser acompanhadas de copia dos textos da lei applicaveis á especie.

Brazil, competencia para conceder *habeas-corpus* aos extraditandos.

I. De diversas disposições constitucionaes resulta a competencia do poder judiciario da União para conhecer da illegalidade da prisão do extraditando.

Em primeiro logar, o art. 60 letra h. estabelece a competencia dos tribunaes federaes, em questões de direito criminal internacional, e a extradição é um dos capitulos desse direito.

Por esse dispositivo se exclue a intervenção do poder judiciario estadual em materia de extradição internacional e se affirma a competencia da justiça federal, para examinar si a extradição deve ser concedida, quer em face dos tractados, quer em face da mesma Constituição.

Em segundo lugar o art. 72 § 22 do pacto fundamental da Republica manda que se dê «*habeas-corpus*, sempre que o individuo soffrer ou se achar em eminente perigo de soffrer violencia ou coação por illegalidade ou abuso de poder.»

A extradição que se não fundar em tractado ou que não for conforme ao tractado existente é um constrangimento illegal, que auctorisa a concessão de *habeas-corpus*, que deverá ser pedido á justiça federal, em virtude do art. 60 letra h, acima citado.

E' ainda essa mesma justiça que tem de velar pela observancia dos preceitos constantes do art. 72 § 13 e 14 da Constituição, o primeiro dos quaes somente permitte a prisão em flagrante delicto e, mediante ordem escripta de auctoridade competente, nos casos determinados

em lei, e o segundo não consente que alguem seja conservado em prisão sem culpa formada, salvo as excepções especificadas em lei, nem levado á prisão ou nella detido si prestar fiança idonea, nos casos em que a lei o admittir.

Aliás alguns de nossos tractados de extradição consignam expressamente o recurso de *habeas-corpus* (16).

II. A justiça federal tem de facto intervindo em muitos casos de extradição, solicitada pelos interessados, que interpõem pedidos de *habeas-corpus*, como nos casos já referidos neste capitulo, do jornalista italiano Giovannetti, em que a competencia do poder judiciario ficou bem assentada pelo Supremo Tribunal (17) e outros.

Alguns desses casos offerecem maior interesse pela doutrina firmada nas sentenças que os resolveram.

O cidadão norte-americano Joseph W. Swan accusado do crime de *subtração de creança*, foi preso provisoriamente por ordem do Ministro da Justiça, para ser extraditado, a pedido do Governo de seu paiz, que se fundava no tractado de 14 de Maio de 1897, approvado pelo dec. n. 4822 de 22 de Abril de 1903. Requereu *habeas-corpus* ao juiz da primeira vara do Districto Federal, Dr. PIRES E ALBUQUERQUE, e este não lh'a concedeu, porque «seria prematura e precipitada qualquer decisão judiciaria a esse respeito, antes do conhecimento e exame dos documentos que deverão acompanhar o pedido,

(16) Tratado com os Estados-Unidos, art. 10; com os Paizes-Baixos, art. 7. Veja-se BRIGGS, *Extradição*, p. 77—79.

(17) *Direito*, vol. 98 p. 243 e segs.

tanto mais quanto existe a affirmação do Governo americano, pelo orgão do seu representante». Mais tarde volta Swan a impetrar *habeas-corpus*, allegando que, sendo a criança que trazia comsigo seu proprio filho, o facto reduzia-se a uma questão de direito civil, não era crime e não podia dar logar á extradição.

O juiz reconheceu como juridica e bem fundada essa allegação, porquanto não se tractava, no caso, de subtracção de menores de que falla o art. 289 do codigo penal; todavia, como as provas não erão sufficientes, concedeu *habeas-corpus*, pelo fundamento de que o paciente preventivamente, não podia ser entregue ao Governo de seu paiz, antes de serem exhibidos os documentos exigidos, para que o Governo brazileiro conhecesse da justiça do pedido de extradição e resolvesse a entrega do paciente, de accordo com o tractado, pois ao paiz do asylo cabe examinar si o crime, pelo qual se pede a extradição do accusado ou condemnado, é da classe dos que autorisam essa medida.

O Supremo Tribunal Federal confirmou essa decisão, na sessão de 8 de Julho de 1908.

Em um terceiro pedido de *habeas-corpus*, ficando provado que se tractava de subtracção do proprio filho, facto que não constitue crime no direito patrio, e que, por isso mesmo, não fôra contemplado no tractado de extradição, foi, por esse fundamento, concedido alvará de soltura e terminada definitivamente a questão.

Os principios que ficaram estabelecidos pelos tribunaes do paiz, neste caso foram:

1.º. Não commette crime de subtracção de criança, previsto no art. 289 do codigo penal, o

pae divorciado que subtráe o filho do poder da mulher;

2.º. Não sendo o facto punivel pela lei brasileira, não se concede extradição (18).

Tem com este alguns pontos de similhança o caso de Elisa Pappens detida no porto do Rio de Janeiro pela policia maritima, quando de Montevidéo se dirigia para Belgica, levando em sua companhia uma filha de quatorze mezes.

Essa detenção resultava de uma rogatoria da justiça argentina, perante a qual Elisa Pappens fôra accusada por *subtracção de criança.*

Tractava-se, porem da subtracção do proprio filho o que perante o direito brazileiro, como perante o direito argentino, não constitue crime previsto em lei. A especie deslocara-se, assim, do direito penal para o civil, e, realmente, sob esse aspecto fôra apresentada pelo juiz argentino.

A rogatoria, porem, não seguia a marcha estabelecida em nossa lei, para essa ordem de providencias processuaes, nem se conformára com o estabelecido no accordo de 14 de Fevereiro de 1880. Este accordo, effectivamente, dispensa o *exequatur* do poder executivo, mas estipula que as rogatorias sejam dirigidas de juiz a juiz, e, no caso de Elisa Pappens, a rogatoria não fôra dirigida, como devera, ao juiz federal.

Alem disso as rogatorias têm por objectivo deligencias que importem á decisão da causa, mas não podem conter materia executoria, e a entrega da menor seria não uma diligencia para esclarecimento, mas a execução de uma sentença civil que, si existisse, não podia no Brazil

(18) *Direito*, vol, 106, p. 584—615, *Revista de Direito*, vol. IX p. 75—91.

ser executada sinão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

Foi assegurada a liberdade de locomoção á paciente para conservar-se no paiz ou delle sahir sem embaraço (19).

CLOVIS BEVILAQUA..

(19) Sentença de 12 de Dezembro 1909, publicada no *Jornal do Brazil* de 14.