

## CASO ROBINHO COMO UMA LACUNA NA LEGISLAÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DE EXECUÇÃO DA PENA

**Igor Piedade de Araujo**

Graduando em Direito pela UFMG

ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-1835-1998>

e-mail: igorpiedade@ufmg.br /igor.araujo4002@gmail.com

**Luiz Felipe Vieira de Siqueira**

Doutorando em Inovação e Tecnologia PPGIT UFMG

Mestre em Direito Empresarial pela Milton Campos

Pós-graduado em Direito Constitucional PUC MINAS

LLM Direito Corporativo IBMEC

ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-1141-2659>

e-mail: siqueira@privacypoint.com.br

**Recebido em:** 20/02/2025

**Aprovado em:** 08/10/2025

### RESUMO

Este artigo examina as lacunas legais na legislação brasileira no que diz respeito à transferência da execução de penas de cidadãos brasileiros condenados no exterior, destacadas pelo caso de Robinho, um ex-jogador de futebol condenado por estupro na Itália. Apesar de sua condenação e da permissão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) para a transferência da execução, o direito vigente do Brasil não prevê adequadamente a execução de tais sentenças, levando a um potencial impunidade. Utilizando as teorias de Hans Kelsen e Norberto Bobbio sobre as lacunas jurídicas, este estudo aponta a ilegalidade da homologação de sentença realizada pelo STJ e propõe uma alteração ao artigo 100 da Lei de Migração para sanar a problemática. A proposta consiste na adição das hipóteses em que o agente não pode ser extraditado por motivo diverso da extinção da punibilidade ao caput do artigo. Essa alteração alinharia a legislação brasileira aos padrões internacionais e garantiria a justiça para crimes cometidos no exterior sem a ocorrência de decisões fora dos parâmetros legais. A análise sublinha a importância da adaptação legislativa para colmatar estas lacunas jurídicas e defender os padrões éticos e jurídicos na cooperação penal internacional.

**Palavras-chave:** lacunas jurídicas; lei de migração; transferência de execução da pena.

### ROBINHO CASE AS A LEGAL GAP IN BRAZILIAN LAW ON ENFORCEMENT OF FOREIGN CRIMINAL JUDGEMENTS

### ABSTRACT

This article examines the legal gaps in Brazilian legislation concerning the enforcement of foreign judgements for Brazilian citizens convicted abroad, as highlighted by the case of Robinho, a former soccer player convicted of rape in Italy. Despite his conviction and the

Brazilian Superior Court of Justice's (STJ) approval of the enforcement, the current Brazilian law does not adequately provide for the execution of such sentences, potentially leading to impunity. Using Hans Kelsen's and Norberto Bobbio's theories on legal gaps, this study points to the illegality of the sentence recognition carried out by the STJ and proposes an amendment to Article 100 of the Migration Law to address the issue. The proposal involves adding scenarios where the individual cannot be extradited for reasons other than the extinction of criminal liability to the article's main provision. This amendment would align Brazilian legislation with international standards and ensure justice for crimes committed abroad without decisions being made outside legal parameters. The analysis underscores the importance of legislative adaptation to bridge these legal gaps and uphold ethical and legal standards in international criminal cooperation.

**Keywords:** legal gaps; brazilian migration law; enforcement of foreign judgements.

## 1 INTRODUÇÃO

A problemática da transferência de execução da pena em casos internacionais ganhou destaque no Brasil com o caso Robinho, ex-jogador de futebol condenado por estupro na Itália (Mazzuoli, 2022b). O jogador teoricamente estaria impossibilitado de cumprir sua pena devido à ausência de mecanismos legais adequados no Brasil. Isso devido à inaplicabilidade do art. 100 da Lei de Migração (Brasil, 2017), que condiciona a transferência de execução aos casos em que é possível extradição, a expectativa era de que a sentença estrangeira não seria homologada na situação.

Utilizando a teoria das lacunas de Hans Kelsen (1960) e Norberto Bobbio (1996) como referencial teórico, será avaliado se é possível identificar, então, uma lacuna na legislação brasileira. Levando em conta o caso de Robinho, será demonstrado o caráter moralmente insatisfatório de uma solução que simplesmente decreta impossível a transferência de execução da pena para cidadãos brasileiros condenados no exterior.

Apesar da expectativa em contrário, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu por permitir a transferência da execução de pena no caso do jogador (Brasil, 2024). Argumentar-se-á que essa decisão não está legalmente amparada, porque, ainda que seja reconhecido que idealmente Robinho deveria ser punido, isso não altera a disposição legal que impede a transferência em seu caso. Assim, será analisada em que medida a homologação pode ser considerada um preenchimento de uma lacuna realizada pelo tribunal e se ela é ou não possível.

Finalmente, este estudo propõe uma revisão do Art. 100 da Lei de Migração para sanar tais lacunas e garantir que a justiça seja efetivamente aplicada. Evitando ataques a importantes garantias do Estado Democrático de Direito, como a legalidade, a separação de poderes e a

segurança jurídica, a alteração para adequar à lei brasileira aos ditames morais e políticos é sugerida pela via legislativa.

Quanto à metodologia da pesquisa, o presente trabalho utilizou, com base na classificação de Gustin, Dias e Nicácio (2020), a vertente metodológica jurídico-social. Com relação ao tipo genérico de pesquisa, foi escolhido o tipo histórico-jurídico. Por sua vez, o raciocínio desenvolvido na pesquisa foi predominantemente dialético. No tocante ao gênero de pesquisa, adotou-se a pesquisa teórica-bibliográfica.

## **2 LACUNAS JURÍDICAS**

O conceito de lacunas na legislação é amplamente utilizado por juristas ao tecer comentários sobre a lei e por leigos ao debater sobre o direito. Genericamente, a lacuna acontece na ocasião em que não há lei incidindo sobre o caso concreto, mas existe um reconhecimento de que a não-regulamentação constitui um defeito. Como cotidianamente o termo não é utilizado com rigor, serão apresentadas, brevemente, as visões dos juristas Norberto Bobbio (1996) e Hans Kelsen (1960) sobre a questão. Assim, será possível produzir uma opinião mais técnica e fundamentada, aplicando a Teoria do Direito, sobre a suposta existência de uma lacuna no caso a ser analisado.

### **2.1 Lacunas na teoria de Bobbio**

Norberto Bobbio (1996) argumenta que o ordenamento jurídico tem como sua característica a completude. Por completude, entende-se a “propriedade pela qual um ordenamento jurídico tem uma norma para regular qualquer caso” (Bobbio, 1996, p. 115). Isso implica que o juiz possa, com base em uma norma do sistema, dar uma solução para qualquer caso que se apresente. O ordenamento completo é aquele sem lacunas, que seriam a ausência de uma norma jurídica adequada ao caso.

O autor aponta uma necessidade de completude em ordenamentos em que valem as regras segundo as quais o juiz não pode se recusar a julgar as lides que lhe forem apresentadas com base em uma norma pertencente ao sistema. Nessas condições, não é possível decidir um caso sobre o qual não existe nenhuma legislação logicamente aplicável, onde há uma lacuna (Bobbio, 1996, p. 116). Então, se um ordenamento completo é um ordenamento sem lacunas e se é necessário que o ordenamento seja completo, logo é preciso preencher de alguma maneira

as lacunas.

A ação de preencher as lacunas é a chamada integração, que consiste em recorrer a outras fontes do direito para resolver o caso em que não há lei aplicável (Bobbio, 1996, p. 116). A integração pode ser heterointegração ou autointegração. Elas se diferenciam na medida em que a primeira seria encontrar a solução para a questão com base em fontes externas à legislação, como os costumes ou o direito natural. Já a autointegração consiste em procurar preencher a lacuna com base na fonte principal do mesmo ordenamento, a lei, por exemplo a analogia e os princípios gerais do direito (Bobbio, 1996, p. 142-146).

Quando não existe lei aplicável diretamente ao caso, Bobbio apresenta duas normas gerais que podem incidir. A norma geral exclusiva é uma norma que reza que aquilo que não está proibido positivamente pelo direito está permitido. Já a norma geral inclusiva determinaria as diferentes fontes do direito onde o juiz deve procurar para realizar a integração antes de determinar que aquele ato está vinculado à norma geral exclusiva, ou seja, é permitido (Bobbio, 1996, p. 130-136).

O sistema jurídico brasileiro, por exemplo, apresenta ambas. O artigo 5º, inciso II da Constituição corresponde à norma geral exclusiva: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (Brasil, 1988). Já a norma geral inclusiva está prevista no art. 4º da LINDB: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito” (Brasil, 1942). Por ora, conclui-se que as formas de integração aceitas pelo direito brasileiro são a analogia, os princípios gerais do direito (autointegração) e os costumes (heterointegração). Não sendo aceita a apelação ao direito natural.

Tendo isso em vista, Bobbio (1996, p. 136-140) apresenta quais seriam os possíveis tipos de lacuna em um ordenamento. Primeiramente, se distinguem as lacunas ideológicas ou impróprias das lacunas próprias ou reais. Estas se referem às lacunas do sistema ou dentro do sistema, elas acontecem em sistemas que possuem tanto a norma geral exclusiva quanto a norma geral inclusiva e o caso poderia se encaixar em ambas, uma vez que não haja norma especial regulando-o. Já aquelas acontecem quando o ordenamento dá uma resposta não satisfatória (ou injusta) à questão, então existe uma diferença entre o sistema real e o sistema ideal.

Em segundo lugar, temos as lacunas objetivas e subjetivas. Subjetivas são as lacunas que dependem de um motivo imputável ao legislador, ou seja, pela redação normativa e podem ser voluntárias ou involuntárias. Por outro lado, as lacunas objetivas ocorrem por

envelhecimento do texto legislativo, dependem do desenvolvimento da sociedade ou de novas invenções que fazem com que a regulação não seja mais adequada ao contexto social (Bobbio, 1996, p. 140-141).

Por fim, Bobbio diferencia as lacunas *Preter Legem* das *Intra Legem*. Estas decorrem da exacerbada generalidade da norma, que faz com que ela seja incapaz de produzir regulação específica, é o caso dos princípios, em que há um vazio de regulamentação. Já as lacunas *Preter Legem* existem quando as regras são expressas para serem muito particulares, a norma é específica demais, então deixa de abarcar situações fáticas relevantes (Bobbio, 1996, p. 141-142).

## 2.2 Lacunas na teoria de Kelsen

Hans Kelsen apresenta um entendimento que diverge da doutrina tradicional quanto às lacunas jurídicas. Segundo ele, as lacunas são uma diferença, no entendimento do tribunal ou do juiz, entre direito como ele é e o direito como ele deveria ser. A lacuna é reconhecida, então, quando “a aplicação da ordem jurídica vigente é, segundo a concepção ético-política do tribunal, insatisfatória no caso *sub judice*” (Kelsen, 1960, p. 173). Poderíamos dizer, assim, que, na classificação de Bobbio, Kelsen reconheceria apenas as lacunas ideológicas ou impróprias.

Para o jurista, a concepção de lacunas reais seria ficção, pois não existe caso em que a ordem jurídica não se aplica logicamente. O que de fato seria percebido pelos doutrinadores é que não existe uma norma singular, mas isso não significa que não seja possível a aplicação do ordenamento jurídico (Kelsen, 1960, p. 172). Assim, há regulação para qualquer caso, seja por uma norma geral, seja pela permissão negativa.

Vistas as coisas mais de perto, verifica-se que a existência de uma “lacuna” só é presumida quando a ausência de uma tal norma jurídica é considerada pelo órgão aplicador do Direito como indesejável do ponto de vista da política jurídica e, por isso, a aplicação - logicamente possível - do Direito vigente é afastada por esta razão político-jurídica, por ser considerada pelo órgão aplicador do Direito como não equitativa ou desacertada. Porém, a aplicação da ordem jurídica vigente pode ser considerada como não equitativa ou desacertada, não apenas quando esta não contenha uma norma geral que imponha ao demandado ou acusado uma determinada obrigação, mas também quando ela contenha uma tal norma (...). Lacuna no sentido da inaplicabilidade lógica do Direito vigente tampouco existe num caso como no outro; e é pelo menos inconseqüente ver num dos casos, e não no outro, uma lacuna (Kelsen, 1960, p. 172).

Dito isso, argumenta-se que seria arbitrário que o aplicador fizesse um juízo relativo de não aplicação do direito vigente tanto no caso de ele considerar a norma singular injusta quanto no caso de não haver uma norma singular e for identificada uma lacuna.

Mesmo com as objeções, Kelsen reconhece que a ideia de que existam hipóteses em que o ordenamento jurídico “não pode ser aplicado porque não contém uma norma geral aplicável ao caso” (Kelsen, 1960, p. 173) tem relevância na técnica legislativa. Aquilo que por Bobbio é denominado norma geral inclusiva, é visto por Kelsen como uma ficção, já que ela pressupõe que o ordenamento não possa ser logicamente aplicado a um caso concreto, quando essa “falta de norma” é na verdade determinada por uma valoração política subjetiva.

Esta consiste em a falta de uma determinada norma dentro de uma ordem jurídica, falta essa determinada com base num juízo de valor ético-político subjetivo, ser apresentada como impossibilidade lógica da aplicação dessa ordem jurídica. menos inconseqüente (Kelsen, 1960, p. 173).

A existência dessa permissão do legislador para que o juiz realize a integração no caso de lacunas (enquanto casos em que o Direito é inaplicável), apesar de sua ficção, é fundada na ideia de que o legislador não pode fazer a melhor regulamentação possível, pois não pode prever todos os casos. Então, transfere para o juiz a ponderação ético-política e permite que ele crie uma norma individual para resolver um caso para o qual a norma geral não teria um efeito equitativo. Entretanto, admitir que o tribunal poderia decidir sob sua própria concepção, quando entendesse que a aplicação do Direito vigente fosse insatisfatória, daria poderes demasiados ao aplicador. Por isso, o poder é limitado pelo legislador às circunstâncias em que logicamente o direito não seria aplicável, essa limitação é eficaz na medida em que o tribunal também aceita a ficção (Kelsen, 1960, p. 173).

Portanto, não há que se falar em lacunas do direito, porque a ordem jurídica é sempre aplicável, mesmo que não haja norma especial para o caso. Aquilo que é denominado lacuna pela doutrina tradicional não é uma inaplicabilidade do direito, mas uma diferença entre o direito positivo e um direito ideal ou “uma indeterminação que resulta do caráter esquemático da norma” (Kelsen, 1960, p. 174).

Podemos concluir que, ao realizar a integração, o aplicador do direito faz uma decisão arbitrária de dar uma solução para o caso que está fora da moldura interpretativa estabelecida pela norma superior. Assim, a lacuna, não seria nada mais que uma falha moral do ordenamento, que não proíbe, obriga ou permite algo que, em tese, deveria ser proibido, obrigatório ou permitido. Logo, defende-se que a lacuna deve ser idealmente resolvida na dimensão política, por meio de uma mudança na legislação.

Entendemos que ao reconhecer uma lacuna e resolver o caso, o juiz toma uma decisão fora da moldura representada pela norma. Segundo Kelsen, isso é possível, uma vez que a interpretação autêntica, ou seja, aquela feita pela autoridade ao aplicar o direito, é um ato de vontade. Nesse caso, é criado direito novo, quando a decisão é confirmada pelo decisor em último grau de recurso (Kelsen, 1960, p. 250).

### 3 LACUNAS JURÍDICAS

O ex-jogador de futebol Robson de Souza (Robinho) foi condenado a 9 anos de reclusão pela Justiça Italiana em 2022 por participar de um estupro coletivo em 2013. Porém, Robson não foi preso, porque estava no Brasil. A Itália pretendia impor a pena ao condenado e requereu ao Ministério da Justiça a extradição do brasileiro, tendo como base o Tratado Bilateral de Extradicação entre Brasil e Itália (Brasil, 1993). Ocorre que Robinho é brasileiro nato, então a extradição é expressamente proibida pelo artigo 5º, LI, da Constituição brasileira, conforme reconhecido pela Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Presidente no STJ, no despacho do processo de Homologação de Decisão Estrangeira Nº 7986 (Brasil, 2023).

Sendo assim, com a impossibilidade de extradição, foi feito o pedido de homologação da sentença estrangeira e de transferência de pena que seria supostamente respaldado pelo artigo 100 da Lei de Migração e pelo art. 6º do Tratado Bilateral de Extradicação entre Brasil e Itália. O STJ ainda não havia se pronunciado sobre o caso que envolve transferência de pena nas situações que envolvem brasileiro nato, então o pedido teve prosseguimento.

O instrumento normativo que fundamenta a transferência de pena no caso, é a Lei de Migração, a qual dispõe:

Art. 100. Nas hipóteses em que couber solicitação de extradição executória, a autoridade competente poderá solicitar ou autorizar a transferência de execução da pena, desde que observado o princípio do non bis in idem (Brasil, 2017).

Fica claro, pela redação do dispositivo, que o instituto da transferência de pena se limita aos casos em que cabe extradição. Recordar-se que é constitucionalmente vedada a extradição de brasileiro nato. Então, o caso do jogador Robinho não se refere a uma hipótese de extradição executória, nem de transferência de pena. Conforme aponta o jurista Mazzuoli:

O sentido da norma insculpida no art. 100, caput, da Lei de Migração - que não pode ser desvirtuado - é muito claro: quando não couber extradição executória (este é o caso dos brasileiros natos) também não cabe a transferência da execução da pena.

Essa foi a opção do nosso legislador em 2017, não havendo outra interpretação possível. [...]. Não há dúvidas de que, pela Lei em vigor, é incabível a transferência de execução de pena a brasileiros natos. (Mazzuoli, 2022b, p. 302).

O Ministério Público Federal apresentou tese contrária em parecer, no qual defende que a Lei de Migração, no inciso I do art. 100, permitiria a transferência de pena ao brasileiro, já que “ao estabelecer seus requisitos [...], prescreve que a transferência de execução da pena será possível quando ‘o condenado em território estrangeiro for nacional [...]’” (Brasil, 2024a, p. 6). Entretanto, ressalta-se que os requisitos previstos nos incisos somente têm lugar nos casos que se amoldam ao caput. Por isso, não é possível concluir, como faz o magistrado, que a “intenção do legislador” foi a de punir brasileiros natos que cometem crimes no exterior, já que não é isso que se apreende de uma interpretação sistemática da norma.

Vladimir Aras (2024) argumenta que “a referência, no texto da lei, à extradição executória é facilmente explicável pelo fato de que só se pode pedir o cumprimento de uma sentença penal estrangeira se ela for exequível, isto é, se a condenação for definitiva”. Isso não se sustenta, na medida em que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória é um requisito já previsto no inciso II do parágrafo único do art. 100 da lei em questão.

Por essa mesma razão, considera-se irrelevante o art. 6º do Tratado de Extradição entre Brasil e Itália, que prevê:

Quando a pessoa reclamada, no momento do recebimento do pedido, for nacional do Estado requerido, este não será obrigado a entregá-la. Neste caso, não sendo concedida a extradição, a Parte requerida, a pedido da Parte requerente, submeterá o caso às suas autoridades competentes para *eventual instauração de procedimento penal* (Brasil, 1993)<sup>1</sup>.

À primeira vista, poderia ser interpretado que o Tratado permitiria que a transferência de pena ocorra para os brasileiros natos que cometam um crime na Itália, já que a existência do acordo seria um cumprimento com o requisito imposto no inciso V da Lei de Migração. Entretanto, novamente, uma interpretação mais rigorosa entende que só se passa à avaliação dos requisitos quando, no caso, for aplicável o caput do art. 100.

Para que a promessa de reciprocidade tenha lugar ao caso, deverá, evidentemente, amoldar-se à hipótese permissiva do caput do art. 100, isto é, quando for possível a transferência da execução da pena nas hipóteses em que couber solicitação de extradição executória (Mazzuoli, 2022a).

Outra interpretação possível aponta que tratados internacionais específicos de cooperação em matéria penal seriam norma especial frente à Lei de Migração. Sendo assim,

---

<sup>1</sup> Sem grifo no original.

eles poderiam permitir a transferência da execução da pena em situações não abarcadas pelo referido instrumento, ou seja, que o brasileiro nato cumpra, no Brasil, a pena imposta por outro Estado. Ainda levando em conta esta interpretação, *in casu*, não há permissão nesse sentido. Isso, porque:

Ocorre que, justamente com a Itália, o único tratado de cooperação judiciária em matéria penal existente prevê, no seu art. 1º, § 3º, que a cooperação entre os dois países em matéria penal "*não compreenderá a execução de medidas restritivas da liberdade pessoal nem a execução de condenações*" [grifo nosso]. Esta, como se nota, foi uma opção das duas soberanias em questão - no âmbito da cooperação internacional judiciária em matéria penal - para excluir, nas relações entre ambas, a execução de medidas restritivas de liberdade e a execução de condenações. (Mazzuoli, 2022b, p. 305).

Ainda assim, a decisão do STJ vai em caminho contrário e permite a transferência de pena, homologação evidentemente *contra legem*<sup>2</sup>. Na decisão, destacam-se os seguintes argumentos em favor da possibilidade de transferência: existência de um dever de evitar impunidade, possíveis consequências gravosas na relação entre Brasil e Itália, possibilidade de punição de brasileiros natos como um objetivo do art. 100 da Lei de Migração.

Defende-se que, apesar de não fazer isto de forma explícita, o STJ, no caso, identificou uma lacuna na legislação, que não dava uma resposta satisfatória para a questão, pois deixaria Robson de Souza impune. Assim, aplica uma interpretação extensiva e permite a transferência de pena, a partir de uma avaliação relativa do que seria uma resposta justa e de qual era a intenção do legislador ao redigir o art. 100 da Lei de Migração.

### 3.1 A decisão do STJ como um preenchimento de lacunas

Podemos identificar que há uma lacuna na legislação que regula o instituto da transferência de pena. A impossibilidade de punição de brasileiros natos que cometem crimes no exterior decorre da inexistência de uma norma especial que regule a questão de maneira satisfatória, levando em conta concepções morais de justiça. Assim, encontramos correspondência tanto em Bobbio, quanto em Kelsen, entre o conceito de lacunas (ausência de norma jurídica adequada ao caso ou diferença entre o direito real e o direito ideal) e a situação existente no ordenamento brasileiro.

---

<sup>2</sup> Vale ressaltar que o processo ainda não transitou em julgado, até o momento de submissão deste trabalho.

A problemática, sob a classificação de Bobbio (1996, p. 139-145), pode ser considerada uma lacuna ideológica, subjetiva e *Preter Legem*. Isso acontece, pois, como foi demonstrado, existe norma aplicável, mas ela dá uma resposta considerada injusta aos olhos do tribunal; pode ser imputada ao legislador; e é causada por uma especialidade exacerbada de sua aplicação (casos em que a extradição é possível e que seguem os requisitos dos incisos do art. 100 da Lei 13.445). Não podemos dizer com precisão se a intenção do legislador era ou não proteger os brasileiros natos contra a transferência de pena, fato é que o fez, então não podemos classificá-la como voluntária ou involuntária. Se levarmos em conta a opinião do STJ na decisão, de que a intenção do legislador era possibilitar o cumprimento da pena quando o agente fosse brasileiro nato, ela seria involuntária.

Partimos à análise do caso com base em Kelsen (1960), que, conforme já explicitado, percebe que lacunas do direito, são, de fato, diferenças entre o que o ordenamento prescreve e a concepção ética do tribunal. Tendo isso como base, podemos dizer que, no caso Robinho, mesmo veladamente, o STJ realiza uma ponderação que é contrária àquilo que o direito prevê, então aplica uma decisão que se choca com a lei. Para demonstrar que a decisão é fundamentada em uma concepção política de como o direito deveria ser e não no direito como ele é, alguns argumentos utilizados para a homologação serão confrontados.

### 3.1.1 Dever de Combate à Impunidade

Primeiramente, o Relator alude a um dever do Estado de não manter impune o criminoso:

Defender que não se possa executar aqui pena imposta em processo estrangeiro, portanto, é o mesmo que defender a impunidade do requerido pelo crime praticado, o que não se pode admitir sob pena de violação dos deveres assumidos pelo Brasil no plano internacional (Brasil, 2024a, p. 21).

Não se questiona aqui o caráter grave e injusto da conduta de Robson, mas é preciso levar em conta a série de garantias penais que limitam o poder de punição do Estado que devem ser respeitadas para que ela aconteça. Aqui, cabe ter em mente a garantia constitucional da reserva legal, “que garante ao indivíduo que a intervenção repressiva só tem autorização nos estreitos limites da lei” (Galvão, 2013, p. 140). Ampliar o escopo de aplicação do art. 100 da Lei 13.445 para casos em que não é possível a extradição é ir justamente contra a reserva legal. Assertiva é a argumentação apresentada no voto contrário, pelo Ministro Raul Araújo:

Ou seja, para a legítima aplicação da pretensão sancionatória, do *ius puniendi*, a prática de fato descrito como crime deve ser acompanhada, com idêntica relevância, pelo respeito à forma prescrita para a construção do juízo de culpa e para a aplicação da pena (Brasil, 2024b, p. 5).

### 3.1.2 Consequências para as relações Brasil-Itália

Em segundo lugar, é apresentado que uma decisão conforme a legislação, ou seja, que negaria a transferência de pena, poderia ser prejudicial às relações entre Brasil e Itália:

Negar a transferência de pena do requerido pelo simples fato de se tratar de brasileiro nato pode acarretar consequências gravosas à relação internacional Brasil-Itália com resultados imprevisíveis em relação à execução futura dos tratados bilaterais entre os dois países (Brasil, 2024a, p. 15).

Em contrapartida, o Ministro Raul Araújo, em voto vogal, é categórico em afirmar que possíveis consequências gravosas para as relações entre os dois países não justificam uma decisão ao arrepio da lei:

Do mesmo modo, descabe ao Poder Judiciário condicionar a interpretação da legislação às eventuais consequências gravosas para a relação internacional Brasil-Itália – conforme refere o voto do eminente Relator –, na medida em que a participação do órgão jurisdicional (o STJ, no caso) nos procedimentos de cooperação internacional tem por *finalidade exatamente garantir que as relações internacionais ocorram dentro dos limites da legalidade* (Brasil, 2024b, p. 7).

Se questiona aqui a possibilidade de uma homologação judicial se basear nas consequências que gerará para tais relações internacionais, em detrimento de garantias constitucionais. Utilizar a consequência política de uma decisão jurídica para fundamentá-la seria, mais uma vez, aplicar o direito ideal, segundo a concepção subjetiva do juiz, em detrimento do direito real.

### 3.1.3 A “intenção do legislador”

Em terceiro lugar, no relatório, argumenta-se que a Lei de Migração, ao prever a transferência de pena, tinha como objetivo garantir a punição daqueles que cometeram crime no exterior, mas que não poderiam ser extraditados. Assim, se a intenção do legislador fosse restringir o instituto, “haveria disposição explícita nesse sentido” (Brasil, 2024a, p. 16).

Primeiramente, é preciso problematizar a própria noção de “intenção do legislador”. Não é possível demonstrar que a intenção do legislador é diferente daquilo que se apreende da

interpretação da norma, já que ela “somente é apreensível com suficiente segurança quando adquira expressão no Direito por ele criado” (Kelsen, 1960, p. 173). Ao analisar a expressão da intenção do legislador, que é a norma, vemos a explícita disposição que introduz seu conteúdo “hipóteses em que couber solicitação de extradição executória” (Brasil, 2017). Essa disposição, não pode ser simplesmente ignorada ao interpretar a lei e o legislador seria redundante ao alegar expressamente que a transferência não se adequa ao brasileiro nato, pois já se sabe que não cabe extradição executória no seu caso. A regra assume importância tal que se repete em outros dispositivos da mesma lei, como os arts. 53; 55, I; e 105 §2º (Mazzuoli, 2022b).

O Relator ainda coloca que interpretar o artigo 100 da Lei de Migração conforme o caput e dizer que só poderia ser realizada a transferência de pena nos casos em que a extradição é permitida seria tornar a previsão “letra morta” na legislação. Isso porque o “país requerente sempre daria preferência à extradição, relegando à inutilidade a previsão de transferência da execução” (Brasil, 2024a, p. 19).

Em resposta, recorre-se novamente ao voto vogal do Ministro Raul Araújo que argumenta que a presunção da preferência infalível do país requerente pela extradição não é correta (Brasil, 2024b, p. 14). Por inúmeras razões o requerente poderia pedir a transferência de pena, mesmo sendo possível a extradição executória, desde o desinteresse pela periculosidade do sujeito ou pelo desejo humanitário de que ele cumpra pena próximo do seu local de residência habitual. Segundo Vladimir Aras (2021, p. 208), a transferência de pena é também útil na situação em que não é conveniente ou oportuno realizar a extradição do condenado foragido.

Ademais, o Relator não apresenta fundamentação para uma relação direta entre a suposta inutilidade do instituto da transferência de pena e a necessidade de interpretação extensiva. O simples fato de uma previsão legal ter pouca utilidade não requer necessariamente que ela seja interpretada de maneira distinta.

### **3.1.4 O preenchimento da lacuna**

A argumentação do STJ se baseia no entendimento de que a Lei de Migração daria permissão para a transferência de pena no caso de Robson de Souza. Porém, conforme foi demonstrado, esse entendimento não se sustenta. Dessa maneira, o que, de fato, o tribunal faz

é identificar que a impossibilidade de cumprimento da pena consistiria em um erro moral do direito vigente. Assim, a hipótese de aplicação do instituto é ampliada para abarcar o caso.

Conclui-se que a decisão tomada pelo STJ consiste naquilo que Kelsen descreve ao explicar como são preenchidas as lacunas. O Tribunal criou uma norma singular para resolver a questão, que amplia o âmbito de validade pessoal da Lei de Migração também para o brasileiro nato, desconsiderando o que está no caput do art. 100 “nas hipóteses em que couber extradição executória”. A nova norma poderia ser resumida da seguinte maneira:

Quando a extradição não for cabível, impõe-se a incidência da transferência de execução de pena, justamente para que não haja impunidade decorrente da nacionalidade do indivíduo (Brasil, 2024a, p. 15).

### 3.2 A decisão do STJ como um preenchimento de lacunas

Criar uma norma jurídica individual para solucionar o caso é especialmente grave ao tratar-se de Direito Penal, porque, além de ferir a separação de poderes, a criação de normas pelo Poder Judiciário atenta contra a reserva legal, como bem ressalta Galvão:

O princípio da reserva legal também impõe restrição à combinação de normas para a solução dos casos concretos. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já alertou que “não é dado ao Poder Judiciário combinar previsões legais, criando uma terceira espécie normativa, não prevista no ordenamento, sob pena de ofensa ao princípio da separação de poderes e da reserva legal.” (Galvão, 2013, p. 114).

Se o preenchimento de lacunas é a criação de uma norma individual para solucionar o caso, como afirmaria Kelsen, o que o STJ fez é exatamente a criação de uma terceira espécie normativa e ofende a separação de poderes e a reserva legal.

Para sustentar a decisão, poderia ser levantada a existência da norma geral inclusiva no ordenamento brasileiro, que conferiria poder ao tribunal para utilizar da integração<sup>3</sup> “quando a lei for omissa”. No contexto criminal, porém, percebemos que aquilo que Bobbio (1996) denomina norma geral inclusiva não se aplica para definir o que é crime e ou a maneira de puni-lo. Conforme reza o art. 5º, inc. XXXIX da Constituição brasileira: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (Galvão, 2013, p. 140). Fica claro, então, que os mecanismos de integração previstos no ordenamento brasileiro, como a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, não podem ser utilizados para definir a pena ou a maneira de aplicá-la, principalmente em prejuízo do réu.

---

<sup>3</sup> Novamente, não confundir esta integração (como Bobbio a define) com a integração analógica, própria do Direito Penal.

Como já percebido por Kelsen (1960, p. 250), se a decisão do STJ não puder ser anulada, ou seja, caso seja confirmada pelo grau último de recurso (no caso pelo STF), trata-se de criação de direito novo fora da moldura interpretativa da norma vigente. Assim, se entendemos que o STJ recorreu à integração e utilizou analogicamente da Lei de Migração para preencher a lacuna<sup>4</sup>, percebemos uma clara violação à reserva legal, o que torna a integração incorreta do ponto de vista jurídico. Isso, porque mesmo entendendo a situação como uma lacuna no ordenamento, a norma que dá poder ao juiz para realizar a integração<sup>5</sup> é limitada pela reserva legal no âmbito penal. Finalmente, a ampliação do âmbito de validade pessoal da norma não deveria ter sido realizada sob a pena de ferir a reserva legal e a separação dos poderes.

#### 4 LACUNAS JURÍDICAS

O entendimento de que a homologação da sentença estrangeira e a transferência da execução da pena foram contra a ordem jurídica brasileira não nos impede de perceber os defeitos da legislação vigente. Os pontos levantados pelo Relator (Brasil, 2024) são politicamente relevantes e precisam ser avaliados. De fato, pela maneira como a lei foi redigida, ela não atende a parâmetros éticos de justiça e pode levar a consequências políticas indesejadas nas relações exteriores do Brasil.

Caso a decisão do STJ fosse aplicada conforme a legislação brasileira, seria impossível que ocorresse a punição do jogador Robson de Souza. Devido à impossibilidade de extradição e de transferência de pena de brasileiro nato e à vedação ao *bis in idem* internacional, a única forma do cumprimento de pena de Robinho seria se ele se entregasse à Itália. Como ressalta o relator, “a não homologação da sentença estrangeira terá o condão de deixar o requerido impune, pois não será julgado no Brasil e poderá permanecer em território nacional sem cumprir a pena imposta na Itália” (Brasil, 2024a, p. 21). Essa situação é evidentemente injusta, pois mantém impune o indivíduo mesmo após o trânsito em julgado de sentença condenatória por crime tipificado em ambos os países, um crime especialmente grave no caso do estupro.

---

<sup>4</sup> Definir que é possível e como é feita a transferência de pena para brasileiros natos que cometeram crime no exterior.

<sup>5</sup> Poder este identificado por Kelsen (1960) como poder de legislar ao fixar uma norma jurídica individual para o caso.

Além disso, a preocupação com a criação de uma eventual intriga diplomática na relação entre Brasil e Itália pela recusa da homologação da sentença estrangeira, apesar de não justificar a decisão, é legítima. De fato, poderia haver consequências danosas, como ressalta a doutora Nadia de Araujo (2014, p. 2-3), a cooperação jurídica internacional tem importância sob a perspectiva *ex parte principis*, do ponto de vista do Estado preocupado com a estabilidade suas relações exteriores.

Como afirmou Aras (2024), é preciso que o Brasil se adeque à cooperação internacional para a tutela de direitos humanos, possibilitando a transferência de execução penal, como prevista em outras democracias contemporâneas. Isso deve ser feito, porém, por meio da adequação do direito como ele é, já que isso reforça a segurança jurídica ao invés de feri-la.

Como foi demonstrado, a interpretação segundo a qual o brasileiro nato pode sofrer a transferência de execução de pena não está contida na moldura normativa do ordenamento brasileiro. Desse modo, a discussão sobre a possibilidade ou não da homologação da condenação de Robinho é, em suma, um debate sobre se e em que medida os defeitos morais e resultados indesejados da lacuna de uma norma jurídica devem ser resolvidos pelo aplicador do direito tomando uma decisão *contra legem*.

Essa é uma discussão aberta na Teoria do Direito, que se relaciona diretamente com a existência ou não de uma conexão conceitual necessária entre direito e moral (Trivisonno, 2024, p. 318-326). O não-positivismo inclusivo, por exemplo, defendido por Alexy (2010, p. 175-177) defenderia que uma decisão judicial *contra legem* é possível quando a norma é uma injustiça extrema, caso em que o defeito moral mina sua validade. O positivismo exclusivo, defendido por Raz (1979, p. 47), por outro lado, apontaria que nenhum defeito moral do direito poderia implicar em sua invalidade.

Apresentadas essas duas correntes, é defende-se que, idealmente, a mudança da ordem jurídica deve vir do Poder Legislativo, único que pode realizar de atos gerais (Dallari, 1991, p. 196-197). Isso porque, apesar do embate sobre a possibilidade dos tribunais para alterar o direito insatisfatório, a legitimidade do Legislativo para fazer o mesmo não é questionada em democracias. Para que um ordenamento imperfeito passe a dar respostas moralmente satisfatórias, é ideal que a Sociedade, por meio de seus representantes no Poder Legislativo, altere o direito positivo. Isso preserva a segurança jurídica, a reserva legal e a separação de poderes.

Sabendo disso, será apresentada uma proposta de mudança legislativa para superar a lacuna na lei brasileira que regula a transferência de pena, para que ela se adeque também ao brasileiro nato. O texto a seguir se refere a uma proposta de projeto de lei que altera o caput do art. 100 da Lei de Migração:

*Art. 100. Nas hipóteses em que couber solicitação de extradição executória ou em que o sentenciado for inextraditável por motivo diverso da extinção da punibilidade, a autoridade competente poderá solicitar ou autorizar a transferência de execução da pena, desde que observado o princípio do non bis in idem.*

A redação que se propõe é simples e direta. Uma emenda pontual na atual legislação que altere apenas o caput do art. 100 da Lei de Migração seria suficiente para alcançar o objetivo buscado – possibilitar a punição de brasileiro nato que cometa crime no exterior e esteja no Brasil. O termo adicionado à redação original por inspiração aquele utilizado por Aras e Fischer ao explicitar quais seriam as situações em que a transferência da execução penal é útil: “quando houver um sentenciado foragido e este for inextraditável (por ser nacional do país requerido ou por motivo diverso da extinção da punibilidade)” (Aras, 2016, p. 189-190).

Vale ressaltar que não se faz necessária a inclusão da expressão “nacional do país requerido”, já que essa situação já se encontra englobada nos motivos diversos da extinção da punibilidade. Ademais, o uso da palavra sentenciado se mostra adequado, porque já se exige o trânsito em julgado de sentença condenatória para a transferência.

Caso fosse essa a norma aplicável ao caso Robinho, não haveria dúvidas da possibilidade da transferência da execução da pena e não haveria risco de impunidade do brasileiro. Assim, o STJ poderia aplicar a lei (como ela é, e não como ela deveria ser) para resolver o caso, garantindo a execução da pena.

Ainda que a transferência da execução de pena de Robinho seja confirmada, se faz necessária a alteração legislativa. Primeiramente, porque decisões em casos similares não teriam que enfrentar a mesma polêmica e a transferência estaria legalmente amparada. Em segundo lugar, porque mesmo que a jurisprudência se consolide, ela está sujeita a mudanças, o tribunal pode alterar seu entendimento e aplicar a transferência de execução da pena conforme a lei. Caso isso aconteça, criminosos que estejam em situação parecida com a de Robinho permanecerão impunes e não haverá possibilidade de puni-los.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A análise do caso Robinho evidencia uma lacuna significativa na legislação brasileira quanto à transferência de execução de penas para cidadãos condenados no exterior. Aplicando as teorias das lacunas de Kelsen e Bobbio, alinhadas com princípios constitucionais, conclui-se que a decisão tomada se enquadra como um preenchimento da lacuna pelas vias judiciais, já que a moldura interpretativa da Lei de Migração não possibilita a transferência para brasileiros natos. Por isso, a solução mais estável para a problemática passa pela via legislativa, que possui legitimidade para realizar mudanças na Lei.

Desse modo, identifica-se, além do defeito ético-político na Lei de Migração, um desvio jurídico (que busca sanar o defeito ético) na decisão proferida pelo STJ no caso do jogador Robson de Souza. Foi apresentado também, que a manutenção desse *status quo* pode, à primeira vista, parecer agradável, porque foi possível a punição do criminoso. Porém, sem uma alteração na legislação, cidadãos continuarão sendo punidos sem base legal. Ademais, existe a possibilidade de mudança no entendimento jurisprudencial, que pode decidir por manter impunes os brasileiros natos que cometem crimes no exterior e retornam para o Brasil.

A proposta de alteração do Art. 100 da Lei de Migração aqui apresentada é uma solução viável que permitiria às autoridades competentes autorizarem a transferência de execução da pena para brasileiros que não podem ser extraditados. Assim, a única possibilidade de excluir a transferência de pena antes de passar aos requisitos dos incisos seria a extinção da punibilidade do sujeito, que reforça a ideia de respeito ao *non bis in idem* internacional. Essa mudança não só alinharia a legislação brasileira com práticas internacionais, mas também reforçaria o compromisso do país com a justiça e com a cooperação jurídica internacional. Portanto, é essencial que o legislador brasileiro tome medidas para corrigir a lacuna, garantindo que a justiça seja servida em todos os casos de crimes graves cometidos por cidadãos brasileiros no exterior sem decisões judiciais polêmicas.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. The dual nature of law. **Ratio Juris**, [s. l.], v. 23, n. 2, p. 167-182, 2010.

ARAS, Vladimir. A possibilidade de execução da pena de Robinho no Brasil. **Consultor Jurídico**, 9 mar. 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-mar-09/a-possibilidade-de-execucao-da-pena-de-robinho-no-brasil/>. Acesso em: 27 maio 2024.

ARAS, Vladimir. Cooperação internacional na nova lei de migração: atribuição e competência para os pedidos ativos e passivos. *In*: VELLOSO, Ana Flavia; JARDIM, Tarciso Dal Maso. (coord.). **A nova lei de migração e os regimes internacionais**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

ARAS, Vladimir; FISCHER, Douglas. A Transferência da Execução de Sentenças como Alternativa à Extradicação. *In*: ARAS, Vladimir; SARAIVA, Wellington Cabral; SILVA, Carlos Bruno Ferreira da (coord.). **Temas de Cooperação Internacional**. 2. ed. rev. Brasília: Ministério Público Federal, Secretaria de Cooperação Internacional, 2016. v. 2, p. 177-200. Disponível em: <https://memorial.mpf.mp.br/nacional/vitrine-virtual/publicacoes/temas-de-cooperacao-internacional-2a-edicao-revista-e-ampliada>. Acesso em: 26 maio 2024.

ARAÚJO, Nadia. A importância da cooperação jurídica internacional para a atuação do Estado brasileiro no plano interno e internacional. *In*: SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA, Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI). **Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal**. 4. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <https://www.pixfolio.com.br/arq/1399900885.pdf>. Acesso em: 26 set. 2024.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Unb, 1996.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 2023.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

BRASIL. **Decreto nº 863, de 9 de julho de 1993**. Promulga o Tratado de Extradicação, entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, de 17 de outubro de 1989. 9 jul. 1993.

BRASIL. **Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017**. Institui a Lei de Migração.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HDE 7986 (2023/0050354-7). Despacho - Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, publicado em 24 de fevereiro de 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HDE 7986 (2023/0050354-7)**. Relator: Ministro Francisco Falcão. Brasília, 22 março 2024a. Relatório Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HDE%207986>. Acesso em: 8 maio 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HDE 7986 (2023/0050354-7)**. Relator: Ministro Francisco Falcão. Brasília, 22 março 2024b. Voto-vencido. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HDE%207986>. Acesso em: 8 maio 2024.

DALLARI, D. A. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. Salvador: JusPodivm, 2020.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca; NICÁCIO, Camila Silva. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Almedina, 2020.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1960.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Robinho: por que a transferência de execução da pena não se aplica ao caso?: Parece certo que Itália irá querer ao Brasil transferência da execução da pena do jogador, mas pleito é descabido. **JOTA**, 24 jan. 2022a. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/robinho-por-que-a-transferencia-de-execucao-da-pena-nao-se-aplica-24012022>. Acesso em: 8 maio 2024.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Transferência da Execução da Pena a Brasileiros Natos: O Caso Robinho e as Relações de Cooperação Judiciária Penal entre Brasil e Itália. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, [s. l.], v. 1, n. 91, p. 299-309, 18 set. 2022b.

RAZ, Joseph. **The Authority of Law**. Essays on Law and Morality. Oxford: Clarendon, 1979.

TRIVISONNO, Alexandre Travessoni Gomes. **Elementos fundamentais de uma teoria da discricionariedade no direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2024.