

**A confusa
extraterritorialidade da lei
penal brasileira.**

***Jean Louis Maia Dias**

Foge-nos a memória de quantas vezes, nós, estudiosos do Direito já nos deparamos com os absurdos do nosso legislador infraconstitucional que, no afã de legislar acaba por inserir no texto da lei normas incompatíveis entre si, quando não com a própria *mens legis*.

Quando isso acontece temos aí uma celeuma, que deverá ser resolvida pela hermenêutica jurídica. Única técnica capaz de espancar qualquer dúvida a respeito do verdadeiro sentido de uma norma.

Passeando pelo o Código Penal brasileiro, deparei-me com a violação do que, desde os bancos acadêmicos, nos é ensinado como sendo uma premissa básica de um sistema penal estabelecido num Estado Democrático de Direito, qual seja, o princípio do *nom bis in idem*, que ao lado do seu “irmão” *in dubio pro reo*, constitui-se em uma garantia fundamental de qualquer pessoa frente ao poder punitivo do Estado, que encontra limites no texto constitucional. A problemática se opera entre os artigos. 7º e 8º do CP. Vejamos:

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

...

II – os crimes:

a) que por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir;

b) praticados por brasileiro;

c) praticados em aeronaves ou embarcações brasileiras, mercantes ou de propriedade privada, quando em território estrangeiro e aí não sejam julgados.

...

§ 2º Nos casos do inciso II, a aplicação da lei brasileira depende do concurso das seguintes condições:

...

d) não ter sido o agente absolvido no estrangeiro ou não ter aí cumprido pena.

e) não ter sido o agente perdoado no estrangeiro ou, por outro motivo, não estar extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável.

§ 3º A lei brasileira aplica-se também ao crime cometido por estrangeiro contra brasileiro fora do Brasil, se, reunidas as condições as condições previstas no parágrafo anterior:

a) não foi pedida ou foi negada a extradição;

b) houve requisição do Ministro da Justiça.

Art. 8º A pena cumprida no estrangeiro atenua a pena imposta no Brasil pelo mesmo crime, quando diversas, ou nela é computada, quando idênticas. (grifos nossos)

O parágrafo 2º é claro quando estabelece uma *conditio sine qua nom* para o agente ser punido no Brasil, qual seja, o concurso (necessário) das condições nele descritas. Ora! Como pode, uma pessoa que já cumpriu uma pena no estrangeiro – requisito este que, se satisfeito torna-se um óbice para a pretensão punitiva do Estado Brasileiro, segundo o próprio texto da lei – ser novamente punida no Brasil pelo mesmo crime? É a inteligência (burra e satânica) do artigo 8º, quando diz que a pena já cumprida no estrangeiro apenas alivia a aqui imposta, se diferentes, ou sofre um abatimento, se iguais. Veja que a alínea *d* do parágrafo 2º do artigo 7º, não descreve a qualidade ou quantidade da pena cumprida no estrangeiro para que o agente não possa ser novamente punido segundo a lei brasileira, mas tão somente diz que ele tem que ter cumprido pena no estrangeiro, seja lá qual for. Isso quem nos diz é lógica jurídica, a interpretação gramatical da lei. Que neste caso é a que melhor se aplica -quando se tem em mira o benefício do réu - tendo em vista os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que são a

mola mestra da aplicação da lei penal.

Ainda que se diga que não é esse o espírito da lei, a alínea *e* do mesmo parágrafo impede o *jus puniendi* do Brasil quando diz que, se por outro motivo estiver extinta a punibilidade, segundo a lei mais favorável. Embora o art. 107 do nosso Código Penal não traga expressamente o cumprimento da pena como uma das causas extintivas da punibilidade, o traz implicitamente, pois, implementada essa condição não tem mais o Estado interesse legítimo em manter alguém preso pelo crime que praticou. E é claro que não pode existir em qualquer legislação um motivo mais justo para se decretar extinta a punibilidade, do que o próprio cumprimento da pena, que é, ao lado da ressocialização do condenado, o fim de ser da reprimenda estatal. Note-se que a Lei 7210/84 (Lei de Execução Penal) em seu art. 109, *caput*, confirma a tese acima exposta quando diz: *Cumprida ou extinta a pena, o condenado será posto em liberdade, mediante alvará do juiz, se por outro crime não estiver preso.*

E pasmem! A lei penal brasileira, em alguns casos, pode ser mais benéfica ao estrangeiro, ou ao brasileiro naturalizado que possua outra nacionalidade, pois o parágrafo 3º do artigo 7º prevê a possibilidade de o *alienígena* ser punido somente uma vez. Isso poderá ocorrer na hipótese de ter ele cometido um crime contra um brasileiro fora do Brasil, preencher todas as condições do parágrafo 2º, fugir para o nosso país e mesmo assim ter sua extradição concedida ao país solicitante que o deseja punir. Já o brasileiro nato não tem escolha, pois este não pode ser extraditado em hipótese alguma, por expressa vedação constitucional que assegura a ele esse direito fundamental. Não obstante isso, ainda que o nato seja julgado e condenado por outro Estado Soberano pelo crime aí cometido, e mesmo que tenha cumprido a

pena estrangeira, se esta for menor do que a em tese cominada pela lei penal brasileira, ingressando ele no território nacional estará sujeito ao cumprimento do *saldo devedor* previsto em nosso Código Penal.

Terá sido o nosso legislador infraconstitucional influenciado pela *teoria do Direito Penal do inimigo*, de Jakobs?

In saecula saeculorum! Essa seria a reação de *Caesar*, o maior Imperador de Roma, se, de seu sono eterno pudesse acordar.

Imaginem a hipótese de um brasileiro nato ser condenado no estrangeiro a uma pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos de reclusão e, após cumpri-la integralmente, é libertado, volta ao Brasil e aqui chegando é avisado pela *Justiça* de sua pátria amada que ainda resta um débito a ser pago, pois, o crime que ele cometera fora do Brasil neste é punido com uma pena máxima de 10 (dez) anos de reclusão. Pergunta-se: será justo impor ao agente o cumprimento dessa diferença de 6 (seis) anos entre a lei alienígena e a nossa? E ainda mais sem a observância do *due process of law* - expressamente previsto na CF/88 - que é acima de tudo uma garantia fundamental da pessoa humana? É Forçoso concluir que não! Quem melhor que o próprio país, onde ocorreu o fato delituoso, para poder avaliar e balizar a conduta do agente que violou um bem juridicamente tutelado pelo seu ordenamento vigente, aplicando a sanção que de acordo com seus valores sociais entende ser a reprimenda necessária e suficiente para a prevenção e reprovação do crime?

Entendo que a questão aqui é de soberania estatal, que pressupõe uma independência em relação aos outros Estados Nacionais, e de respeito aos direitos humanos. Postulados pelos quais a nossa Carta Política tanto preza em

seu artigo 4º, incisos I e II, respectivamente.

Estariamos então, diante de uma flagrante inconstitucionalidade por ferir princípios (explícitos e implícitos) e garantias fundamentais de nossa Carta Magna? De acordo com o nosso sistema jurídico não, pois é impossível o controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo editado anteriormente à Constituição. O que se pode fazer aqui é analisar o instituto da recepção para sabermos se a norma é ou não compatível com a nova ordem constitucional.

Paulo Brossard, sob essa ótica diz que, "é por esta singelíssima razão que as leis anteriores à Constituição não podem ser inconstitucionais em relação a ela, que veio a ter existência mais tarde. Se entre ambas houver inconciliabilidade, ocorrerá revogação, dado que a lei posterior revoga a lei anterior com ela incompatível, e a lei constitucional, como lei que é, revoga as leis anteriores que se lhe oponham".

O Douto Professor Alexandre de Moraes, também nos agiganta com sua incontestável sabedoria ao dizer que, "a substituição de uma Constituição por outra implica na perda de eficácia da Carta primitiva. O mesmo não acontece, no entanto, com o restante das leis e atos normativos que, em regra, permanecem válidos, satisfeita uma única condição, qual seja, a de serem compatíveis com a nova ordem constitucional. Obviamente, as normas conflitantes, explícita ou implicitamente, retirar-se-ão do ordenamento jurídico, independentemente da espécie (emendas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, etc.) pois a criação de uma nova ordem jurídica exige o adequamento do restante do ordenamento jurídico".

Nesse diapasão, caberia então a nossa Suprema Corte fazer a devida corrigenda,

expurgando do ordenamento jurídico essa norma penal incompatível com a Constituição Federal. Porém, se não for esse o entendimento estaremos diante de, pelo menos, uma antinomia entre normas infraconstitucionais.

Oportuno aqui, destacar parte do voto proferido em 1997 pelo então Ministro do STF, Moreira Alves, em sede de *habeas corpus* do qual foi relator, onde se enfrentava a antinomia normativa:

"Quando há choque entre dois dispositivos de uma mesma lei, a antinomia não pode ser resolvida pelos critérios da hierarquia ou da sucessividade no tempo, porque esses critérios pressupõem a existência de duas leis diversas, uma hierarquia superior à outra, ou esta posterior à primeira. Nesse caso, que é o de mais difícil solução, o que é preciso verificar é se a antinomia entre os dois textos da mesma hierarquia e vigentes ao mesmo tempo é uma antinomia aparente, e, portanto, solúvel, ou se é uma antinomia real, e, conseqüentemente, insolúvel.

A antinomia aparente é aquela que permite a conciliação entre os dispositivos antinômicos, ainda que pelo que se denomina "interpretação corretiva", ao passo que a antinomia real é aquela que, de forma alguma, permite essa conciliação, daí decorrendo a necessidade de se adotar a chamada "interpretação ab rogante", pela qual ou o intérprete elimina uma das normas contraditórias (ab rogação simples) ou elimina as duas normas contrárias (ab rogação dupla).

Dessas três soluções, a que deve ser preferida - só sendo afastável quando de forma alguma possa ser utilizada - é a interpretação corretiva, que conserva ambas as normas incompatíveis por meio de interpretação que se ajuste ao espírito da lei e que

corrija a incompatibilidade, eliminando-a pela introdução de leve ou de parcial modificação no texto da lei.”

Infelizmente a doutrina, até onde sei, queda-se inerte não se insurgindo contra o problema de forma a apresentar a solução adequada.

Seja pela adoção do critério da não recepção devida a incompatibilidade constitucional, seja pelo método da antinomia real, a verdade é que essa norma penal não pode continuar em vigência, pois, sua permanência é extremamente incompatível com o espírito democrático que inspirou o nosso Constituinte Originário quando da elaboração da Constituição Cidadã de 1988. Nascida de uma exigência social que, querendo se ver livre do regime ditatorial que assolava o nosso país e que tanto nos envergonha, urgia por uma nova ordem constitucional capaz de exprimir os anseios do povo brasileiro na retomada das liberdades civis e políticas perdidas pela arbitrariedade de uma força covarde. Diria mais, sua incompatibilidade não se refere somente ao nosso ordenamento jurídico, mas a todo o sistema principiológico que informa o arcabouço humanístico de repressão penal – e aqui se pode incluir as declarações universais de direitos e deveres, os tratados, os pactos, os protocolos e as convenções, nos quais o próprio Brasil é parte ou signatário, que ao ingressarem em nosso ordenamento jurídico ganham força de norma constitucional – que em síntese representa a pedra angular, que deve nortear o Direito Penal em todo o planeta, pois é fruto de uma longa evolução intelectual que de forma alguma pode ser desprezada, sob pena de por em o risco o *status libertatis* do homem, que há muito representa uma das condições básicas da dignidade humana.

*Bacharelado em Direito e ex-Estagiário do Ministério Público de Rondônia.

Texto escrito em agosto de 2004.