

08/06/2011

PLENÁRIO

PETIÇÃO AVULSA NA EXTRADIÇÃO 1.085 REPÚBLICA ITALIANA

RELATOR : **MIN. GILMAR MENDES**
REDATOR DO ACÓRDÃO : **MIN. LUIZ FUX**
REQTE.(S) : GOVERNO DA ITÁLIA
ADV.(A/S) : ANTONIO NABOR AREIAS BULHÕES
EXTDO.(A/S) : CESARE BATTISTI
ADV.(A/S) : LUIZ EDUARDO GREENHALGH E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : SUZANA ANGÉLICA PAIM FIGUERÊDO
ADV.(A/S) : GEORGHIO ALESSANDO TOMELIN
ADV.(A/S) : ROSA MARIA ASSEF GARGIULO
ADV.(A/S) : LUÍS ROBERTO BARROSO
ADV.(A/S) : RENATA SARAIVA

EMENTA: RECLAMAÇÃO. PETIÇÃO AVULSA EM EXTRADIÇÃO. PEDIDO DE RELAXAMENTO DE PRISÃO. NEGATIVA, PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, DE ENTREGA DO EXTRADITANDO AO PAÍS REQUERENTE. FUNDAMENTO EM CLÁUSULA DO TRATADO QUE PERMITE A RECUSA À EXTRADIÇÃO POR CRIMES POLÍTICOS. DECISÃO PRÉVIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONFERINDO AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA A PRERROGATIVA DE DECIDIR PELA REMESSA DO EXTRADITANDO, OBSERVADOS OS TERMOS DO TRATADO, MEDIANTE ATO VINCULADO. PRELIMINAR DE NÃO CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO ANTE A INSINDICABILIDADE DO ATO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. PROCEDÊNCIA. ATO DE SOBERANIA NACIONAL, EXERCIDA, NO PLANO INTERNACIONAL, PELO CHEFE DE ESTADO. ARTS. 1º, 4º, I, E 84, VII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ATO DE ENTREGA DO EXTRADITANDO INSERIDO NA COMPETÊNCIA INDECLINÁVEL DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. LIDE ENTRE ESTADO BRASILEIRO E ESTADO ESTRANGEIRO. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESCUMPRIMENTO DO TRATADO, ACASO EXISTENTE, QUE DEVE SER APRECIADO PELO

TRIBUNAL INTERNACIONAL DE HAIA. PAPEL DO PRETÓRIO EXCELSO NO PROCESSO DE EXTRADIÇÃO. SISTEMA “BELGA” OU DA “CONTENCIOSIDADE LIMITADA”. LIMITAÇÃO COGNITIVA NO PROCESSO DE EXTRADIÇÃO. ANÁLISE RESTRITA APENAS AOS ELEMENTOS FORMAIS. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE SOMENTE VINCULA O PRESIDENTE DA REPÚBLICA EM CASO DE INDEFERIMENTO DA EXTRADIÇÃO. AUSÊNCIA DE EXECUTORIEDADE DE EVENTUAL DECISÃO QUE IMPONHA AO CHEFE DE ESTADO O DEVER DE EXTRADITAR. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES (ART. 2º CRFB). EXTRADIÇÃO COMO ATO DE SOBERANIA. IDENTIFICAÇÃO DO CRIME COMO POLÍTICO TRADUZIDA EM ATO IGUALMENTE POLÍTICO. INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA DO DIPLOMA INTERNACIONAL QUE PERMITE A NEGATIVA DE EXTRADIÇÃO “SE A PARTE REQUERIDA TIVER RAZÕES PONDERÁVEIS PARA SUPOR QUE A PESSOA RECLAMADA SERÁ SUBMETIDA A ATOS DE PERSEGUIÇÃO”. CAPACIDADE INSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO CHEFE DE ESTADO PARA PROCEDER À VALORAÇÃO DA CLÁUSULA PERMISSIVA DO DIPLOMA INTERNACIONAL. VEDAÇÃO À INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NA POLÍTICA EXTERNA BRASILEIRA. ART. 84, VII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ALEGADA VINCULAÇÃO DO PRESIDENTE AO TRATADO. GRAUS DE VINCULAÇÃO À JURIDICIDADE. EXTRADIÇÃO COMO ATO POLÍTICO-ADMINISTRATIVO VINCULADO A CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. *NON-REFOULEMENT*. RESPEITO AO DIREITO DOS REFUGIADOS. LIMITAÇÃO HUMANÍSTICA AO CUMPRIMENTO DO TRATADO DE EXTRADIÇÃO (ARTIGO III, 1, f). INDEPENDÊNCIA NACIONAL (ART. 4º, I, CRFB). RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO INTERNACIONAL, NÃO INTERNO. CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO DESCUMPRIMENTO QUE SE RESTRINGEM AO ÂMBITO INTERNACIONAL. DOUTRINA. PRECEDENTES. RECLAMAÇÃO NÃO CONHECIDA.

**MANUTENÇÃO DA DECISÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA.
DEFERIMENTO DO PEDIDO DE SOLTURA DO EXTRADITANDO.**

1. Questão de Ordem na Extradicação nº 1.085: *“A decisão de deferimento da extradicação não vincula o Presidente da República, nos termos dos votos proferidos pelos Senhores Ministros Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Marco Aurélio e Eros Grau”*. Do voto do Min. Eros Grau extrai-se que *“O conceito de ato vinculado que o relator tomou como premissa (...) é, no entanto, excessivamente rigoroso. (...) o conceito que se adotou de ato vinculado, excessivamente rigoroso, exclui qualquer possibilidade de interpretação/aplicação, pelo Poder Executivo, da noção de fundado temor de perseguição”*.

2. A prova emprestada utilizada sem o devido contraditório, encartada nos acórdãos que deram origem à condenação do extraditando na Itália, no afã de agravar a sua situação jurídica, é vedada pelo art. 5º, LV e LVI, da Constituição, na medida em que, além de estar a matéria abrangida pela preclusão, isto importaria verdadeira utilização de prova emprestada sem a observância do Contraditório, traduzindo-se em prova ilícita.

3. O Tratado de Extradicação entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, no seu artigo III, 1, f, permite a não entrega do cidadão da parte requerente quando *“a parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição”*.

4. O art. 560 do CPC, aplicável subsidiariamente ao rito da Reclamação, dispõe que *“Qualquer questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquela”*.

5. Deveras, antes de deliberar sobre a existência de poderes discricionários do Presidente da República em matéria de extradicação, ou mesmo se essa autoridade se manteve nos lindes da decisão proferida pelo Colegiado anteriormente, é necessário definir se o ato do Chefe de Estado é sindicável pelo Judiciário, em abstrato.

6. O art. 1º da Constituição assenta como um dos Fundamentos do Estado Brasileiro a sua soberania – que significa o poder político supremo dentro do território, e, no plano internacional, no tocante às relações da

República Federativa do Brasil com outros Estados Soberanos, nos termos do art. 4º, I, da Carta Magna.

7. A Soberania Nacional no plano transnacional funda-se no princípio da independência nacional, efetivada pelo Presidente da República, consoante suas atribuições previstas no art. 84, VII e VIII, da Lei Maior.

8. A soberania, dicotomizada em interna e externa, tem na primeira a exteriorização da vontade popular (art. 14 da CRFB) através dos representantes do povo no parlamento e no governo; na segunda, a sua expressão no plano internacional, por meio do Presidente da República.

9. No campo da soberania, relativamente à extradição, é assente que o ato de entrega do extraditando é exclusivo, da competência indeclinável do Presidente da República, conforme consagrado na Constituição, nas Leis, nos Tratados e na própria decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal na Extradição nº 1.085.

10. O descumprimento do Tratado, em tese, gera uma lide entre Estados soberanos, cuja resolução não compete ao Supremo Tribunal Federal, que não exerce soberania internacional, máxime para impor a vontade da República Italiana ao Chefe de Estado brasileiro, cogitando-se de mediação da Corte Internacional de Haia, nos termos do art. 92 da Carta das Nações Unidas de 1945.

11. O sistema “belga” ou “da contenciosidade limitada”, adotado pelo Brasil, investe o Supremo Tribunal Federal na categoria de órgão juridicamente existente apenas no âmbito do direito interno, devendo, portanto, adstringir-se a examinar a legalidade da extradição; é dizer, seus aspectos formais, nos termos do art. 83 da Lei 6.815/80 (“*Nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão*”).

12. O Presidente da República, no sistema vigente, resta vinculado à decisão do Supremo Tribunal Federal apenas quando reconhecida alguma irregularidade no processo extradicional, de modo a impedir a remessa do extraditando ao arrepio do ordenamento jurídico, nunca,

contudo, para determinar semelhante remessa, porquanto, o Poder Judiciário deve ser o último guardião dos direitos fundamentais de um indivíduo, seja ele nacional ou estrangeiro, mas não dos interesses políticos de Estados alienígenas, os quais devem entabular entendimentos com o Chefe de Estado, vedada a pretensão de impor sua vontade através dos Tribunais internos.

13. *In casu*, ao julgar a extradição no sentido de ser possível a entrega do cidadão estrangeiro, por inexistirem óbices, o Pretório Excelso exaure a sua função, por isso que *functus officio est* – cumpre e acaba a sua função jurisdicional –, conforme entendeu esta Corte, por unanimidade, na Extradição nº 1.114, assentando, *verbis*: “O Supremo Tribunal limita-se a analisar a legalidade e a procedência do pedido de extradição (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 207; Constituição da República, art. 102, Inc. I, alínea g; e Lei n. 6.815/80, art. 83): indeferido o pedido, deixa-se de constituir o título jurídico sem o qual o Presidente da República não pode efetivar a extradição; se deferida, a entrega do súdito ao Estado requerente fica a critério discricionário do Presidente da República” (Ext 1114, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008).

14. A anulação, pelo Supremo Tribunal Federal, da decisão do Ministro da Justiça que concedeu refúgio político ao extraditando, não o autoriza, *a posteriori*, a substituir-se ao Chefe de Estado e determinar a remessa do extraditando às autoridades italianas. O descumprimento do Tratado de Extradição, *ad argumentandum tantum*, gera efeitos apenas no plano internacional, e não no plano interno, motivo pelo qual não pode o Judiciário compelir o Chefe de Estado a entregar o súdito estrangeiro.

15. O princípio da separação dos Poderes (art. 2º CRFB), indica não competir ao Supremo Tribunal Federal rever o mérito de decisão do Presidente da República, enquanto no exercício da soberania do país, tendo em vista que o texto constitucional conferiu ao chefe supremo da Nação a função de representação externa do país.

16. A decisão presidencial que negou a extradição, com efeito, é

autêntico ato de soberania, definida por Marie-Joëlle Redor como o “*poder que possui o Estado para impor sua vontade aos indivíduos que vivem sobre seu território*” (De L’Etat Legal a L’Etat de Droit. L’Evolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française. 1879-1914. Presses Universitaires d’Aix-Marseille, p. 61).

17. O ato de extraditar consiste em “*ato de vontade soberana de um Estado que entrega à justiça repressiva de outro Estado um indivíduo, por este perseguido e reclamado, como acusado ou já condenado por determinado fato sujeito à aplicação da lei penal*” (RODRIGUES, Manuel Coelho. A Extradicação no Direito Brasileiro e na Legislação Comparada. Tomo I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1930. p. 3).

18. A extradicação não é ato de nenhum Poder do Estado, mas da República Federativa do Brasil, pessoa jurídica de direito público externo, representada na pessoa de seu Chefe de Estado, o Presidente da República. A Reclamação por descumprimento de decisão ou por usurpação de poder, no caso de extradicação, deve considerar que a Constituição de 1988 estabelece que a soberania deve ser exercida, em âmbito interno, pelos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e, no plano internacional, pelo Chefe de Estado, por isso que é insindicável o poder exercido pelo Presidente da República e, conseqüentemente, incabível a Reclamação, porquanto juridicamente impossível submeter o ato presidencial à apreciação do Pretório Excelso.

19. A impossibilidade de vincular o Presidente da República à decisão do Supremo Tribunal Federal se evidencia pelo fato de que inexistente um conceito rígido e absoluto de crime político. Na percutiente observação de Celso de Albuquerque Mello, “*A conceituação de um crime como político é (...) um ato político em si mesmo, com toda a relatividade da política*” (Extradicação. Algumas observações. In: O Direito Internacional Contemporâneo. Org: Carmen Tiburcio; Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 222-223).

20. Compete ao Presidente da República, dentro da liberdade interpretativa que decorre de suas atribuições de Chefe de Estado, para caracterizar a natureza dos delitos, apreciar o contexto político atual e as

possíveis perseguições contra o extraditando relativas ao presente, na forma do permitido pelo texto do Tratado firmado (art. III, 1, f); por isso que, ao decidir sobre a extradição de um estrangeiro, o Presidente não age como Chefe do Poder Executivo Federal (art. 76 da CRFB), mas como representante da República Federativa do Brasil.

21. O juízo referente ao pedido extradicional é conferido ao *“Presidente da República, com apoio em juízo discricionário, de caráter eminentemente político, fundado em razões de oportunidade, de conveniência e/ou de utilidade (...) na condição de Chefe de Estado”* (Extradição nº 855, Ministro Relator Celso de Mello, DJ de 1º.7.2006).

22. O Chefe de Estado é a figura constitucionalmente capacitada para interpretar a cláusula do Tratado de Extradição, por lhe caber, de acordo com o art. 84, VII, da Carta Magna, *“manter relações com Estados estrangeiros”*.

23. O Judiciário não foi projetado pela Carta Constitucional para adotar decisões políticas na esfera internacional, competindo esse mister ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do Estado no exterior; aplicável, *in casu*, a noção de capacidades institucionais, cunhada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule (Interpretation and Institutions. U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper, Nº 156, 2002; U Chicago Public Law Research Paper nº 28).

24. É assente na jurisprudência da Corte que *“a efetivação, pelo governo, da entrega do extraditando, autorizada pelo Supremo Tribunal Federal, depende do Direito Internacional Convencional”* (Extradição nº 272. Relator(a): Min. VICTOR NUNES, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/1967).

25. O Supremo Tribunal Federal, na Extradição nº 1.085, consagrou que o ato de extradição é ato vinculado aos termos do Tratado, sendo que a exegese da vinculação deve ser compreendida de acordo com a teoria dos graus de vinculação à juridicidade.

26. O pós-positivismo jurídico, conforme argutamente aponta Gustavo Binenbojm, *“não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica*

dicotomia entre atos vinculados e discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade” (Uma Teoria do Direito Administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 208).

27. O ato político-administrativo de extradição é vinculado a conceitos jurídicos indeterminados, em especial, *in casu*, a cláusula do artigo III, 1, f, do Tratado, permissiva da não entrega do extraditando.

28. A Cooperação Internacional em matéria Penal é limitada pela regra do *non-refoulement* (art. 33 da Convenção de Genebra de 1951), segundo a qual é vedada a entrega do solicitante de refúgio a um Estado quando houver ameaça de lesão aos direitos fundamentais do indivíduo.

29. O provimento jurisdicional que pretende a República Italiana é vedado pela Constituição, seja porque seu art. 4º, I e V, estabelece que a República Federativa do Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, pelos princípios da independência nacional e da igualdade entre os Estados, seja pelo fato de, no supracitado art. 84, VII, conferir apenas ao Presidente da República a função de manter relações com Estados estrangeiros.

30. Reclamação não conhecida, mantendo-se a decisão da Presidência da República. **Petição Avulsa provida** para que se proceda à imediata liberação do extraditando, se por al não estiver preso.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos este autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em deferir o pedido do requerente, determinando a expedição de alvará de soltura, se por al não estiver preso.

Brasília, 8 de junho de 2011.

Luiz Fux – Redator para o acórdão

Documento assinado digitalmente

08/06/2011

PLENÁRIO

PETIÇÃO AVULSA NA EXTRADIÇÃO 1.085 REPÚBLICA ITALIANA

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES
REDATOR DO: MIN. LUIZ FUX
ACÓRDÃO
REQTE.(S) : GOVERNO DA ITÁLIA
ADV.(A/S) : ANTONIO NABOR AREIAS BULHÕES
EXTDO.(A/S) : CESARE BATTISTI
ADV.(A/S) : LUIZ EDUARDO GREENHALGH E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : SUZANA ANGÉLICA PAIM FIGUERÊDO
ADV.(A/S) : GEORGHIO ALESSANDO TOMELIN
ADV.(A/S) : ROSA MARIA ASSEF GARGIULO
ADV.(A/S) : LUÍS ROBERTO BARROSO
ADV.(A/S) : RENATA SARAIVA

RELATÓRIO**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (Relator):**

Os fatos envolvidos no processo de extradição do nacional italiano Cesare Battisti são amplamente conhecidos e encontram-se minuciosamente relatados no acórdão lavrado pelo Ministro Cezar Peluso – relator do feito antes de assumir a Presidência desta Corte –, devidamente juntado aos autos desta extradição. Não pretendo revolver aqui toda a cadeia fática dos episódios desse notório caso Battisti. Isso seria desnecessário para a apreciação das questões que neste momento devem ser objeto de nossa atenção. Focarei apenas no relato dos fatos processuais posteriores à decisão de extradição proferida por este Tribunal e de alguns dados relacionados à prisão do extraditando.

Ressalto, antes de tudo, que assumi a Relatoria desta EXT 1.085 em razão da Emenda n.º 41, de 16 de setembro de 2010, que alterou os artigos 13, VI, 21, II, 340 e 341, do Regimento Interno do Supremo Tribunal

Federal, transferindo do Presidente para o Relator a competência para execução e cumprimento das decisões da Corte transitadas em julgado. Assim, conforme a nova disciplina regimental, os incidentes de execução devem ser relatados e levados à apreciação do Plenário do Tribunal pelo Ministro que funcionou como Relator do processo na fase de conhecimento, observadas as regras atinentes às hipóteses de substituição de Relator por aposentadoria, renúncia, morte (art. 38, IV, RI-STF) e assunção à Presidência da Corte (art. 75). Assim, ao deixar a Presidência do Tribunal, em 24 de abril de 2010, assumi a relatoria de todo o acervo de processos do novo Presidente, o Ministro Cezar Peluso, incluindo a execução dos processos já transitados em julgado, conforme a nova disciplina regimental.

Passo então ao relato do caso.

A prisão preventiva do nacional italiano Cesare Battisti foi decretada pelo Ministro Celso de Mello, então relator do presente processo extradicional, no dia 1º de março de 2007, com base na Lei 6.815/80 e no Tratado bilateral de Extradicação firmado entre Brasil e Itália. Cesare Battisti foi preso por agentes da Polícia Criminal Internacional, em 18 de março de 2007, na cidade do Rio de Janeiro, e logo transferido para a custódia da Superintendência de Polícia Federal no Distrito Federal. Posteriormente, por decisão do Min. Cezar Peluso, que assumiu a relatoria do feito em razão da declaração de suspeição do Min. Celso de Mello, o extraditando foi transferido para o Complexo Penitenciário da Papuda, para aguardar preso o desfecho do processo extradicional, em conformidade com o disposto no art. 84 da Lei n.º 6.815/80.

A presente extradicação foi julgada definitivamente na Sessão Plenária de 16 de dezembro de 2009, ocasião em que este Supremo Tribunal decidiu o seguinte (conforme consta do acórdão publicado em 16 de abril de 2010):

I – preliminarmente, homologar o pedido de desistência do recurso de agravo regimental na Extradicação n.º 1.085 e indeferir o pedido de sustentação oral em dobro, tendo em vista o julgamento conjunto;

II – rejeitar questão de ordem suscitada pela Senhora

Ministra Cármen Lúcia no sentido de julgar o Mandado de Segurança n.º 27.875 antes do pedido de extradição;

III – por maioria, julgar prejudicado o pedido de mandado de segurança, por reconhecer nos autos da extradição a ilegalidade do ato de concessão de status de refugiado concedido pelo Ministro de Estado da Justiça ao extraditando;

IV – rejeitar as questões de ordem suscitadas pelo Senhor Ministro Marco Aurélio da necessidade de quórum constitucional e da conclusão do julgamento sobre a prejudicialidade do mandado de segurança;

V – por maioria, deferir o pedido de extradição;

VI – rejeitar a questão de ordem suscitada pelo advogado do extraditando, no sentido da aplicação do art. 146 do Regimento Interno, e reconhecer a necessidade do voto do Presidente, tendo em vista a matéria constitucional;

VII – suscitada a questão de ordem pelo Relator, o Tribunal deliberou pela permanência de Sua Excelência na relatoria do acórdão;

VIII – por maioria, reconhecer que a decisão de deferimento da extradição não vincula o Presidente da República, nos termos dos votos proferidos pelos Senhores Ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Carlos Britto, Marco Aurélio e Eros Grau.

O Tribunal, portanto, ao mesmo tempo em que deferiu o pedido de extradição formulado pelo Governo da Itália, deixou assentado que essa decisão não vincula o Presidente da República. As ementas do acórdão resumem os fundamentos dessa decisão:

EMENTAS: 1. **EXTRADIÇÃO. Passiva. Refúgio ao extraditando. Fato excludente do pedido. Concessão no curso do processo, pelo Ministro da Justiça, em recurso administrativo. Ato administrativo vinculado. Questão sobre sua existência jurídica, validade e eficácia. Cognição oficial ou provocada, no julgamento da causa, a título de preliminar de mérito. Admissibilidade. Desnecessidade de ajuizamento de mandado de segurança ou outro remédio jurídico, para esse**

fim, Questão conhecida. Votos vencidos. Alcance do art. 102, inc. I, alínea “g”, da CF. Aplicação do art. 3º do CPC. Questão sobre existência jurídica, validade e eficácia de ato administrativo que conceda refúgio ao extraditando é matéria preliminar inerente à cognição do mérito do processo de extradição e, como tal, deve ser conhecida de ofício ou mediante provocação de interessado jurídico na causa.

2. EXTRADIÇÃO. Passiva. Refúgio ao extraditando. Concessão no curso do processo, pelo Ministro da Justiça. Ato administrativo vinculado. Não correspondência entre os motivos declarados e o suporte fático da hipótese legal invocada como causa autorizadora da concessão de refúgio. Contraste, ademais, com norma legal proibitiva do reconhecimento dessa condição. Nulidade absoluta pronunciada. Ineficácia jurídica conseqüente. Preliminar acolhida. Votos vencidos. Inteligência dos arts. 1º, inc. I, e 3º, inc. III, da Lei n.º 9.474/97, art. 1-F do Decreto n.º 50.215/61 (Estatuto dos Refugiados), art. 1º, inc. I, da Lei n.º 8.072/90, art. 168, § único, do CC, e art. 5º, inc. XL, da CF. Eventual nulidade absoluta do ato administrativo que concede refúgio ao extraditando deve ser pronunciada, mediante provocação ou de ofício, no processo de extradição.

3. EXTRADIÇÃO. Passiva. Crime político. Não caracterização. Quatro homicídios qualificados, cometidos por membro de organização revolucionária clandestina. Prática sob império e normalidade institucional de Estado Democrático de direito, sem conotação de reação legítima contra atos arbitrários ou tirânicos. Carência de motivação política. Crimes comuns configurados. Preliminar rejeitada. Voto vencido. Não configura crime político, para fim de obstar a acolhimento de pedido de extradição, homicídio praticado por membro de organização revolucionária clandestina, em plena normalidade institucional de Estado Democrático de direito, sem nenhum propósito político imediato ou conotação

de reação legítima a regime opressivo.

4. EXTRADIÇÃO. Passiva. Executória. Pedido fundado em sentenças definitivas condenatórias por quatro homicídios. Crimes comuns. Refúgio concedido ao extraditando. Decisão administrativa baseada em motivação formal de justo receio de perseguição política. Inconsistência. Sentenças proferidas em processos que respeitaram todas as garantias constitucionais do réu. Ausência absoluta de prova de risco atual de perseguição. Mera resistência à necessidade de execução das penas. Preliminar repelida. Voto vencido. Interpretação do art. 1º, inc. I, da Lei n.º 9.474/97. Aplicação do item 56 do Manual do Alto Comissariado das Nações Unidas – ACNUR. Não caracteriza a hipótese legal de concessão de refúgio, consistente em fundado receio de perseguição política, o pedido de extradição para regular execução de sentenças definitivas de condenação por crimes comuns, proferidas com observância do devido processo legal, quando não há prova de nenhum fato capaz de justificar receio atual de desrespeito às garantias constitucionais do condenado.

5. EXTRADIÇÃO. Pedido. Instrução. Documentos vazados em língua estrangeira. Autenticidade não contestada. Tradução algo deficiente. Possibilidade, porém, de ampla compreensão. Defesa exercida em plenitude. Defeito irrelevante. Nulidade inexistente. Preliminar repelida. Precedentes. Inteligência do art. 80, § 1º, da Lei n.º 6.815/80. Eventual deficiência na tradução dos documentos que, vazados em língua estrangeira, instruem o pedido de extradição, não o torna inepto, se não compromete a plena compreensão dos textos e o exercício do direito de defesa.

6. EXTRADIÇÃO. Passiva. Executória. Extensão da cognição do Supremo Tribunal Federal. Princípio legal da chamada contenciosidade limitada. Amplitude das questões oponíveis pela defesa. Restrição às matérias de identidade da

peessoa reclamada, defeito formal da documentação apresentada e ilegalidade da extradição. Questões conexas sobre a natureza do delito, dupla tipicidade e duplo grau de punibilidade. Impossibilidade conseqüente de apreciação do valor das provas e de rejujgamento da causa em que se deu a condenação. Interpretação dos arts. 77, 78 e 85, § 1º, da Lei n.º 6.815/80. Não constitui objeto cognoscível de defesa, no processo de extradição passiva executória, alegação de insuficiência das provas ou injustiça da sentença cuja condenação é o fundamento do pedido.

7. EXTRADIÇÃO. Julgamento. Votação. Causa que envolve questões constitucionais por natureza. Voto necessário do Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal. Preliminar rejeitada. Precedentes. O Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal tem sempre voto no julgamento dos processos de extradição.

8. EXTRADIÇÃO. Passiva. Executória. Deferimento do pedido. Execução. Entrega do extraditando ao Estado requerente. Submissão absoluta ou discricionariedade do Presidente da República quanto à eficácia do acórdão do Supremo Tribunal Federal. Não reconhecimento. Obrigação apenas de agir nos termos do Tratado celebrado com o Estado requerente. Resultado proclamado à vista de quatro votos que declaravam obrigatória a entrega do extraditando e de um voto que se limitava a exigir observância do Tratado. Quatro votos vencidos que davam pelo caráter discricionário do ato do Presidente da República. Decretada a extradição pelo Supremo Tribunal Federal, deve o Presidente da República observar os termos do Tratado celebrado com o Estado requerente, quanto à entrega do extraditando.

Apesar de reconhecer a discricionariedade do Presidente da República quanto à execução da decisão que deferiu o pedido extradicional, esta Corte deixou consignado que essa discricionariedade

está delimitada pelos termos do Tratado celebrado com a República da Itália. Tem o Presidente da República, portanto, a obrigação de agir nos termos do Tratado celebrado com o Estado requerente.

A decisão final desta Corte, na presente extradição, foi publicada no dia 16 de abril de 2010 (fl. 4198) e transitou em julgado no dia 23 de abril de 2010 (fl. 4200). As comunicações oficiais foram encaminhadas, por meio de ofício (fls. 4202-4205) e telex (4209-4228), aos Senhores Ministros de Estado da Justiça e das Relações Exteriores.

Como é sabido, o Exmo Sr. Presidente da República não tomou, de imediato, qualquer decisão referente à extradição de Cesare Battisti, justificando essa cautela inicial com a necessidade de análise mais profunda e detida da decisão do STF e dos termos do Tratado de extradição firmado entre Brasil e Itália. Tais fatos são notórios e foram amplamente divulgados pelos diversos meios de comunicação.

Em 8 de setembro de 2010, o Presidente desta Corte, Ministro Cezar Peluso, determinou o encaminhamento dos autos desta EXT 1.085 à Seção de Baixa e Expedição do Tribunal (fl. 4.234). Os autos foram então arquivados no dia 22 de setembro de 2010 (fl. 4.235, verso).

No dia 31 de dezembro de 2010, o Exmo. Sr. Presidente da República decidiu negar o pedido de extradição do nacional italiano Cesare Battisti, formulado pelo Governo da Itália nos autos do processo administrativo n.º 08000.003071/2007-51 (Decisão publicada na Edição Extra do Diário Oficial n.º 251-A, Seção 1, pág. 11, de 31 de dezembro de 2010) (fl. 4.331).

A decisão do Presidente tem como fundamento o Parecer da AGU/AG 17/2010 (fls. 4.261-4325), da lavra do Consultor da União Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, aprovado por despacho do Advogado-Geral da União Substituto, Fernando Luiz Albuquerque Faria (fls. 4.326-4.330). Em síntese, o parecer conclui, com base na letra “f” do número 1 do art. 3º do Tratado de Extradição celebrado entre Brasil e Itália, que existem “ponderáveis razões para se supor que o extraditando seja submetido a agravamento de sua situação, por motivo de condição pessoal, dado seu passado, marcado por atividade política de intensidade relevante” (fl. 4.325).

Em virtude da decisão proferida pelo Exmo. Sr. Presidente da República, o extraditando Cesare Battisti, por meio de seus patronos devidamente constituídos nos autos (Dr. Luis Roberto Barroso e outros), requereu a esta Corte, no dia 3 de janeiro de 2011, a imediata expedição de alvará de soltura ou, por eventualidade, a declaração do esgotamento da jurisdição do Supremo Tribunal Federal na matéria, de forma a possibilitar aos órgãos do Poder Executivo o cumprimento da decisão presidencial (fls. 4.239-4.244).

A Petição Avulsa de Cesare Battisti (Petição n.º 61/2011) foi encaminhada à Presidência do STF, em razão do período de férias do Tribunal, conforme o art. 13, VIII, do Regimento Interno da Corte. Em decisão do dia 4 de janeiro, o Presidente, Ministro Cezar Peluso, determinou o desarquivamento da EXT 1.085 e a juntada a ela da petição de Cesare Battisti (fl. 4.236).

No mesmo dia 4 de janeiro de 2011, a República Italiana protocolou, nos autos da EXT 1.085, petição subscrita pelo advogado A. Nabor A. Bulhões, na qual impugna o pedido de soltura de Cesare Battisti (fls. 4.246-4.252). Defende a República Italiana que a decisão sobre a revogação da prisão do extraditando é da competência exclusiva do Plenário do Supremo Tribunal Federal, o qual deverá analisar, preliminarmente, se o ato presidencial de não extradição é compatível com o acórdão proferido pela Corte na EXT 1.085. Alerta, ainda, para o fato de o extraditando ter fugido da Itália para se livrar dos processos pelos quais veio a ser condenado e, homiziado na França, de lá também ter fugido para o Brasil, quando se encontrava em liberdade condicional, na pendência de recurso perante o Conselho de Estado da República da França, em face de decisões das duas mais altas instâncias judiciárias daquele país que haviam deferido a sua extradição para a Itália.

Em 6 de janeiro de 2011, o Presidente desta Corte, Min. Cezar Peluso, indeferiu os pedidos formulados por Cesare Battisti. Eis o teor da referida decisão:

DECISÃO: 1. Invocando decisão do Exmo. Sr. Presidente da República que lhe teria negado a extradição, cujo pedido foi

deferido por esta Corte, Cesare Battisti requer que o Tribunal lhe expeça, de imediato, alvará de soltura (*a*), ou, em via alternativa, que declare esgotada sua jurisdição, tocando aos órgãos do Poder Executivo a responsabilidade pelo cumprimento da decisão presidencial (*b*).

2. Não encontro, porém, em relação a nenhum de ambos os pedidos sucessivos, ou alternativos (*a* e *b*), não obstante a inegável urgência da matéria, que envolve questão de liberdade física, o requisito da aparência de razoabilidade jurídica das pretensões, o qual, sintetizado na costumeira expressão *fumus boni iuris*, justificaria excepcional cognição ativa desta Presidência, nos termos do art. 13, inc. VIII, do RISTF.

3. Quanto ao segundo (*b*), é, desde logo, óbvio que, castrando competência exclusiva do egrégio Plenário, não seria lícito a esta Presidência declarar exaurida, no caso, a jurisdição da Corte, sobretudo nas perspectivas de questão inerente ao âmbito de execução de acórdão proferido pelo Tribunal Pleno e cuja relatoria toca hoje a outro Ministro.

4. Tampouco deve ser outra a solução ao pedido principal (*a*).

E dou as breves razões desse entendimento, reavivando, de um lado, que, nos termos claros do acórdão, a Corte negou toda legitimidade jurídica às causas fundantes da concessão de refúgio ao então extraditando, ao repelir, por substantiva maioria, as preliminares correspondentes e, em particular, ao reconhecer a “*absoluta ausência de prova de risco atual de perseguição política*”, bem como de algum “*fato capaz de justificar receio atual de desrespeito às garantias constitucionais do condenado*”. Ambas essas afirmações, que resumem e traduzem largos fundamentos do acórdão, constam de expressões textuais de uma de suas ementas, precisamente a quarta (cf. fls. 4195).

E, doutro lado, recusou ao Exmo. Sr. Presidente da República, para efeito de efetuar, ou não, a entrega do extraditando, perante o dispositivo final ou comando decisório (*iudicium*), discricionariedade só proclamada, de modo insuficiente, por quatro dos votos elementares do julgamento. É

oportuno, aliás, advertir que, após longa discussão, acordou o egrégio Plenário extirpar ao acórdão e à ata de julgamento a referência à discricionariedade, exatamente porque a não reconheceu como opinião da Corte (cf. fls. 4182-4188).

De nenhum relevo ao propósito a opinião isolada que, integrando voto, pudesse sugerir liberdade absoluta do Exmo. Sr. Presidente da República em tema de entrega, ou não, do extraditando, diante do inequívoco teor do dispositivo do acórdão que, *expressis verbis*, subordinou a legitimidade do ato de S. Ex^a, uma vez decretada a extradição, à observância dos *“termos do Tratado celebrado com o Estado requerente, quanto à entrega do extraditando”*. Tal enunciado seria escusável, se não guardasse consequência prática no mundo jurídico.

5. Ora, funda-se o ato concreto do Exmo Sr. Presidente da República - o qual agora negou a entrega - em parecer que, para formalizar a motivação jurídica necessária, recorre à cláusula inserta no art. 3º, inc. 1, alínea *f*, daquele Tratado, sob alegação de que, segundo várias notícias jornalísticas que enumera, haveria, na Itália, *“comoção política em favor do encarceramento de Battisti”*, enquanto *“caldo de cultura justificativo de temores para com a situação do extraditando, que será agravada”* (fls. 4305). A fundamentação última do parecer que sustenta o ato está bem resumida neste excerto: *“153. A condição pessoal do extraditando, agitador político que teria agido nos em (sic) anos difíceis da história italiana, ainda que condenado por crime comum, poderia, salvo engano, provocar reação que poderia, em tese, provocar no extraditando, algum tipo de agravamento de sua situação pessoal. Há ponderáveis razões para se supor que o extraditando poderia, em princípio, sofrer alguma forma de agravamento de sua situação”* (fls. 4321).

6. Como transparece através do dilatado parecer, não deparei, para além das declarações colhidas aos jornais italianos, com descrição nem menção de nenhum ato ou fato específico e novo, que, não considerado pelo acórdão, pudesse representar, com a nitidez exigida pela natureza singular e restrita deste juízo prévio e sumário, razão ou *“razões*

ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, condição social ou pessoal; ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados” (fls. 4329). Não tenho como, nesta estima superficial, provisória e de exceção, ver, provada, causa convencional autônoma que impusesse libertação imediata do ora requerente.

7. De modo que, até para não decepar competência do novo e eminente Min. Relator e do egrégio Plenário, no controle de eventual cumprimento ou descumprimento do acórdão exequendo, com as conseqüências jurídicas que convenham, não me fica alternativa.

Do exposto, **indefiro os requerimentos de fls. 4243-4244**, mantendo por ora a prisão do requerente e, diante da urgência do caso, determinando sejam os autos conclusos *incontinenti* ao Relator, Exmo. Sr. Min. Gilmar Mendes, que reapreciará os pedidos, se for o caso.

Contra essa decisão do Presidente desta Corte, Min. Cezar Peluso, o extraditando interpôs agravo regimental (fls. 4.342-4.364), com pedido de *habeas corpus*, alegando, em síntese, o seguinte:

1) a decisão do Presidente da República observou os parâmetros estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal e deve ser cumprida;

2) tendo em vista que a representação da soberania nacional e a condução das relações internacionais cabem ao Poder Executivo, a revisão do mérito de uma decisão de política internacional importa em indevido exercício de poder jurisdicional;

3) a decisão do Presidente da República detectou, adequadamente, que a situação do extraditando pode ser agravada em razão de circunstâncias políticas, evidenciadas em manifestações das autoridades italianas e em reações exacerbadas da sociedade civil;

4) não subsistem os pressupostos que justificam a prisão preventiva para a extradição, de forma que ela deve ser relaxada imediatamente.

Em despacho do dia 31 de janeiro de 2011, o Min. Cezar Peluso

consignou que, “diante da decisão de fls. 4.334-4.337 (...), nada há por decidir ou reconsiderar” (fl. 4.418).

Os autos desta EXT 1.085 vieram a mim conclusos no dia 3 de fevereiro de 2011 (fl. 4.527).

Em 4 de fevereiro de 2011, a República Italiana ajuizou Reclamação (RCL 11.243) contra a decisão do Presidente da República que negou o pedido de extradição do nacional italiano Cesare Battisti, formulado pelo Governo da Itália nos autos do Processo Administrativo n. 08000.003071/2007-51 (Decisão publicada na Edição Extra do Diário Oficial n. 251-A, Seção 1, pág. 11, de 31 de dezembro de 2010) (fl. 4.331).

Em 9 de fevereiro, despachei na referida reclamação, requisitando as informações da Exma. Sra. Presidenta da República e o parecer do Procurador-Geral da República.

Em 23 de fevereiro, foram juntadas aos autos daquele processo as informações prestadas pela Presidência da República.

No dia 25 de fevereiro, os autos foram encaminhados à Procuradoria-Geral da República. Em 12 de maio de 2011, o Procurador-Geral da República apresentou parecer pelo não conhecimento da reclamação e, se conhecida, pela sua improcedência.

O extraditando Cesare Battisti, por meio de seu advogado devidamente constituído nos autos desta EXT 1085, apresentou, então, pedido de relaxamento da prisão para extradição. Alegou que o parecer do Procurador-Geral da República, apresentado nos autos da RCL 11.243, “*constitui inegável elemento novo que justifica uma reapreciação do pedido de relaxamento da prisão preventiva*” (fl. 4.537). Sustentou, assim, que o referido parecer confirmaria a inexistência de justa causa para a manutenção da prisão meses após a decisão do Presidente da República que negou a extradição requerida pela República Italiana. Em suma, haveria “evidente excesso de prazo” da prisão, visto que a decisão desta Corte no processo extraditacional já teria transitado em julgado há mais de um ano, estando o extraditando preso há mais de 4 anos.

O pedido de relaxamento da prisão preventiva para extradição do

italiano Cesare Battisti foi apresentado no dia 13 de maio de 2011, um dia após a juntada aos autos da RCL 11.243 do parecer do Procurador-Geral da República (em 12.5.2011). Naquele dia, este Relator encontrava-se em missão oficial no exterior, especificamente participando, juntamente com os Ministros Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Ellen Gracie, da delegação que representou o Supremo Tribunal Federal no “2011 US-Brazil Judicial Dialogue”, em Washington, Estados Unidos da América do Norte, realizado entre os dias 11 e 13 de maio, conforme a Portaria n. 107, de 29.4.2011, do Presidente do Tribunal, Ministro Cezar Peluso, publicada no Diário da Justiça Eletrônico do dia 10 de maio de 2011. Conforme certidão de fls. 4.532-4.533, da Secretaria Judiciária do Tribunal, a Seção de Processos Originários Criminais procedera erroneamente à remessa dos autos ao Gabinete do Exmo. Sr. Ministro Marco Aurélio, por interpretação equivocada do art. 38, I, do Regimento Interno da Corte. Em decisão de fl. 4.531, exarada no mesmo dia 13 de maio de 2011, o Ministro Ayres Britto, no exercício da Presidência do Tribunal (art. 14 do RI-STF), determinou o devido cumprimento do referido inciso I do art. 38 do Regimento Interno, e os autos então foram encaminhados ao Ministro Joaquim Barbosa, o qual, em despacho exarado no dia 14 de maio de 2011 (fl. 4.535, frente e verso), determinou o retorno dos autos a este Relator, para apreciação do pedido de relaxamento da prisão.

Os autos vieram a mim conclusos no dia 16 de maio de 2011 (fl. 4.559), data na qual proferi decisão indeferindo o pedido de relaxamento da prisão do extraditando Cesare Battisti.

Em seguida, no dia 23 de maio de 2011, solicitei dia na pauta de julgamentos do Plenário do Tribunal.

Nesses termos, estando o processo devidamente relatado e pronto para julgamento, trago as questões suscitadas pelas partes (o extraditando Cesare Battisti e a República da Itália), como **incidente de execução nesta EXT 1.085**, para apreciação do Plenário da Corte.

É o relatório, do qual a Secretaria distribuirá cópia aos demais Ministros do Tribunal.

08/06/2011

PLENÁRIO

PETIÇÃO AVULSA NA EXTRADIÇÃO 1.085 REPÚBLICA ITALIANA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GILMAR MENDES (Relator):

I. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Antes de adentrar a análise das questões suscitadas pelas partes – o extraditando Cesare Battisti e a República da Itália –, é preciso esclarecer que, além da presente extradição (EXT 1085) e da reclamação ajuizada pela República da Itália (RCL 11.243), outros dois processos, também sob minha relatoria, dizem respeito aos fatos que compõem o procedimento extradicional do italiano Cesare Battisti.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.538 foi proposta pelo partido Democratas (DEM) contra o Parecer AGU/AG 17/2010, aprovado pelo Presidente da República (art. 4º da LC 73/93) em 31 de dezembro de 2010. Quanto ao cabimento da ação direta, o requerente alega que *“a normatividade do Parecer em exame é evidente – ainda que não publicada sua íntegra no órgão de imprensa oficial competente –, pois impõe orientação que não se restringe à atuação do Presidente da República. Incide também sobre as repartições federais responsáveis pelas áreas penitenciária, policial e diplomática, quanto aos limites de atuação do Poder Executivo na matéria.(...) Daí a sua inequívoca configuração como ato normativo sujeito a controle abstrato de constitucionalidade mediante ação direta”*.

Como entendo que o referido parecer possui efeitos meramente concretos e limitados no tempo, não tendo o caráter de norma geral e abstrata que torne possível sua submissão ao controle em abstrato de constitucionalidade, estou propondo, no âmbito daquele processo, que se negue seguimento à ação direta de inconstitucionalidade, com base no art. 4º da Lei 9.868/99. O parecer objeto daquela ação também será discutido no bojo do presente processo extradicional, de modo que a

negativa de seguimento daquela ação não prejudicará a análise desta Corte sobre referido ato do Presidente da República. E, justamente em razão da possibilidade de que o mencionado parecer seja amplamente apreciado pelo Tribunal no presente processo, não é o caso de conversão da ação direta em arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Há, ainda, uma ação popular (Ação Cível Originária n. 1.722), também sob minha relatoria, proposta por Fernando Destito Francischini, Deputado Federal pelo Estado do Paraná, na qual igualmente se impugna o ato do Presidente da República que negou a extradição do italiano Cesare Battisti. Assim como procedi em relação à referida ação direta de inconstitucionalidade, a esta ação popular não foi dado qualquer impulso processual, visto que as questões suscitadas sobre o ato do Presidente da República já estão devidamente postas no bojo da própria extradição e nela poderão ser devidamente apreciadas.

Passo à análise do incidente de execução nesta extradição.

II. A TERCEIRA FASE DO PROCESSO DE EXTRADIÇÃO

Um primeiro ponto fundamental a ser considerado no processo de extradição refere-se à natureza jurídica da intervenção do Presidente da República após a concessão, pelo STF, da extradição.

A solução dessa questão cobra uma análise sobre o que seja a denominada *terceira fase* do processo extradicional. Nesse sentido, surge outra questão relacionada: uma vez transitado em julgado o acórdão proferido pelo STF em extradição, entra-se numa fase de *execução* desse acórdão ou a decisão do Presidente é autônoma em relação ao processo de extradição no STF?

A apreciação a fundo dessas questões também leva a outros problemas igualmente centrais, tais como o de saber se o Presidente da República pode se afastar dos fundamentos determinantes do acórdão do STF na extradição, ou até contrariá-los.

As análises seguintes, que focam as características determinantes das três fases do processo extradicional, visam a encontrar respostas a essas questões fundamentais.

II.1. O ADVENTO HISTÓRICO DA FASE JURISDICIONAL DO PROCESSO DE EXTRADIÇÃO NO BRASIL

A extradição, em simples termos, é a entrega que um Estado faz a outro Estado – a pedido deste – de um indivíduo neste último processado ou condenado criminalmente. É, em suma, uma relação de direito internacional entre Estados soberanos para o fim de cooperação em matéria de repressão ao crime. Como uma relação entre pessoas jurídicas de direito internacional público, a extradição tem como protagonistas os representantes legítimos, os Chefes dos Governos de cada Estado, e é materializada com base em tratado internacional ou, em sua ausência, em promessa de reciprocidade. A relação obrigacional para fins de extradição, se existente – seja com base em tratado bilateral, convênio multilateral, pacto de reciprocidade ou mesmo em lei interna do Estado requerido –, ocorre entre Governos, ou seja, entre os Poderes Executivos de cada Estado.

Assim é que, historicamente, o processo extradicional surgiu como uma relação eminentemente entre Estados soberanos.

No Brasil Império, o processo de extradição obedecia a um sistema tipicamente administrativo – sem qualquer participação de autoridade judicial –, consagrado na Lei n.º 234, de 23 de novembro de 1841, art. 7º, n.º 2, e no Regulamento n.º 124, de 5 de fevereiro de 1842, arts. 9º e 20, combinados com o Decreto de 9 de setembro de 1842. O processo observado com relação à extradição passiva era o seguinte: recebido o pedido pelo Ministro dos Negócios Estrangeiros, se este – de acordo com o Conselho de Ministros – não o recusasse imediatamente, era ouvido o Procurador-Geral da Coroa. Caso este opinasse favoravelmente ao pedido, a extradição era então concedida, mesmo antes da prisão do extraditando. Podia o Procurador-Geral, no entanto, emitir parecer pela rejeição do pedido pelo Conselho de Ministros ou pela audiência da Seção de Negócios Estrangeiros do Conselho de Estado Imperial, órgão consultivo da Coroa, presidido pelo Imperador (Cfr.: MACIEL, Anor

Butler. *Extradição Internacional*. Brasília: Imprensa Nacional; 1957, p. 11).

Nesse período imperial, algumas extradições foram concedidas em razão de tratados firmados pelo Brasil com Carlos X, da França (6 de junho de 1826, art. 8º), Grã-Bretanha (17 de agosto de 1827, art. 5º), com Frederico III, da Prússia (18 de abril de 1828, art. 4º), e com Portugal (19 de maio de 1836, art. 7º). Por ato Circular do Ministro dos Negócios Estrangeiros, de 4 de fevereiro de 1847, dirigido aos agentes diplomáticos e consulares brasileiros, ficaram estabelecidas as condições em que o Brasil entregaria, sob promessa de reciprocidade, criminosos refugiados em seu território.

A Constituição de 1891 não fixou, expressamente, a competência para processar e julgar o pleito extradicional, deixando ao legislador, nos termos do art. 34 (32), a competência para regular, em caráter privativo, o processo de extradição. Na República (até 1911), o sistema administrativo continuou a reger o processo extradicional, com base na Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, art. 38, e no Decreto n.º 3.084, de 5 de novembro de 1898, 1ª parte, art. 112, § 2º. Com a Lei n.º 967, de 2 de janeiro de 1903, a atribuição de informar os pedidos de extradição, antes a cargo do Procurador-Geral da República, passou ao Consultor-Geral da República.

Até então, como abordado, as extradições no Brasil ocorriam com base em tratados firmados com diversos Estados ou em promessas de reciprocidade. Em 1905, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a extradição só seria possível se baseada em tratado (HC n.º 2.280, decisões de 7, 10 e 14 de junho de 1905). A razão era a de que a Constituição republicana de 1891, ao atribuir ao Congresso Nacional a competência para “regular os casos de extradição entre os Estados”, teria abolido a extradição fundada apenas em reciprocidade ou em ato voluntário do Poder Executivo não submetido à prévia disciplina do Poder Legislativo. A decisão fez jurisprudência e as extradições, a partir de 1905, passaram a ser concedidas apenas com base nos tratados internacionais firmados pelo Brasil. Nessa decisão, conforme nos ensina Lêda Boechat, “o Supremo Tribunal Federal declarou que o Poder Judiciário podia intervir, em matéria de extradição, para verificar se o estrangeiro aqui asilado estava sofrendo ou se

*achava em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder, nos termos do art. 72, § 22, da Constituição". Requerida uma extradição, cabia-lhe verificar se ela era concedida na forma estabelecida pelo tratado em vigor entre o Brasil e a Nação requerente. (RODRIGUES, Leda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal. Tomo II, 1899-1910.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira; 1991, p. 185; ênfases acrescentadas).*

A situação criada pela jurisprudência do Supremo Tribunal levou à promulgação da Lei n.º 2.416, de 28 de junho de 1911, que prevê novamente a permissão da extradição baseada em promessa de reciprocidade (art. 1º, § 1º). A referida lei, ao regular a extradição, passou a exigir **a efetiva participação do Poder Judiciário no processo extradicional**. Dizia a lei, em seu art. 10, que *"nenhum pedido de extradição será atendido sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, de cuja decisão não caberá recurso"*.

Desde então, o processo extradicional no Brasil, fundado em tratado ou em promessa de reciprocidade (atual art. 76 da Lei n.º 6.815/80), passou a contar com uma fase jurisdicional, efetuada pelo Supremo Tribunal Federal. A Constituição de 1934 consagrou, expressamente, a competência do Supremo para processar e julgar, originariamente, o processo de extradição (art. 54, 1º, h). Documentos legislativos posteriores – tais como o Decreto-Lei n.º 394, de 28.4.1938 (art. 10), o Decreto-Lei n.º 941, de 13.10.1969 (art. 94), e a atual Lei n.º 6.815, de 19.8.1980 (art. 83) – mantiveram a **participação do Poder Judiciário, especificamente do Supremo Tribunal Federal, no "controle de constitucionalidade" do processo extradicional.** Essa fase jurisdicional é imprescindível ao respeito à ordem constitucional vigente e à garantia dos direitos do indivíduo extraditando e, por isso, representa um verdadeiro avanço em termos de proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional.

II.2. A PREVALÊNCIA DA POLÍTICA INTERNACIONAL NA PRIMEIRA FASE DA EXTRADIÇÃO

O atual processo de extradição no Brasil é dividido em três fases. A

primeira, de natureza administrativa, é caracterizada pela apresentação, normalmente pela via diplomática, do pedido do Governo do Estado estrangeiro ao Governo brasileiro. Compete ao Ministério das Relações Exteriores receber o pedido e remetê-lo ao Ministério da Justiça, que decidirá sobre seu envio ao Supremo Tribunal Federal, instaurando a segunda fase, de índole jurisdicional. Já nessa primeira fase, portanto, coloca-se a questão sobre a discricionariedade do Poder Executivo na decisão – que é de política internacional – sobre a extradição. Como bem assevera Anor Butler Maciel, em interessante estudo sobre a extradição:

“Nesta fase, a política internacional é decisiva.

Só o Poder Executivo, a quem compete a orientação dos negócios internacionais, é o árbitro do encaminhamento da solicitação de outro Estado à Justiça, levando em conta as relações entre ambas as Nações e fixando a atitude que adotará em relação ao Estado requerente.

Um Estado que se recusasse a atender nossos pedidos de extradição, certamente, não teria sua pretensão nesse sentido encaminhada, embora a lei não exija, para que se conceda a extradição, que se expresse reciprocidade.

Esta faculdade de recusa do encaminhamento do pedido ao Judiciário e denegação de plano do pedido de extradição, tem assento nos termos claros do art. 87, VI, da Constituição Federal (...)”(Cfr.: MACIEL, Anor Butler. *Extradição Internacional*. Brasília: Imprensa Nacional; 1957, p. 11)

A natureza discricionária do poder governamental de decidir sobre extradição, nessa primeira fase, eminentemente político-administrativa, está diretamente vinculada à estrutura da relação obrigacional entre os Estados requerente e requerido. Haverá diferenças marcantes, portanto, se essa relação entre os entes de direito internacional público é fundada em tratado ou em promessa de reciprocidade. A propósito, ensina Francisco Rezek:

“Fundada em promessa de reciprocidade, a demanda extraditória abre ao Governo brasileiro a perspectiva de uma recusa sumária, cuja oportunidade será mais tarde examinada.

Apoiado, porém, que se encontre em tratado ou em autêntica existência de reciprocidade, o pedido não comporta semelhante recusa. Há, neste passo – continua Rezek –, um compromisso que ao Governo brasileiro incumbe honrar, sob pena de ver colocada em causa sua responsabilidade internacional. É claro, não obstante, que o compromisso tão somente priva o Governo de qualquer arbítrio, determinando-lhe que submeta ao Supremo Tribunal Federal a demanda, e obrigando-o a efetivar a extradição pela Corte entendida legítima, desde que o Estado requerente se prontifique, por seu turno, ao atendimento dos requisitos da entrega do extraditando. Nenhum vínculo convencional prévio impediria, de tal sorte, que a extradição se frustrasse quer pelo juízo indeferitório do Supremo, quer pela inflexibilidade do Governo à honra da efetivação da entrega autorizada, quando o Estado requerente sonegasse o compromisso de comutar a pena corporal ou de promover a detração, entre outros” (REZEK, Francisco. *O Governo Brasileiro da Extradição Passiva*. In: *Estudos de Direito Público em homenagem a Aliomar Baleeiro*. Brasília: Ed. UnB; 1976, p. 238-239).

Para Rezek, portanto, seria nessa primeira fase, dita governamental, que caberia ao Poder Executivo exercer a faculdade da recusa – quando presente, como analisado acima – do pedido extradicional. Em suas palavras:

“É de se perguntar se a faculdade da recusa, quando presente, deve ser exercitada pelo Governo antes ou depois do pronunciamento do Tribunal. A propósito, o Decreto-Lei n.º 941/69 guarda implacável silêncio, e sua linguagem, notadamente nos arts. 92 e 101, chega a produzir a impressão de que nenhum poder decisório, em nenhum caso, reveste o Executivo, responsável tão só pelo desempenho de encargos pré-moldados e subalternos.

(...)

Convenço-me de que a opção governamental deve ser formulada na fase pré-judiciária do procedimento, e a tanto sou

levado por mais de uma razão. Cabe assinalar, antes de mais nada, que o processo extraditório no Supremo Tribunal Federal reclama, ao longo de seu curso, o encarceramento do extraditando, e nesse particular não admite exceções (art. 95 e § 1º). Talvez fosse isso o bastante para que, cogitando do indeferimento, o Poder Executivo não fizesse esperar sua palavra final. Existe, além do mais, uma impressão generalizada, e a todos os títulos defensável, de que a transmissão do pedido ao Tribunal traduz aquiescência da parte do Governo. O Estado requerente, sobretudo, tende a ver nesse ato a aceitação de sua garantia de reciprocidade, passando a crer que a partir de então somente o juízo negativo da Corte sobre a legalidade da demanda lhe poderá vir a frustrar o intento. Nasceu, como era de se esperar que nascesse, por força de tais fatores, no Supremo Tribunal Federal, o costume de se manifestar sobre o pedido extraditório em termos definitivos. Julgando-a legal e procedente, o Tribunal defere a extradição. Não se limita, assim, a declará-la viável, qual se entendesse que depois de seu pronunciamento o regime jurídico do instituto autoriza ao Governo uma decisão discricionária.

(...)

Negada a extradição pela Corte, limitam-se os deveres do Poder Executivo à libertação do extraditando e à comunicação desse desfecho ao Estado requerente. Deferida, incumbe-lhe efetivá-la nos termos dos arts. 96 e seguintes do D.L. n.º 941/69”.

É nessa primeira fase, portanto, que cabe ao Poder Executivo deliberar, em termos de política internacional e, principalmente, ante suas obrigações (convencionais ou de reciprocidade) sobre o prosseguimento do pedido de extradição. De toda forma, a existência efetiva de reciprocidade e de tratado afasta as possibilidades de descumprimento governamental de suas obrigações perante o Estado requerente.

Enfatize-se, nesse ponto, que, ao formularem os pedidos de extradição, os Estados já os instruem com os compromissos próprios de

entrega (art. 98, Decreto-Lei n.º 941; art. 91, Lei n.º 6.815/80) e, quando não o fazem, esses compromissos são requisitados pelo Ministério da Justiça.

A tese acima delineada, portanto, rende homenagem aos compromissos internacionais firmados pelo Brasil com os demais Estados. Havendo tratado, todo o processo de extradição deverá observar as suas normas. E, no caso de conflito entre a lei interna e o tratado, o entendimento é consolidado, principalmente, na jurisprudência do STF (vide, por exemplo, EXT 662, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 30.5.1997) no sentido de que prevalece o tratado, pelo critério da especialidade.

Ressaltem-se, nesse aspecto, os princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante *“pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”*.

II.3. A FASE JURISDICIONAL: O PAPEL DO STF NA EXTRADIÇÃO

A segunda fase é eminentemente jurisdicional e processada perante o Supremo Tribunal Federal. Dispõe o art. 83, da Lei n.º 6.815/80, o seguinte: *“Nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão”*. Assim, compete ao Supremo analisar a inocorrência de alguma das causas impeditivas ou a presença das condições indicadas, respectivamente, nos arts. 77 e 78 do Estatuto do Estrangeiro, além de outras previstas em tratado. Nesse sentido, o Tribunal não entra em considerações sobre o mérito da condenação penal sofrida pelo extraditando, não procede ao revolvimento de provas que ensejaram a condenação, nem reexamina aspectos procedimentais que eventualmente possam implicar a nulidade do processo penal no âmbito do Estado estrangeiro requerente. Isso está bem explicado em trecho de decisão desta Corte na EXT 669, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 29.3.1996:

"O sistema extradicional vigente no direito brasileiro qualifica-se como sistema de controle limitado, com predominância da atividade jurisdicional, que permite ao

Supremo Tribunal Federal exercer fiscalização concernente à legalidade extrínseca do pedido de extradição formulado pelo Estado estrangeiro. O modelo que rege, no Brasil, a disciplina normativa da extradição passiva – vinculado, quanto a sua matriz jurídica, ao sistema misto ou belga – não autoriza que se renove, no âmbito do processo extradicional, o litígio penal que lhe deu origem, nem que se proceda ao reexame de mérito (*revision au fond*) ou, ainda, à revisão de aspectos formais concernentes à regularidade dos atos de persecução penal praticados no Estado requerente. O Supremo Tribunal Federal, ao proferir juízo de mera delibação sobre a postulação extradicional, só excepcionalmente analisa aspectos materiais concernentes à própria substância da imputação penal, desde que esse exame se torne indispensável à solução de eventual controvérsia concernente (a) à ocorrência de prescrição penal, (b) à observância do princípio da dupla tipicidade ou (c) à configuração eventualmente política do delito imputado ao extraditando. Mesmo em tais hipóteses excepcionais, a apreciação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal deverá ter em consideração a versão emergente da denúncia ou da decisão emanadas de órgãos competentes no Estado estrangeiro. (...) O modelo extradicional instituído pelo ordenamento jurídico brasileiro (Estatuto do Estrangeiro), precisamente por consagrar o sistema de contenciosidade limitada, circunscreve o *thema decidendum*, nas ações de extradição passiva, à mera análise dos pressupostos (art. 77) e das condições (art. 78) inerentes ao pedido formulado pelo Estado estrangeiro. A pré-exclusão de qualquer debate judicial em torno do contexto probatório e das circunstâncias de fato que envolvem a alegada prática delituosa e o seu suposto autor – justificada pelo modelo extradicional adotado pelo direito brasileiro – implica, por efeito consequencial, a necessidade de delimitar o âmbito de impugnação material a ser deduzida pelo extraditando, consideradas a natureza da controvérsia instaurada no processo extradicional e as restrições impostas à própria atuação do Supremo Tribunal Federal. As restrições de

ordem temática que delimitam materialmente o âmbito de exercício do direito de defesa, estabelecidas pelo art. 85, par. 1º, do Estatuto do Estrangeiro, não são inconstitucionais e nem ofendem a garantia da plenitude de defesa, em face da natureza mesma de que se reveste o processo extradicional no direito Brasil. Precedente: *RTJ* 105/3. (Ext 669, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 6-3-96, *DJ* de 29-3-96). No mesmo sentido: Ext 662, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28-11-96, *DJ* de 30-5-97”.

Em suma, cabe à Corte realizar o controle da legalidade do processo extradicional (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 207; Constituição da República, art. 102, Inc. I, alínea g; e Lei n. 6.815/80, art. 83). Com o julgamento da extradição, encerrada está a fase jurisdicional, cabendo ao Poder Executivo a responsabilidade pela entrega do extraditando ao Governo requerente, nos termos do art. 86 da Lei n.º 6.815/1980. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados do STF: EXT n. 369/República Portuguesa, Rel. Min. Djaci Falcão; EXT n. 579/República Federal da Alemanha, Rel. Min. Celso de Mello e EXT n. 621/República Italiana, Rel. Min. Celso de Mello).

É preciso ressaltar, não obstante, que esse controle de constitucionalidade e de legalidade também deve ser traduzido como garantia de respeito incondicional à ordem constitucional e como proteção jurisdicional dos direitos fundamentais do extraditando. É o que revela a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Referida preocupação já havia sido expressa no julgamento da Ext. n. 232/Cuba – segunda Turma, Relator Min. Victor Nunes Leal, *DJ* 14.12.1962. Eis a ementa:

“1) A situação revolucionária de Cuba não oferece garantia para um julgamento imparcial do extraditando, nem para que se conceda a extradição com ressalva de se não aplicar a pena de morte. 2) Tradição liberal da América Latina na concessão de asilo por motivos políticos. 3) Falta de garantias considerada não somente pela formal supressão ou suspensão, mas também por efeito de fatores circunstanciais. 4) A concessão do asilo diplomático ou territorial não impede, só por si, a extradição,

cuja procedência é apreciada pelo Supremo Tribunal, e não pelo governo. 5) Conceituação de crime político proposta pela Comissão Jurídica Interamericana, do Rio de Janeiro, por incumbência da IV Reunião do Conselho Interamericano de Jurisconsultos (Santiago do Chile, 1949), excluindo 'atos de barbaria ou vandalismo proibidos pelas leis de guerra'; ainda que 'executados durante uma guerra civil, por uma ou outra das partes'".

Também no julgamento da Ext. n. 347/Itália, Relator Min. Djaci Falcão, DJ 9.6.1978, discutiu-se a questão da existência de juízo de exceção e a impossibilidade de concessão de pedido extradicional, como indica a ementa, na parte em que interessa:

"(...) III – Alegação da existência de juízo de exceção. A Corte Constitucional criada pela Constituição Italiana de 1947 situa-se como órgão jurisdicional. A sua composição, o processo de recrutamento dos seus membros, as incompatibilidades e os limites de eficácia das suas decisões encontram-se legitimamente definidos na Legislação da Itália. Órgão jurisdicional preconstituído e que atende aos princípios fundamentais do estado de direito. A ninguém é dado negar a eficácia suprema da Constituição. Competência da Corte Constitucional, em relação ao extraditando, por força da conexão. Aplicação da Súmula 421. Satisfeitas as condições essenciais à concessão da extradição, impõe-se o seu deferimento. Decisão tomada por maioria de votos".

Em seu voto, ressaltou o relator, o Ministro Djaci Falcão:

"(...) É sabido que a nossa Constituição não admite foro privilegiado, que se apresenta como favor de caráter pessoal, e, bem assim, tribunal de exceção, para o julgamento de 'um caso, ou para alguns casos determinados, porque, então, estaria instituído o que se quer proibir: o juiz *ad hoc*', como acentua o douto Pontes de Miranda (Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969, tomo V, 2ª. Edição, pág.238)".

Na mesma assentada, afirmou o Ministro Moreira Alves:

" Ninguém discute que cabe a esta Corte fixar o sentido, e, portanto, o alcance, do que vem a ser Tribunal ou juízo de

exceção; para verificar se nele se enquadra o Tribunal ou juízo estrangeiro a cujo julgamento será submetido o extraditando.

É tradicional em nossas Constituições – o princípio somente não constou da de 1937 – o repúdio ao foro privilegiado e aos tribunais ou juízos de exceção. Interpretando essa vedação constitucional, constitucionalistas do porte de CARLOS MAXIMILIANO (...) se valem dos princípios que se fixaram na doutrina alemã na interpretação do artigo 105 da Constituição de Weimar, reproduzido, como acentua MAXIMILIANO (...), quase literalmente pelo artigo 141, § 26, da Constituição brasileira de 1946, cujas expressões foram repetidas na parte final do § 15 do artigo 153 da Emenda Constitucional n. 1/69”.

Sobre a necessidade do respeito aos direitos fundamentais do estrangeiro, muito bem salientou o Ministro Celso de Mello no julgamento da Extradicação n. 897/República Tcheca (DJ 23.9.2004), cujo excerto da ementa transcrevo a seguir:

“(...) EXTRADIÇÃO E RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS: PARADIGMA ÉTICO-JURÍDICO CUJA OBSERVÂNCIA CONDICIONA O DEFERIMENTO DO PEDIDO EXTRADICIONAL.

- A **essencialidade** da cooperação internacional na repressão penal aos delitos comuns **não exonera** o Estado brasileiro - e, **em particular**, o Supremo Tribunal Federal - **de velar pelo respeito aos direitos fundamentais** do súdito estrangeiro que venha a sofrer, em **nosso País**, processo extradicional instaurado por iniciativa de **qualquer** Estado estrangeiro. O extraditando **assume**, no processo extradicional, a condição indisponível de **sujeito de direitos**, cuja intangibilidade **há de ser preservada** pelo Estado a que foi dirigido o pedido de extradição (**o Brasil**, no caso).

- O Supremo Tribunal Federal **não deve autorizar** a extradição, **se se demonstrar** que o ordenamento jurídico do Estado estrangeiro que a requer **não se revela capaz de assegurar**, aos réus, em juízo criminal, **os direitos básicos** que resultam do postulado do *“due process of law”* (RTJ 134/56-58 –

RTJ 177/485-488), **notadamente** as prerrogativas inerentes à **garantia** da ampla defesa, à **garantia** do contraditório, à **igualdade** entre as partes perante o juiz natural e à **garantia** de imparcialidade do magistrado processante. **Demonstração**, no caso, de que o regime político que informa as instituições do Estado requerente **reveste-se** de caráter democrático, **assegurador** das liberdades públicas fundamentais”.

No mesmo sentido, a ementa da Extradicação n. 633/ República Popular da China (DJ 6.4.2001), também da relatoria do Ministro Celso de Mello, na parte em que interessa:

“(…) O fato de o estrangeiro ostentar a condição jurídica de extraditando **não basta** para reduzi-lo a um estado de submissão incompatível com a essencial dignidade que lhe é inerente como pessoa humana e que lhe confere a titularidade de direitos fundamentais inalienáveis, dentre os quais avulta, por sua insuperável importância, a garantia do *due process of law*.

Em tema de direito extradicional, o Supremo Tribunal Federal **não pode e nem deve** revelar indiferença diante de transgressões ao regime das garantias processuais fundamentais. É que o Estado brasileiro - que deve obediência irrestrita à própria Constituição que lhe rege a vida institucional - **assumiu**, nos termos desse mesmo estatuto político, o **gravíssimo** dever de **sempre** conferir prevalência aos direitos humanos (art. 4º, II).

EXTRADIÇÃO E DUE PROCESS OF LAW.

(…) A possibilidade de ocorrer a privação, em juízo penal, do *due process of law*, nos múltiplos contornos em que se desenvolve esse princípio assegurador dos direitos e da própria liberdade do acusado - **garantia** de ampla defesa, **garantia** do contraditório, **igualdade** entre as partes perante o juiz natural e **garantia** de imparcialidade do magistrado processante - **impede** o válido deferimento do pedido extradicional (RTJ 134/56-58, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

O Supremo Tribunal Federal **não deve** deferir o pedido de extradicação, se o ordenamento jurídico do Estado requerente **não**

se revelar capaz de assegurar, aos réus, em juízo criminal, a **garantia plena** de um julgamento imparcial, justo, regular e independente.

A **incapacidade** de o Estado requerente assegurar ao extraditando o direito ao **fair trial** atua como **causa impeditiva** do deferimento do pedido de extradição.”

O voto do Ministro Francisco Rezek na mencionada Extradição n. 633/República Popular da China expressou semelhante preocupação:

“(...) Mas a esta altura dos acontecimentos, qualquer que fosse a intenção original, é possível ter segurança de que outra coisa não vai acontecer senão a administração de justiça criminal, no seu aspecto ordinário? Não a tenho. Se a tivesse até ontem, tê-la-ia perdido hoje.

É nossa a responsabilidade pelo extraditando e pela prevalência, no caso dele também, dos parâmetros maiores da Constituição brasileira e da lei que nos vincula.”

Ainda sobre a mesma questão ressaltou o relator da Ext. n. 811/República do Peru, o Ministro Celso de Mello, em assentada de 4.9.2002 (DJ 28.02.2003):

“(...) O respeito aos direitos humanos deve constituir vetor interpretativo a orientar o Supremo Tribunal Federal nos processos de extradição passiva. Cabe advertir que o dever de cooperação internacional na repressão às infrações penais comuns não exime o Supremo Tribunal Federal de velar pela intangibilidade dos direitos básicos da pessoa humana, fazendo prevalecer, sempre, as prerrogativas fundamentais do extraditando, que ostenta a condição indisponível de sujeito de direitos, impedindo, desse modo, que o súdito estrangeiro venha a ser entregue a um Estado cujo ordenamento jurídico não se revele capaz de assegurar, aos réus, em juízo criminal, a garantia plena de um julgamento imparcial, justo, regular e independente (*fair trial*), com todas as prerrogativas inerentes à cláusula do *due process of law*.”

Portanto, como se pode claramente perceber, está na própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o importante papel

cumprido por esta Corte no processo extradicional. Cabe a este Tribunal exercer sua precípua função de defesa da Constituição, da ordem democrática e, sobretudo, dos direitos humanos. Como bem ressaltado pelo Min. Celso de Mello no já citado julgamento da EXT 1.074 (DJ 12.06.2008):

“EXTRADIÇÃO E RESPEITO AOS DIREITOS HUMANOS: PARADIGMA ÉTICO-JURÍDICO CUJA OBSERVÂNCIA CONDICIONA O DEFERIMENTO DO PEDIDO EXTRADICIONAL. - A essencialidade da cooperação internacional na repressão penal aos delitos comuns não exonera o Estado brasileiro - e, em particular, o Supremo Tribunal Federal - de **velar pelo respeito aos direitos fundamentais** do súdito estrangeiro que venha a sofrer, em nosso País, processo extradicional instaurado por iniciativa de qualquer Estado estrangeiro. O extraditando assume, no processo extradicional, a condição indisponível de sujeito de direitos, cuja intangibilidade há de ser preservada pelo Estado a que foi dirigido o pedido de extradição (o Brasil, no caso). - **O Supremo Tribunal Federal não deve autorizar a extradição, se se demonstrar que o ordenamento jurídico do Estado estrangeiro que a requer não se revela capaz de assegurar, aos réus, em juízo criminal, os direitos básicos que resultam do postulado do "due process of law" (RTJ 134/56-58 - RTJ 177/485-488), notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante. Demonstração, no caso, de que o regime político que informa as instituições do Estado requerente reveste-se de caráter democrático, assegurado das liberdades públicas fundamentais”.**

Esse é o mais relevante papel exercido pelo Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição. Não há Estado de Direito, nem democracia, onde não haja proteção efetiva da ordem constitucional.

O cumprimento dessa precípua tarefa por parte da Corte não tem o condão de interferir negativamente nas atividades dos Poderes Executivo

e Legislativo. Não há “judicialização da política” quando as “questões políticas” estão configuradas como verdadeiras “questões de direitos”. Essa tem sido a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal, desde os primórdios da República.

II.4. A FUNÇÃO DO STF NA TERCEIRA FASE DA EXTRADIÇÃO

Tendo em vista essa precípua função do Supremo Tribunal Federal na segunda fase do processo de extradição, torna-se necessário averiguar se ela estaria completamente encerrada com a publicação e o trânsito em julgado da decisão final do processo jurisdicional de extradição. Em outros termos, cabe questionar: Qual o papel cumprido pelo STF na terceira fase do processo extradicional? Sua competência se encerra com a prolação da decisão final da segunda fase da extradição?

Parece óbvio que a competência do STF não se encerra com a decisão que põe fim à segunda fase da extradição. Isso decorre de uma razão muito simples: até sua definitiva entrega ao Estado requerente, o extraditando permanece preso sob a custódia do Tribunal, e apenas a decisão do próprio Tribunal pode determinar sua soltura.

Após a publicação e o efetivo trânsito em julgado da decisão que defere ou indefere o pedido de extradição, os autos do processo são apenas formalmente arquivados, pois, a partir desse momento, abre-se a fase de execução da extradição, na qual podem surgir diversos tipos de incidentes, que serão novamente submetidos à apreciação do Tribunal.

Até pouco tempo atrás, competia à Presidência do Tribunal a relatoria dos incidentes surgidos na execução da extradição. A Emenda n.º 41, de 16 de setembro de 2010, que alterou os artigos 13, VI, 21, II, 340 e 341, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, transferiu do Presidente para o Relator a competência para execução e cumprimento das decisões da Corte transitadas em julgado. Assim, após essa emenda regimental, compete ao Relator do processo de extradição atuar nesse fase de execução, apreciando as questões jurídicas que possam surgir até a entrega definitiva do extraditando ao Estado estrangeiro.

Fatos diversos podem ensejar questões jurídicas importantes a serem

resolvidas nessa terceira fase da extradição. Algumas delas podem decorrer da interpretação e da aplicação do art. 89 do Estatuto do Estrangeiro, por exemplo.

São muito comuns, também, os pedidos de *habeas corpus* em favor do extraditando, impetrados já na fase de execução da decisão que defere a extradição.

Recorde-se, ainda, que a jurisprudência desta Corte autoriza o imediato cumprimento da decisão do Pleno que defere pedido de extradição, independentemente da publicação e do trânsito em julgado do acórdão (por exemplo: Ext 1.103-QO, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 2-4-08, Plenário, DJE de 7-11-08; Ext 1.214, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 17-12-2010, Plenário, *Informativo* 613).

No processo de extradição, portanto, não se pode confundir o trânsito em julgado da decisão que defere o pedido de extradição com o alegado “esgotamento” da competência jurisdicional do Supremo Tribunal Federal.

Nessa terceira fase, o STF continua a exercer sua precípua função de, no processo de extradição, resguardar a incolumidade do ordenamento constitucional e dos direitos fundamentais do extraditando. Nesse sentido, a Corte também assegura a efetiva entrega do extraditando ao país em que foi ou será processado e julgado. Com isso, ela cumpre seu papel primordial na defesa da ordem constitucional no Estado Democrático de Direito. A jurisdição do STF sobre o extraditando apenas se encerra com a sua definitiva entrega ao Estado requerente.

É preciso repudiar, com veemência, afirmações vilipendiosas sobre a atuação desta Corte após o trânsito em julgado da decisão nesta EXT 1085. Esta Corte não está cometendo qualquer “farsa processual”, como alguns chegaram a dizer. O Tribunal exerce plenamente a competência que lhe foi atribuída pela Constituição de 1988 (art. 102, I, “g”) e pelo Estatuto do Estrangeiro. Exerce, portanto, sua precípua função de assegurar a ordem constitucional, fazendo cumprir as leis deste país, incluídos os tratados internacionais de que o Brasil é parte, que

também são leis na estrutura do ordenamento jurídico interno.

Assim, cabe ainda questionar como deve ocorrer o impulso inicial para a atuação do STF na terceira fase do processo extradicional. A defesa do extraditando Cesare Battisti afirma que a verificação de eventual cumprimento ou descumprimento, pelo Presidente da República, do acórdão proferido pelo STF dependeria de impugnação específica por parte do Estado requerente, hipótese em que os autos arquivados da extradição deveriam ser enviados ao relator para análise e julgamento. Fala em *princípio da inércia* (o juiz não deve proceder de ofício), para defender que não pode o STF descumprir, de ofício, a decisão do Presidente da República, simplesmente por dela discordar.

Em resposta a esses questionamentos, é preciso afirmar, de forma contundente, que não tem qualquer fundamento a alegação da defesa de Cesare Battisti no sentido de que esta Corte estaria atuando de ofício após o trânsito em julgado da extradição, o que estaria fora de sua competência.

O Min. Cezar Peluso, no exercício da Presidência do Tribunal, apenas julgou um pedido de soltura formulado pela própria defesa do extraditando. Nesse ato, determinou o desarquivamento dos autos desta Extradição 1.085, que passou a tramitar normalmente no Tribunal, sob minha relatoria, de acordo com a Emenda n.º 41, de 16 de setembro de 2010, a qual alterou os artigos 13, VI, 21, II, 340 e 341, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

Isso é o que ocorre normalmente nessa terceira fase do processo extradicional, quando o STF é chamado a apreciar questões levantadas como incidentes de execução de suas decisões. É o extraditando que comumente suscita tais questões, seja por meio de petições protocoladas nos autos da extradição – ainda que estes estejam já arquivados, momento no qual se determina seu imediato desarquivamento –, seja pela impetração de *habeas corpus* ou de mandados de segurança contra atos cometidos pela Administração (Poder Executivo) nessa terceira fase da extradição. Nesse sentido, não se pode descartar também o cabimento da reclamação constitucional, que pode ser ajuizada pelo próprio

extraditando, ou mesmo pelo Estado requerente – ambos, obviamente, partes diretamente interessadas no processo extradicional –, se entenderem que há afronta à autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal na extradição.

São infundadas, portanto, todas as alegações que, de uma forma ou de outra, visaram a desacreditar a regularidade do exercício da jurisdição por esta Corte em relação aos fatos do processo de extradição do italiano Cesare Battisti.

II.5. O PAPEL DO PODER EXECUTIVO NA TERCEIRA FASE DA EXTRADIÇÃO

A defesa do extraditando Cesare Battisti enfatiza que, proferida a decisão do Presidente da República na terceira fase da extradição, cabe ao STF, tão somente, dar-lhe o *devido* cumprimento, determinando a imediata soltura do extraditando. Questiona-se: O STF tem algum *dever* de cumprir a decisão presidencial em tema de extradição? Ou cabe à Corte, nessa terceira fase do processo extradicional, continuar a exercer seu dever de zelar pela observância da ordem jurídica nacional e pela proteção dos direitos do extraditando, hipótese em que deve avaliar se a decisão do Presidente atende aos pressupostos extradicionais fixados na legislação interna e no tratado bilateral de extradição? Analisemos essas questões.

Uma vez atestada a higidez do pedido de extradição e o cabimento do pedido, compete ao Tribunal comunicar a decisão aos órgãos competentes do Poder Executivo, que providenciarão, perante o Estado requerente, a retirada do extraditando do país, conforme o art. 86 da Lei n.º 6.815/80 e as normas constantes em tratado porventura existente.

Francisco Rezek, em sua obra mais recente, afirma o seguinte:

“Fundada em promessa de reciprocidade, a demanda extradicional abre ao governo brasileiro a perspectiva de uma recusa sumária, cuja oportunidade será mais tarde examinada. Apoiada, porém, que se encontre em tratado, o pedido não comporta semelhante recusa. Há, neste passo, um compromisso que ao governo brasileiro incumbe honrar, sob pena de ver colocada em causa sua

responsabilidade internacional. É claro, não obstante, que o compromisso tão-somente priva o governo de qualquer arbítrio, determinando-lhe que submeta ao Supremo Tribunal Federal a demanda, e obrigando-o a efetivar a extradição pela corte entendida legítima, desde que o Estado requerente se prontifique, por seu turno, ao atendimento dos requisitos da entrega do extraditando. Nenhum vínculo convencional prévio impediria, assim, que a extradição se frustrasse quer pelo juízo indeferitório do Supremo, quer pela inflexibilidade do governo à hora da efetivação da entrega autorizada, quando o Estado requerente sonegasse o compromisso de comutar a pena corporal ou de promover a detração, dentre outros. Excluída a hipótese de que o governo, livre de obrigações convencionais, decida pela recusa sumária, impõe-se-lhe a submissão do pedido ao crivo judiciário. Este se justifica, na doutrina internacional, pela elementar circunstância de se encontrar em causa a liberdade do ser humano. Nossa lei fundamental, que cobre de garantias tanto os nacionais quanto os estrangeiros residentes no país, defere ao Supremo o exame da legalidade da demanda extraditacional, a se operar à luz da lei interna e do tratado acaso existente. Percebe-se que a fase judiciária do procedimento está situada entre duas fases governamentais, inerente a primeira à recepção e ao encaminhamento do pedido, e a segunda à efetivação da medida, ou, indeferida esta, à simples comunicação do fato ao Estado interessado. Vale perguntar se a faculdade da recusa, quando presente, deve ser exercitada pelo governo antes ou depois do pronunciamento do tribunal. A propósito, veja-se que o processo da extradição no Supremo Tribunal reclama, ao longo de seu curso, o encarceramento do extraditando, e nesse particular não admite exceções. Talvez fosse isso o bastante para que, cogitando do indeferimento, o poder Executivo não fizesse esperar sua palavra final. Existe, além do mais, uma impressão generalizada, e a todos os títulos defensável, de que a transmissão do pedido ao tribunal traduz aquiescência da parte do governo. O Estado requerente, sobretudo, tende a ver nesse ato a aceitação de sua garantia de reciprocidade, passando a crer que a partir de então somente o juízo negativo da corte sobre a legalidade da demanda lhe poderá vir a frustrar o intento. Nasceu, como era de se esperar que nascesse, por força de tais fatores,

no Supremo Tribunal Federal, o costume de se manifestar sobre o pedido extradicional em termos definitivos. Julgando-a legal e procedente, o tribunal defere a extradição. Não se limita, assim, a declará-la viável, qual se entendesse que depois de seu pronunciamento o regime jurídico do instituto autoriza ao governo uma decisão discricionária.” (REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público. Curso Elementar*. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 199-200).

Há de se admitir que certa confusão se instalou na própria doutrina sobre a questão relativa ao dever de cumprimento, por parte do Poder Executivo, da decisão do STF que defere a extradição. As considerações doutrinárias, no entanto, nunca sustentaram a possibilidade de não cumprimento, pelo Presidente da República, do pronunciamento do STF. Análise mais acurada permite afirmar que, em verdade, o que sempre se defendeu é que, nessa terceira fase do processo extradicional, uma vez atestada a higidez da extradição em processo jurisdicional no STF, poderá o efetivo cumprimento da decisão demandar medidas administrativas de competência exclusiva do Poder Executivo, tal como o adiamento da entrega pelo fato de o extraditando já estar sendo processado ou estar cumprindo pena por outro crime no Brasil.

A tão falada discricionariiedade do Poder Executivo existirá, portanto, quando o extraditando *“estiver sendo processado, ou tiver sido condenado, no Brasil, por crime punível com pena privativa de liberdade,...”*, situação em que poderá o Presidente da República, segundo seu prudente critério, e avaliadas as condições fixadas em tratado bilateral de extradição (se houver), optar entre a postergação da entrega do estrangeiro ao término do processo ou ao cumprimento da pena, ou, ainda, proceder à imediata colocação do extraditando à disposição do Estado requerente (art. 89 da Lei n.º 6.815/80), caso vislumbre com isso melhor atendimento ao interesse nacional.

Assim, ao se afirmar que a decisão do Supremo Tribunal Federal é meramente autorizativa e que, na terceira fase do processo extradicional, poderá o Executivo apreciar a conveniência quanto ao

cumprimento da decisão, na verdade está-se a dizer que existem medidas de cunho administrativo, necessárias à execução da extradição, que se submetem à apreciação governamental, mas que estão delimitadas por preceitos normativos contidos na lei interna do Estado requerido, em tratado internacional e no próprio acórdão concessivo da extradição.

Esse é também o entendimento retirado da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos diversos casos julgados pela Corte. Na EXT 1.114, Rel. Min. Cármen Lúcia (DJ 21.8.2008), consta do voto da relatora e da ementa do acórdão que *“o Supremo Tribunal limita-se a analisar a legalidade e a procedência do pedido de extradição: indeferido o pedido, deixa-se de constituir o título jurídico sem o qual o Presidente da República não pode efetivar a extradição; se deferida, a entrega do súdito ao Estado requerente fica a critério discricionário do Presidente da República”*. Analisando o caso concreto e os precedentes citados pela eminente Ministra, é possível constatar que não se está ali a defender a livre apreciação do Poder Executivo quanto a aspectos de conveniência e oportunidade relativos ao efetivo cumprimento da decisão do Supremo. No caso, alegava o extraditando que, *“para a concessão da extradição, seria necessária a manifestação expressa do Presidente da República, o que não teria ocorrido”*. O voto então foi no sentido de que a manifestação do Presidente da República poderia ocorrer na terceira fase do processo extradicional, após o fecho da fase jurisdicional perante o Tribunal. Daí afirmar a Relatora, com base em precedente do Ministro Celso de Mello (EXT 568, DJ 7.5.1993), que o *“pedido extradicional, deduzido perante o Estado brasileiro, constitui – quando instaurada a fase judicial de seu procedimento – ação de índole especial, de caráter constitutivo, que objetiva a formação de título jurídico apto a legitimar o Poder Executivo da União a efetivar, com fundamento em tratado internacional ou em compromisso de reciprocidade, a entrega do súdito reclamado”*. Portanto, a fundamentação está toda centrada no argumento de que, na fase judicial, cabe ao Supremo Tribunal apenas analisar a legalidade e a procedência do pedido extradicional.

A jurisprudência do STF é toda nesse sentido. Na EXT 855, o

Ministro Celso de Mello, Relator (28.8.2004), bem delimitou esse entendimento, em trechos da ementa do acórdão a seguir transcritos:

A QUESTÃO DA IMEDIATA EFETIVAÇÃO DA ENTREGA EXTRADICIONAL - INTELIGÊNCIA DO ART. 89 DO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO - PRERROGATIVA EXCLUSIVA DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, ENQUANTO CHEFE DE ESTADO. - A entrega do extraditando - que esteja sendo processado criminalmente no Brasil, ou que haja sofrido condenação penal imposta pela Justiça brasileira - depende, em princípio, da conclusão do processo penal brasileiro ou do cumprimento da pena privativa de liberdade decretada pelo Poder Judiciário do Brasil, exceto se o Presidente da República, com apoio em **juízo discricionário**, de caráter eminentemente político, fundado em razões de oportunidade, de conveniência e/ou de utilidade, exercer, na condição de Chefe de Estado, a prerrogativa excepcional que lhe permite determinar a imediata efetivação da ordem extradicional (Estatuto do Estrangeiro, art. 89, "caput", "in fine"). Doutrina. Precedentes.

Na EXT 985, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 18.8.2006, ficou consignado, na ementa do acórdão, o seguinte:

“O Supremo Tribunal Federal, em recente revisão da jurisprudência, firmou a orientação de que o Estado requerente deve emitir prévio compromisso em comutar a pena de prisão perpétua, prevista pela legislação argentina, para a pena privativa de liberdade com o prazo máximo de trinta anos. Esse entendimento baseia-se na garantia individual fundamental prevista pelo art. 5º, XLVII, b, da Constituição federal do Brasil. Por estar o extraditando respondendo a ação penal no Brasil por suposto uso de documento falso, caberá ao presidente da República avaliar a conveniência e a oportunidade da entrega do estrangeiro, ainda que pendente ação penal ou eventual condenação, nos termos dos arts. 89 e 90 c/c art. 67 da Lei 6.815/1980 e do art. 9º, segunda parte, do Tratado de Extradicação firmado entre o Brasil e a Argentina. Pedido de extradicação deferido com as restrições indicadas”.

O mesmo entendimento foi fixado na EXT 959, Rel. Min. Cezar Peluso (DJ 9.6.2006), em que S. Exa. afirmou, em voto condutor, que “*a efetivação, ou não, da extradição ficará condicionada à discricionariedade do Governo do Brasil, nos termos do art. 89, combinado com os arts. 67 e 90, todos da Lei n.º 6.815/80*”.

Da mesma forma, esse entendimento está na EXT 991, Rel. Min. Carlos Britto, caso em que a extradição foi deferida com a ressalva estabelecida no art. 89, combinado com os artigos 67 e 90 da Lei n.º 6.815/80.

Cito, ainda, apenas a título exemplificativo, a EXT 997, Rel. Min. Joaquim Barbosa (DJ 13.4.2007), a EXT 1.048, Rel. Min. Sepúlveda Pertence (DJ 11.5.2007) e a EXT 893, Rel. Min. Gilmar Mendes (DJ 15.4.2005).

A discricionariedade do Poder Executivo, portanto, se existente, é delimitada e circunscrita por preceitos legais da Lei n.º 6.815/80, especialmente os arts. 67, 89 e 90, além das disposições do tratado de extradição, se houver, que vinculam o Presidente da República em suas relações com os Estados estrangeiros pactuantes. Recorde-se, assim, que o Parágrafo único do art. 89 do Estatuto do Estrangeiro permite o mero adiamento da efetivação da entrega do extraditando, desde que a medida possa colocar “*(...)em risco a sua vida por causa de enfermidade grave comprovada por laudo médico oficial*”.

Enfatize-se, mais uma vez, portanto, que não há quem sustente uma livre apreciação ou até um livre arbítrio do Poder Executivo quanto à obrigação – que é de cunho internacional em virtude de uma relação mantida com outro Estado soberano – de dar seguimento à efetiva entrega do extraditando. **Essa apreciação, tomada em termos de política internacional, como já abordado, situa-se na primeira fase, em que o Poder Executivo decide se submeterá o pedido extradicional à fase judicial perante o Supremo Tribunal Federal, com todas as responsabilidades e deveres que ela suscita, como a prisão do indivíduo extraditando até o final do processo, decisão esta que, uma**

vez tomada, recorde-se, perdura até a efetiva entrega do extraditando ao Estado estrangeiro, não tendo o Poder Executivo o poder de desconstituir decisão judicial que determina a prisão para fins de extradição.

A atuação do Presidente da República na terceira fase da extradição, portanto, é essencialmente vinculada aos parâmetros estabelecidos na decisão do STF que autoriza a extradição.

Em nota esclarecedora, Valério Mazzuoli bem compreende o processo extradicional em suas fases judicial e administrativa, demonstrando que, ante a existência de tratado internacional, o Presidente da República está vinculado por uma obrigação de direito internacional (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional público. São Paulo: RT; 2007, p. 608). O autor, então, diz o seguinte:

“ Encaminhado o pedido ao STF, vai este tribunal examinar os fatos e se manifestar sobre a legalidade do pedido em termos definitivos. Assim é a prática atual do STF. Distribuído o processo ao ministro relator, este determina a imediata prisão do extraditando, dando início ao processo. Ao final, uma vez deferido o pedido – e isto já significa, aos olhos do país requerente, um ato de aceitação de sua garantia de reciprocidade – o governo local toma ciência da decisão e procede (se assim entender por bem) à entrega do extraditando ao país que a requereu. Ocorre que, sendo o Presidente da República, e não o STF, o competente para ‘manter relações com Estados estrangeiros’ (CF, art. 84, inc. VII), será sua – e não do Poder Judiciário – a palavra final sobre a efetiva concessão da medida. Portanto, autorizada pelo STF a extradição, compete ao Presidente da República decidir em definitivo sobre a sua conveniência, sendo perfeitamente possível que a autorização do Supremo não seja efetivada pelo Presidente, sem que isso cause qualquer tipo de responsabilidade para este último. Tal somente não se dará – ou seja, o Presidente somente será obrigado a efetivar a medida – quando existir tratado de

extradição entre os dois países, uma vez que, neste caso, se está diante de uma obrigação internacional assumida pela República Federativa do Brasil, impossível de ser desrespeitada pelo governo”.

Esse é o entendimento, ressalte-se, do eminente Professor Luís Roberto Barroso, reafirmado, inclusive, em artigo publicado no dia 18.11.2009, no Correio Braziliense (Caderno Opinião, p. 15). Afirma o ilustre advogado, em artigo doutrinário sobre o tema:

“Determina o art. 102 da Constituição Federal:

'Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

(...)

g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro.'

Estabelece também a Lei n.º 6.815/80:

'Art. 83. Nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão.'

Esses dispositivos devem ser combinados com a regra constitucional que determina:

'Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VII - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos.'

Assim, como cabe ao Presidente da República manter relações com Estados estrangeiros, o exame do Supremo Tribunal Federal circunscreve-se à legalidade do pedido, sem que isto implique necessariamente na efetiva concessão da medida, que é da competência exclusiva do Chefe do Executivo Federal.

Portanto, o pedido formulado ao Brasil pelo governo estrangeiro é encaminhado ao Supremo Tribunal, que examina a sua legalidade. Uma vez autorizada a extradição, compete ao

Executivo decidir sobre a sua conveniência. Portanto, é possível que o Supremo autorize a extradição e esta não venha a ser efetivada, por não ser conveniente ao Executivo. Contrariamente, seria impossível a extradição se o Supremo Tribunal indeferisse o pedido e o Executivo ainda assim quisesse efetivá-la. Neste caso, estaríamos diante de uma violação a um dispositivo constitucional que determina que compete ao Supremo Tribunal o julgamento da extradição de Estado estrangeiro. **Observe-se, entretanto, que, em havendo tratado de extradição entre o Brasil e o Estado requerente, fica o Presidente da República obrigado a conceder a extradição, uma vez autorizada pelo Supremo, sob pena de violar obrigação assumida perante o direito internacional**". (TIBÚRCIO, Carmen & BARROSO, Luis Roberto. *Algumas questões sobre a extradição no direito brasileiro*. Revista Forense, v. 354, ano 97, pp. 83-104, mar./abr. 2001, p. 84.)

Portanto, ante a existência de tratado bilateral de extradição, deve o Poder Executivo cumprir as obrigações pactuadas no plano internacional e efetivar a extradição, se assim prescreveu a decisão do Supremo Tribunal Federal. Esse entendimento pode ser encontrado na jurisprudência do STF no conhecido *caso Franz Paul Stangl*, em que o Tribunal, magistralmente conduzido pelo voto de Victor Nunes Leal, consignou o entendimento segundo o qual *"a efetivação, pelo Governo, da entrega do extraditando, autorizada pelo Supremo Tribunal, depende do direito internacional convencional"* (EXT n.º 272, Rel. Min. Victor Nunes Leal, julg. em 7 de junho de 1967). Está no voto de Victor Nunes:

"A decisão favorável do Supremo Tribunal é, sem dúvida, condição prévia, sem a qual não se pode dar a extradição. Mas o Supremo Tribunal também aprecia cada caso em face dos compromissos internacionais porventura assumidos pelo Brasil.

Mesmo que o Tribunal consinta na extradição – por ser regular e legal o pedido –, surge outro problema, que interessa particularmente ao Executivo: a saber se ele estará obrigado a efetivá-la. Parece-me que essa obrigação só existe nos limites do

direito convencional, porque não há, como diz Mercier, ‘um direito internacional geral de extradição’”.

Aí está a discricionariedade existente “*nos limites do direito convencional*”, como diria Victor Nunes Leal. Não é arbitrariedade, é discricionariedade mesmo, como possibilidade de decisão dentro dos marcos normativos do tratado.

Outro não é o entendimento de Mirtô Fraga, em artigo publicado no dia 17 de novembro de 2009, no jornal Correio Braziliense, cujo teor transcreve-se:

“ Não há extradição *ex officio*. Ela deve ser sempre **solicitada**, sob a invocação da existência de tratado ou sob promessa de reciprocidade de tratamento. Não havendo tratado, o Brasil pode negar a extradição, ainda que o Estado requerente **ofereça** promessa de reciprocidade de tratamento em caso idêntico. Há discricção governamental. E a recusa pode ser sumária, quando os documentos nem serão enviados ao STF. Mas, se há tratado, ela se torna **obrigatória**, nas condições nele previstas; sua concessão deriva de uma **obrigação convencional**, mas está **condicionada** ao exame de legalidade e procedência pelo Supremo Tribunal Federal.

E, com ou sem tratado, o processo de extradição comporta três fases distintas: a primeira e a terceira são administrativas; a segunda é judiciária. A primeira fase se inicia com o recebimento do pedido do Estado estrangeiro e termina com o seu encaminhamento ao STF, se for o caso. A segunda é a fase judiciária, em que a Corte analisa o pedido quanto à sua legalidade e procedência. Após a decisão do STF, vem a terceira fase, administrativa, em que o Governo procede à entrega do extraditando (se a Corte julgou-a legal) ou, então, comunica ao Estado requerente o indeferimento do pedido. Nesta terceira fase, com a decisão judicial favorável à extradição, tomam-se determinadas providências para a retirada do extraditando.

Questão interessante consiste em saber se a **faculdade de recusa** – quando presente, isto é, na **ausência de tratado** – deve ser exercitada pelo Governo antes ou depois da fase judiciária. Trataremos, aqui, apenas, da hipótese, em julgamento: quando há tratado.

O Direito é um sistema lógico, racional e, com tais princípios, deve ser analisada toda norma jurídica. Nenhum dispositivo deve ser interpretado no sentido de sua ineficácia. A Constituição brasileira garante os direitos individuais, dentre eles a liberdade. O processo extraditório reclama, em todo o seu curso, a prisão do extraditando. Envolve autoridades policiais, Ministros do STF, Procurador-Geral da República, outros magistrados, advogados. Requer, enfim, uma série de providências que demandam tempo.

No caso Battisti, não há discricção governamental: há tratado entre os dois países. O pedido da Itália deveria ser, como o foi, encaminhado ao STF. É que, pelo **tratado**, a extradição é **obrigatória** e o Brasil, quando o firmou, assumiu o compromisso de entregar estrangeiros solicitados pela Itália. Tal entrega está condicionada, apenas, à decisão judicial e aos compromissos próprios da entrega. Se o STF concluir pela extradição, não há discricção governamental. Cumpre-se o tratado. Entrega-se o extraditando. Nada mais. É princípio internacional e, também, inscrito em nossa Constituição, o respeito aos tratados firmados. Se o Presidente da República, havendo tratado, pudesse recusar a entrega do estrangeiro, depois de decisão favorável do STF, para que assinar o acordo? Qual o objetivo do tratado?

Havendo tratado, a manifestação presidencial pela entrega do extraditando, ocorreu, portanto, na **assinatura do acordo**. É aí que sua vontade se obriga, sujeita só ao julgamento da Corte (legalidade e procedência do pedido). Depois da decisão favorável do STF, não pode haver uma segunda manifestação.

Apenas, cumpre-se o tratado.

A única ação presidencial admissível, após o julgamento, é o adiamento da entrega para que o extraditando responda a processo-crime, por atos aqui praticados. Mas, pode o Chefe de Estado dispensá-lo dessa obrigação e entregá-lo imediatamente à Itália. Aí, há discricção governamental. Mas, haverá interesse para o Brasil na primeira alternativa? Ao Presidente, neste caso, cabe o **juízo** discricionário do **interesse público**; não do interesse governamental.

Mas, é necessário lembrar que na primeira hipótese (entrega adiada), a manutenção da prisão de Battisti, no Brasil, por ordem do STF, se faz necessária, pois ela dura até a entrega do extraditando ao Requerente, observados os prazos legais. A prisão há de persistir até que esgotada a condição, suspensos esses prazos. Trata-se, pois, de prisão legítima, mesmo na hipótese de eventual absolvição pelo crime supostamente praticado aqui. É necessário garantir que a entrega possa efetivar-se." (FRAGA, Mirtô. *Entrega de Battisti à Itália. Presidente se manifesta antes ou depois da decisão do STF*. Correio Braziliense, 17.11.2009)

Nesse contexto, não se pode afirmar que a decisão do Presidente da República seja autônoma em relação às disposições e aos fundamentos determinantes da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no processo de extradição. A interpretação estabelecida pela Corte sobre as normas do ordenamento jurídico interno (inclusive os tratados internacionais, considerados como leis internas) e as declarações por ela emitidas sobre os fatos jurídicos envolvidos no processo de extradição notoriamente fazem coisa julgada material e não podem ser simplesmente desconsideradas por qualquer autoridade da Administração Pública, mesmo a mais alta delas.

Se o quadro normativo composto por leis e tratados internacionais de extradição limitam a atuação do Presidente da República, parece

óbvio que a interpretação que o Supremo Tribunal Federal dê a esse mesmo quadro normativo também deve ser observada pelo Presidente. Isso é trivial. A autoridade máxima da Administração Pública, ainda que no exercício da representação política da República Federativa do Brasil, subordina-se ao ordenamento jurídico interno, que, por sua vez, deve ser interpretado de acordo com o estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal como guardião da ordem jurídica constitucional.

Vejamos, portanto, o que realmente foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal nesta EXT 1085.

II. O CONTEÚDO DA DECISÃO DO STF NA EXT 1085

A construção do raciocínio em torno do presente caso leva a outra questão: Quais são os fundamentos determinantes da parte dispositiva do acórdão proferido pelo STF na Extradicação 1.085, especificamente quanto ao conceito de *discricionariedade* prevalecente nos votos da maioria?

No julgamento desta EXT 1085, o Supremo Tribunal Federal enfrentou diversas questões extremamente controvertidas, tais como o conceito de crime político para fins de extradição. Não obstante, talvez não seja demasiado afirmar que nada causou mais divergência entre os Ministros da Corte do que a questão da discricionariedade do ato do Presidente da República sobre a execução da extradição.

Sobre o tema, formaram-se duas linhas interpretativas. Além de mim, os Ministros Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Ellen Gracie entenderam que a função do Chefe do Executivo é tão somente observar a decisão desta Suprema Corte e proceder à extradição de Cesare Battisti. De outro lado, os Ministros Marco Aurélio, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ayres Britto posicionaram-se no sentido de que o Presidente da República não está adstrito à decisão proferida por esta Corte, a qual se limita a apreciar a legalidade do processo de extradição. Assim, o Chefe do Executivo, após a decisão autorizativa da extradição proferida por este Tribunal, avaliaria a conveniência da execução da extradição.

O Ministro Eros Grau proferiu voto intermediário, que acabou por balizar o posicionamento da Corte sobre o tema. O Min. Eros manifestou-

se no sentido de que a obrigação do Presidente da República de efetivar a extradição é delineada pelos termos do direito convencional.

Dessa forma, por maioria de votos, **o Tribunal reconheceu que a decisão de deferimento da extradição não vincula o Presidente da República, nos termos dos votos proferidos pelos Ministros Joaquim Barbosa, Cármen Lúcia, Ayres Britto, Marco Aurélio e Eros Grau. O acórdão restou assim ementado:**

“8. EXTRADIÇÃO. Passiva. Executória. Deferimento do pedido. Execução. Entrega do extraditando ao Estado requerente. Submissão absoluta ou discricionariedade do Presidente da República quanto à eficácia do acórdão do Supremo Tribunal Federal. Não reconhecimento. **Obrigação apenas de agir nos termos do Tratado celebrado com o Estado requerente.** Resultado proclamado à vista de quatro votos que declaravam obrigatória a entrega do extraditando e de um voto que se limitava a exigir observância do Tratado. **Quatro votos vencidos que davam pelo caráter discricionário do ato do Presidente da República. Decretada a extradição pelo Supremo Tribunal Federal, deve o Presidente da República observar os termos do Tratado celebrado com o Estado requerente, quanto à entrega do extraditando**”.

A análise dos votos permite concluir que, embora tenha reconhecido certo grau de discricionariedade ao Presidente da República quanto à execução da decisão que deferiu a extradição, este Tribunal deixou claro que essa discricionariedade está delimitada pelos termos do acordo celebrado entre o Brasil e a República da Itália.

O principal precedente invocado para que se chegasse a esse entendimento foi a Extradição 272, Rel. Min. Victor Nunes Leal, Tribunal Pleno, DJ 7.6.1967, cuja ementa dispõe, no que interessa:

“EXTRADIÇÃO. A) O DEFERIMENTO OU RECUSA DA EXTRADIÇÃO E DIREITO INERENTE A SOBERANIA. B) A EFETIVAÇÃO, PELO GOVERNO, DA ENTREGA DO

EXTRADITANDO, AUTORIZADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DEPENDE DO DIREITO INTERNACIONAL CONVENCIONAL”.

Percebo que, tanto no caso ora apreciado quanto na Extradução 272, esta Corte assentou que o Presidente da República está **obrigado** a deferir a extradição autorizada pelo Tribunal **nos termos do tratado**. Isso porque quem defere ou recusa a extradição é o Chefe do Executivo, uma vez que o Supremo Tribunal Federal apenas atesta a legitimidade do processo extraditório, de modo a autorizar que o Presidente da República promova a entrega do extraditando ao Estado requerente.

Nos debates que precederam a proclamação do resultado, o Ministro Eros Grau sustentou que:

“a decisão a respeito da extradição ou não é do Presidente da República. (...) Eu não posso projetar, no futuro, se o Presidente da República vai ou não romper com o governo italiano. Não é isto que está em jogo. Sendo bem objetivo, o meu voto é no sentido de que a questão colocada tem que ser resolvida nos seguintes termos: **o Tribunal autoriza e quem executa, ou não, - e há de prestar contas às leis, aos tratados, aos compromissos internacionais – é o Presidente da República. A questão de ser discricionário ou não é uma questão de palavras**”. (*ênfases acrescentadas*)

E o Ministro também aduz que “*o que a Ministra Cármen Lúcia chama de ‘discricionabilidade’, eu chamo de ‘interpretação’. Então, quando a Ministra fala em ‘discricionabilidade’, ela seguramente não quer dizer ‘arbitrio’*”.

Diante da dificuldade de entendimento sobre a proclamação do resultado do julgamento, a República italiana apresentou petição postulando esclarecimentos sobre a decisão desta Corte, especificamente sobre o voto do Ministro Eros Grau. A petição foi submetida à análise do Plenário e, nos debates ocorridos em 16.12.2009, o Ministro Eros Grau manifestou-se nos seguintes termos:

“O único ponto que precisava ser esclarecido, no meu entender, ao contrário do que afirmado pela Ministra Cármen Lúcia, é o seguinte: o ato não é discricionário. **Há de ser**

praticado nos termos do direito convencional. Isso está dito inúmeras vezes no meu voto.

Está claro que acompanhei a divergência e está muito claro, para quem souber ler, e mesmo para quem não o queira, que o meu voto se alinha desde o primeiro momento, à afirmação feita pelo Ministro Victor Nunes Leal. Não me recordo agora qual é o voto, mas é simples, é só observar meu voto escrito e as notas taquigráficas.

De modo que, para que não haja confusão, o resultado principal é exatamente aquele. Eu acompanhei, quanto à questão da não vinculação do Presidente da República à decisão do Tribunal, a divergência. Mas com relação à discricionariedade ou não do seu ato: esse ato não é discricionário, porque é regrado pelas disposições do tratado” (g.n.).

Seguindo então a sugestão do Ministro Eros Grau, voltemos novamente ao voto do Ministro Victor Nunes Leal na EXT 272, que fixa o entendimento sobre o que significa a discricionariedade do Presidente da República na terceira fase do processo de extradição:

“A decisão favorável do Supremo Tribunal é, sem dúvida, condição prévia, sem a qual não se pode dar a extradição. Mas o Supremo Tribunal também aprecia cada caso em face dos compromissos internacionais porventura assumidos pelo Brasil.

Mesmo que o Tribunal consinta na extradição – por ser regular e legal o pedido –, surge outro problema, que interessa particularmente ao Executivo: a saber se ele estará obrigado a efetivá-la. Parece-me que essa obrigação só existe nos limites do direito convencional, porque não há, como diz Mercier, ‘um direito internacional geral de extradição’”. (EXT n.º 272, Rel. Min. Victor Nunes Leal, julg. em 7 de junho de 1967).

Se o Ministro Eros Grau seguiu Victor Nunes Leal, então não podemos concluir de outra forma senão no sentido de que a discricionariedade existente é aquela que está limitada normativamente

pelo tratado internacional firmado entre Brasil e Itália.

A função do Chefe do Executivo na terceira fase do processo de extradição não se limita ao cumprimento da decisão desta Corte, uma vez que há a possibilidade de considerações sobre o momento da execução – quando o réu está sendo processado ou já cumpre pena por crime cometido no Brasil, por exemplo – ou sobre as regras estabelecidas em acordo internacional celebrado entre o país requerente e o requerido no processo de extradição.

Assim, a inexistência de vinculação absoluta do Chefe do Executivo à decisão desta Corte não implica dizer que há ilimitada discricionariedade para a execução, ou não, do pedido de extradição deferido por este Supremo Tribunal Federal. Essa discricionariedade, repita-se, ocorre nos limites do direito convencional, como decidiu esta Corte, seguindo antiga jurisprudência firmada na EXT 272, Rel. Min. Victor Nunes Leal.

O teor da decisão desta Corte sobre esse tema específico foi bem pontuado pelo **Ministro Lewandowski** nos debates ocorridos no Plenário, dos quais retiro alguns trechos:

"Senhor Presidente, eu trago brevíssimas considerações escritas, mas antes eu gostaria de, no sentido do que foi enfatizado pelo eminente Ministro Cezar Peluso, dizer que meu voto vai na linha do que expôs Sua Excelência e também na linha do que veiculou o eminente Ministro Eros Grau, quanto à obrigatoriedade da observância dos tratados. Digo que, em tese - apenas registro isso como *obter dictum* -, seria possível ao Presidente da República, dentro dos quadros do tratado, eventualmente, recusar-se ao cumprimento, amparado numa ou noutra cláusula desse tratado. Mas não poderá invocar, como disse muito bem, a meu juízo, o eminente Ministro Cezar Peluso, que a Itália não tem condições de garantir os direitos fundamentais do extraditando. De outro lado, eu ousaria acrescentar que também não poderá pronunciar-se novamente quanto à natureza do crime cometido pelo extraditando, porque o Supremo Tribunal Federal já afastou a hipótese de cometimento de crime político".

Cito, ainda, outras **afirmações do Min. Lewandowski** no curso dos debates:

"Não há ampla discricionariedade por parte do Presidente da República".

"Em havendo o tratado, ele deve ser cumprido nos seus termos".

"Bem, estamos autorizando à luz do tratado e da legislação aplicável".

"Nesse caso, nós decidimos deferir a extradição à luz do estatuto do estrangeiro e do tratado de extradição celebrado entre o Brasil e a Itália".

Esses são os fundamentos determinantes da decisão do STF na EXT 1085.

Portanto, fixado que a atuação política do Presidente da República deve ocorrer dentro dos limites normativos do tratado bilateral de extradição firmado entre Brasil e Itália, é fundamental examinarmos o significado desse tratado na ordem jurídica brasileira.

III. O SIGNIFICADO DO TRATADO BILATERAL DE EXTRADIÇÃO NA ORDEM JURÍDICA INTERNA

As análises anteriores levam a questões fundamentais sobre o *status* jurídico do tratado firmado entre Brasil e Itália para cooperação em tema de extradição. Questiona-se: Qual o significado do tratado bilateral de extradição na ordem jurídica interna? Como a jurisprudência do STF trata esse tipo de tratado? Qual a sua estatura no ordenamento jurídico interno e como ele vincula as autoridades nacionais que atuam nas três fases do processo extradicional? Analisemos essas questões.

Os tratados internacionais sempre tiveram papel relevante na jurisprudência desta Corte, principalmente considerando sua relação com

a legislação interna.

Com efeito, já sob a *Constituição de 1891*, este Tribunal reconheceu o primado dos tratados internacionais em face de legislação interna posterior. Emblemático, nesse aspecto, é o julgamento da Extradução n.º 7, Rel. Min. Canuto Saraiva, ocorrido em 7.1.1914, em que se anulou julgamento anterior para afastar a aplicação dos requisitos para extradicação da Lei n. 2.416, de 28.6.1911, em proveito do tratado de extradicação entre os governos do Brasil e do Império Alemão, de 17.9.1877 (cf. RODRIGUES, Manoel Coelho. *A Extradicação no Direito Brasileiro e na Legislação Comparada*. Tomo III, Anexo B. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931. p. 75/78).

Em matéria tributária, a preponderância das normas internacionais sobre normas internas infraconstitucionais foi admitida por este STF na vigência da *Constituição de 1937*, nos termos da Apelação Cível 7.872/RS, Rel. Min. Philadelpho de Azevedo, julgada em 11.10.1943.

Na oportunidade, a Corte manteve afastada a aplicação do imposto adicional de 10% criado pelo Decreto n.º 24.343, de 5.6.1934, em privilégio das disposições de tratado entre o Brasil e o Uruguai, firmado em 25.8.1933 e promulgado pelo Decreto n.º 23.710, de 9.1.1934.

O eminente relator – que pouco depois seria nomeado Juiz da Corte Internacional de Justiça em Haia – apreciou exaustivamente a questão, em brilhante e minucioso voto, assim concluindo:

“Chegamos, assim, ao ponto nevrálgico da questão – a atuação do tratado, como lei interna, no sistema de aplicação do direito no tempo, segundo o equilíbrio de normas, em regra afetadas as mais antigas pelas mais recentes.

O Ministro Carlos Maximiliano chegou a considerar o ato internacional de aplicação genérica no espaço, alcançando até súditos de países a ele estranhos, quando tiver a categoria do Código, com o conhecido pelo nome Bustamante (voto in Direito, vol. 8, pgs. 329).

Haveria talvez aí um exagero, interessando, antes, examinar, em suas devidas proporções, o problema do tratado no tempo, sendo claro que ele, em princípio, altera as leis

anteriores, afastando sua incidência, nos casos especialmente regulados.

A dificuldade está, porém, no efeito inverso, último aspecto a que desejávamos atingir – o tratado é revogado por lei ordinárias posteriores, ao menos nas hipóteses em que o seria uma outra lei?

A equiparação absoluta entre a lei e o tratado conduziria à resposta afirmativa, mas evidente o desacerto de solução tão simplista, ante o caráter convencional do tratado, qualquer que seja a categoria atribuída às regras de direito internacional.

Em país em que ao Judiciário se veda apreciar a legitimidade de atos do legislativo ou do executivo se poderia preferir tal solução, deixando ao Governo a responsabilidade de ser haver com as potências contratantes que reclamarem contra a indevida e unilateral revogação de um pacto por lei posterior; nunca, porém, na grande maioria das nações em que o sistema constitucional reserva aquele poder, com ou sem limitações.

Na América, em geral, tem assim força vinculatória a regra de que um país não pode modificar o tratado, sem o acordo dos demais contratantes; proclama-o até o art. 10 da Convenção sobre Tratados, assinada na 6ª Conferência Americana de Havana, e entre nós promulgada pelo Decreto 18.956, de 22 de outubro de 1929, embora não o havendo feito, até 1938, o Uruguai, também seu signatário.

Esse era, aliás, o princípio já codificado por EPITÁCIO PESSOA que estendia ainda a vinculação ao que, perante a equidade, os costumes e os princípios de direito internacional, pudesse ser considerado como tendo estado na intenção dos pactuantes (Código, art. 208); nenhuma das partes se exoneraria e assim isoladamente (art. 210) podendo apenas fazer denúncia, segundo o combinado ou de acordo com a cláusula rebus sic stantibus subentendia, aliás, na ausência de prazo determinado.

Clóvis Beviláqua também não se afastou desses princípios universais e eternos, acentuando quão fielmente devem ser executados os tratados, não alteráveis unilateralmente e interpretados segundo a equidade, a boa fé e o próprio sistema

dos mesmos (D.T. Público, vol. 2, pgs. 31 e 32).

Igualmente Hildebrando Acioli, em seu precioso Tratado de Direito Internacional, acentua os mesmos postulados, ainda quando o tratado se incorpora à lei interna e enseja a formação de direitos subjetivos (vol. 2, § 1.309).

É certo que, em caso de dúvida, qualquer limitação de soberania deva ser interpretada restritamente (Acioli, p. cit. § 1.341 n.º 13), o que levou Bas Devant, Gastón Jeze e Nicolas Politis a subscreverem parecer favorável à Tchecoslováquia, quanto à desapropriação de latifúndios, ainda que pertencentes a alemães, que invocavam o Tratado de Versalhes (*les traités de paix, ont-ils limité la compétence législative de certains états?* Paris, 1.927); em contrário, a Alemanha teve de revogar, em homenagem àquele pacto, o art. 61 da Constituição de Weimar que conferia à Áustria o direito de se representar no Reichstag. Sem embargo, a Convenção de Havana já aludida, assentou que os tratados continuarão a produzir seus efeitos, ainda quando se modifique a constituição interna do Estado, salvo caso de impossibilidade, em que serão eles adaptados às novas condições (art. 11)". (Ação Cível n.º 7.872/RS, Rel. Min. Philadelpho de Azevedo, julgada em 11.10.1943)

Sob a égide da *Constituição de 1946*, o Supremo Tribunal Federal confirmou esse entendimento nos autos da Apelação Cível 9.587/RS, Rel. Min. Lafayette de Andrada, julgada em 21.8.1951, aplicando tratamento tributário previsto no "Tratado de Comércio entre os Estados Unidos do Brasil e os Estado Unidos da América", firmado em 2.2.1935 e promulgado por meio do Decreto 542, de 21.12.1935, em detrimento das disposições do Decreto-Lei n.º 7.404, de 22.3.1945. Na ocasião, assentou o voto condutor desse aresto:

"A controvérsia girou sobre a prevalência de tratado da União com Estados estrangeiros.

Nego provimento à apelação. A sentença bem apreciou a hipótese dos autos.

Realmente não pode ter aplicação a autora os dispositivos do dec.-lei 7.404 de 1942 porque há um Tratado entre o Brasil e

os Estados Unidos da América do Norte e Inglaterra, pelo qual o Imposto de consumo deveria ser cobrado de acordo com o regulamento vigente à época de sua promulgação.

Está expresso no art. 7º do referido Tratado que os países signatários não podem elevar ‘as taxas, custas, exações ou encargos internos nacionais, ou federais que sejam diferentes ou mais elevados do que o estabelecido ou previstos, respectivamente, nas leis dos Estados Unidos da América, em vigor no dia da assinatura do Tratado.’

Portanto, as leis posteriores que alteram a vigente naquela oportunidade ficam sem aplicação nos produtos importados nos países signatários dessa convenção.

(...)

Já sustentei, ao proferir voto nos embargos na apelação cível 9.583, de 22 de junho de 1950, que os tratados constituem leis especiais e por isso não ficam sujeitos às leis gerais de cada país, porque, em regra, visam justamente à exclusão dessas mesmas leis.

(...)

Sem dúvida que o tratado revoga as leis que lhe são anteriores, mas não pode ser revogado pelas leis posteriores, se estas não se referirem expressamente a essa revogação ou se não denunciarem o tratado.

A meu ver, por isso, uma simples lei que dispõe sobre imposto de consumo não tem força para alterar os termos de um tratado internacional”. (Apelação Cível n.º 9.587/RS, Rel. Min. Lafayette de Andrada, julgada em 21.8.1951)

Na vigência da *Carta de 1967, com redação dada pela EC n.º 1/69*, por sua vez, o Pleno do Supremo Tribunal Federal decidiu que os tratados internacionais, de forma geral, “*têm aplicação imediata, inclusive naquilo em que modificam a legislação interna*” (RE 71.154/PR, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, julgado em 4.8.1971, DJ 25.8.1971).

É certo que, a partir do julgamento do RE 80.004/SE (Red. p/ o acórdão Min. Cunha Peixoto, Pleno, DJ 29.12.1977), o STF alterou seu entendimento tradicional quanto à relação entre Direito Interno e Direito

Internacional, admitindo a paridade entre tratados internacionais e normas internas infraconstitucionais e, conseqüentemente, o afastamento da aplicação de normas internacionais em virtude de normas internas posteriores.

No mencionado *leading case*, o voto vencedor do Min. Cunha Peixoto assentou, com fundamento na teoria dualista de TRIEPEL, que “*não há nenhum artigo [na Constituição] que declare irrevogável uma lei positiva brasileira pelo fato ter sua origem em um tratado*”.

Nessa linha de entendimento, eventuais antinomias entre tratados internacionais e leis internas seriam resolvidas apenas por critérios de cronologia (*lex posteriori derogat priori*) e de especialidade (*lex specialis derogat generali*).

A respeito da perspectiva da especialidade, o Pleno deste STF destacou que, “*na colisão entre a lei e o tratado, prevalece este, porque contém normas específicas*” (HC 58.727/DF, Rel. Min. Soarez Muñoz, Pleno, DJ 3.4.1981).

Finalmente, quanto à *Constituição Federal de 1988*, exatamente em 23 de novembro de 1995, o Plenário do STF voltou a discutir a matéria no HC n.º 72.131/RJ, Red. p/ o acórdão Min. Moreira Alves, DJ 1.8.2003, tendo como foco a prisão civil do devedor como depositário infiel na alienação fiduciária em garantia.

Na oportunidade, reafirmou-se o entendimento de que os diplomas normativos de caráter internacional adentram o ordenamento jurídico interno no patamar da legislação ordinária e eventuais conflitos normativos resolvem-se pela regra *lex posterior derogat legi priori*.

No importante julgamento da medida cautelar na ADI 1.480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 4.9.1997, o Tribunal, por maioria, não só concluiu pela submissão dos tratados internacionais à Carta Magna e por sua paridade com as leis internas, como também assentou que não podem versar sobre matéria reservada a leis complementares. Lê-se da ementa do referido julgado, no pertinente:

“(…) PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES

INTERNACIONAIS.

– É na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro.

O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é - da competência para promulgá-los mediante decreto.

O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a excoioriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes.

SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

- No sistema jurídico brasileiro, os tratados ou convenções internacionais estão hierarquicamente subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, nenhum valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, transgredirem, formal ou materialmente, o texto da Carta Política.

O exercício do treaty-making power, pelo Estado brasileiro - não obstante o polêmico art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (ainda em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, está sujeito à necessária observância das limitações jurídicas impostas pelo texto constitucional.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.

- O Poder Judiciário - fundado na supremacia da Constituição da República - dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno. Doutrina e Jurisprudência.

PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO.

- Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa. Precedentes.

No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais não dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A eventual precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno somente se justificará quando a situação de antinomia com o ordenamento doméstico impuser, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do critério cronológico ("lex posterior derogat priori") ou, quando cabível, do critério da especialidade. Precedentes.

TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR.

– O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio “pacta sunt servanda”, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público.

Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno (...). (ADI-MC 1.480-3/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 4.9.1997)

Dessa forma, prevalecia a perspectiva de que “*o sistema constitucional brasileiro – que não exige a edição de lei para efeito de incorporação do ato internacional ao direito interno (visão dualista extremada) – satisfaz-se, para efeito de executoriedade doméstica dos tratados internacionais, com a adoção de iter procedimental que compreenda a aprovação congressional e a promulgação executiva do texto convencional (visão dualista moderada)*”, consoante acentuou o Min. Celso de Mello na supracitada ADIN-MC 1.480/DF.

Recentemente, entretanto, este Supremo Tribunal Federal procedeu, no tocante aos tratados internacionais de direitos humanos, à revisão crítica desse entendimento.

Com efeito, impulsionado pela nova redação da Emenda Constitucional n.º 45/2004, o Tribunal, no julgamento do RE 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, DJ 5.6.2009, reviu a orientação em acórdão assim ementado:

“PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das

normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE n.º 349.703 e dos HCs n.º 87.585 e n.º 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

Nesse ponto, cumpre transcrever trecho do voto que proferi na sessão de 22.11.2006, na qual tive a oportunidade de suscitar a referida atualização da jurisprudência sobre a aplicação dos tratados internacionais, em especial quanto aos direitos humanos:

“É preciso ponderar, no entanto, se, no contexto atual, em que se pode observar a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais de proteção de direitos humanos, essa jurisprudência não teria se tornado completamente defasada.

Não se pode perder de vista que, hoje, vivemos em um ‘Estado Constitucional Cooperativo’, identificado pelo Professor Peter Häberle como aquele que não mais se apresenta como um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais.

Para Häberle, ainda que, numa perspectiva internacional, muitas vezes a cooperação entre os Estados ocupe o lugar de mera coordenação e de simples ordenamento para a coexistência pacífica (ou seja, de mera delimitação dos âmbitos das soberanias nacionais), no campo do direito constitucional nacional, tal fenômeno, por si só, pode induzir ao menos a tendências que apontem para um enfraquecimento dos limites entre o interno e o externo, gerando uma concepção que faz prevalecer o direito comunitário sobre o direito interno.

Nesse contexto, mesmo conscientes de que os motivos que conduzem à concepção de um Estado Constitucional Cooperativo são complexos, é preciso reconhecer os aspectos sociológico-econômico e ideal-moral como os mais evidentes. E

no que se refere ao aspecto ideal-moral, não se pode deixar de considerar a proteção aos direitos humanos como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional, a exigir dos atores da vida sócio-política do Estado uma contribuição positiva para a máxima eficácia das normas das Constituições modernas que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados Nacionais e a proteção dos direitos humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana.

Na realidade europeia, é importante mencionar a abertura institucional a ordens supranacionais consagrada em diversos textos constitucionais (*cf.* v.g. Preâmbulo da Lei Fundamental de Bonn e art. 24, (I); o art. 11 da Constituição italiana; os arts. 8º e 16 da Constituição portuguesa; e, por fim, os arts. 9º (2) e 96 (1) da Constituição espanhola; dentre outros).

Ressalte-se, nesse sentido, que há disposições da Constituição de 1988 que remetem o intérprete para realidades normativas relativamente diferenciadas em face da concepção tradicional do direito internacional público. Refiro-me, especificamente, a quatro disposições que sinalizam para uma maior abertura constitucional ao direito internacional e, na visão de alguns, ao direito supranacional.

A primeira cláusula consta do parágrafo único do art. 4º, que estabelece que a *'República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações'*.

Em comentário a este artigo, o saudoso Professor Celso Bastos ensinava que tal dispositivo constitucional representa uma clara opção do constituinte pela integração do Brasil em organismos supranacionais.

A segunda cláusula é aquela constante do § 2º do art. 5º, ao estabelecer que os direitos e garantias expressos na Constituição brasileira *'não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte'*.

A terceira e quarta cláusulas foram acrescentadas pela Emenda Constitucional n.º 45, de 8.12.2004, constantes dos §§ 3º e 4º do art. 5º, que rezam, respectivamente, que 'os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais', e 'o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.'

Lembre-se, também, que vários países latino-americanos já avançaram no sentido de sua inserção em contextos supranacionais, reservando aos tratados internacionais de direitos humanos lugar especial no ordenamento jurídico, algumas vezes concedendo-lhes valor normativo constitucional.

Assim, Paraguai (art. 9º da Constituição) e Argentina (art. 75 inc. 24), provavelmente influenciados pela institucionalização da União Européia, inseriram conceitos de *supranacionalidade* em suas Constituições. A Constituição uruguaia, por sua vez, promulgada em fevereiro de 1967, inseriu novo inciso em seu artigo 6º, em 1994, porém mais tímido que seus vizinhos argentinos e paraguaios, ao prever que '*A República procurará a integração social e econômica dos Estados latino-americanos, especialmente no que se refere à defesa comum de seus produtos e matérias primas. Assim mesmo, propenderá a efetiva complementação de seus serviços públicos.*'

Esses dados revelam uma tendência contemporânea do constitucionalismo mundial de prestigiar as normas internacionais destinadas à proteção do ser humano. Por conseguinte, a partir desse universo jurídico voltado aos direitos e garantias fundamentais, as constituições não apenas apresentam maiores possibilidades de concretização de sua eficácia normativa, como também somente podem ser concebidas em uma abordagem que aproxime o Direito Internacional do Direito Constitucional.

No continente americano, o regime de responsabilidade do Estado pela violação de tratados internacionais vem

apresentando uma considerável evolução desde a criação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica, adotada por conferência interamericana especializada sobre direitos humanos, em 21 de novembro de 1969.

Entretanto, na prática, a mudança da forma pela qual tais direitos são tratados pelo Estado brasileiro ainda ocorre de maneira lenta e gradual. E um dos fatores primordiais desse fato está no modo como se tem concebido o processo de incorporação de tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica interna.

Tudo indica, portanto, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sem sombra de dúvidas, tem de ser revisitada criticamente”.

Na ocasião, em que foram apreciados em conjunto também o RE 349.703/RS, em que fui redator para o acórdão, Pleno, DJ 5.6.2009, e o HC 87.585/TO, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, a maioria do Plenário entendeu que as convenções internacionais de direitos humanos têm *status* supralegal, isto é, prevalecem sobre a legislação interna, submetendo-se apenas à Constituição Federal, contra os votos dos Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Eros Grau, que avançavam ainda mais e reconheciam o *status* constitucional desses tratados. O RE 349.703/RS restou assim ementado, no que interessa:

“PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 50 DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva

lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei n.º 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei n.º 10.406/2002).

(...)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO”. (RE 349.703/RS, Redator para o acórdão Min. Gilmar Mendes, Pleno, DJ 5.6.2009)

Dessa forma, não só o fenômeno da substituição de um arcaico Estado voltado para si por um “Estado Constitucional Cooperativo”, como identificado pelo Professor Peter Häberle, como o próprio texto da Carta Magna, sobretudo com as alterações da EC 45/2004, exigem essa nova interpretação da relação entre direito internacional e normas infraconstitucionais internas.

Além do âmbito dos direitos humanos, a cooperação internacional viabiliza a expansão das operações transnacionais que impulsionam o desenvolvimento econômico – como o fluxo recíproco de capitais, bens, pessoas, tecnologia e serviços – e contribui para o estreitamento das relações culturais, sociais e políticas entre as nações.

Essa complexa cooperação internacional é garantida essencialmente pelo *pacta sunt servanda*.

No atual contexto cooperativo, o professor Mosche Hirsch, empregando a célebre Teoria dos Jogos (*Game Theory*) e o modelo da Decisão Racional (*Rational Choice*), destaca que a crescente intensificação (i) das relações internacionais; (ii) da interdependência entre as nações; (iii) das alternativas de retaliação; (iv) da celeridade e do acesso a informações confiáveis, inclusive sobre o cumprimento por cada Estado dos termos dos tratados; e (v) do retorno dos efeitos negativos (*rebounded externalities*) aumenta o impacto do desrespeito aos tratados e privilegia o

devido cumprimento de suas disposições (HIRSCH, Moshe. “Compliance with International Norms” in *The Impact of International Law on International Cooperation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004. p. 184-188).

Tanto quanto possível, o Estado Constitucional Cooperativo demanda a manutenção da boa-fé e da segurança dos compromissos internacionais, ainda que em face da legislação infraconstitucional.

Importante deixar claro, também, que a tese da legalidade ordinária, na medida em que permite às entidades federativas internas do Estado brasileiro o descumprimento unilateral de acordo internacional, vai de encontro aos princípios internacionais fixados pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, a qual, em seu art. 27, determina que nenhum Estado pactuante “*pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado*”.

Ressalta-se que a mencionada convenção, ratificada há pouco tempo pelo Estado brasileiro (Decreto n.º 7.030, de 14 de dezembro de 2009), codificou princípios já exigidos como costume internacional, como decidiu a Corte Internacional de Justiça no caso Namíbia [*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, First Advisory Opinion, ICJ Reports 1971, p. 16, §§ 94-95].

A propósito, defendendo a interpretação da constituição alemã pela prevalência do direito internacional sobre as normas infraconstitucionais, acentua o professor Klaus Vogel: “(...) de forma crescente, prevalece internacionalmente a noção de que as leis que contrariam tratados internacionais devem ser inconstitucionais e, conseqüentemente, nulas”. (*Zunehmend setzt sich international die Auffassung durch, dass Gesetze, die gegen völkerrechtliche Verträge verstoßen, verfassungswidrig und daher nichtig sein sollte*) (VOGEL, Klaus. “Einleitung” Rz. 204-205 in VOGEL, Klaus & LEHNER, Moris. *Doppelbesteuerungsabkommen*. 4ª ed. München: Beck, 2003. p. 137-138)

Portanto, parece evidente que a possibilidade de afastar a aplicação de normas internacionais por meio de legislação ordinária (*treaty*

override), inclusive no âmbito estadual e municipal, está defasada com relação às exigências de cooperação, boa-fé e estabilidade do atual cenário internacional e, sem sombra de dúvidas, precisa ser refutada por esta Corte.

Como enfatizei no voto do RE 466.343/SP, o texto constitucional admite a preponderância das normas internacionais sobre normas infraconstitucionais e claramente remete o intérprete para realidades normativas diferenciadas em face da concepção tradicional do direito internacional público.

Referi-me, naquela oportunidade, aos arts. 4º, parágrafo único, e 5º, parágrafos 2º, 3º e 4º, da Constituição Federal, que sinalizam para uma maior abertura constitucional ao direito internacional e, na visão de alguns, ao direito supranacional.

Além desses dispositivos, o entendimento de predomínio dos tratados internacionais em nenhum aspecto conflita com os arts. 2º, 5º, II, e § 2º; 49, I; 84, VIII, da Constituição Federal.

Especificamente, os arts. 49, I, e 84, VIII, da Constituição Federal, repetidos com redação similar desde a Constituição de 1891 (respectivamente arts. 34, 12º; e 48, 16º, da CF/1891), não demandam a paridade entre leis ordinárias e convenções internacionais. Ao contrário, indicam a existência de normas infraconstitucionais autônomas que não precisam ser perfiladas a outras espécies de normativos internos.

Na realidade, os mencionados dispositivos não tratam da mera *incorporação*, no plano interno, mas da própria *criação* das normas internacionais.

Com efeito, no plano internacional, é essencial que os Estados-partes tenham a intenção de criar obrigações legais entre eles mediante acordo, daí a imprescindibilidade do consentimento para a norma internacional. (SHAW, Malcom. *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003. p. 812).

No Brasil, o consentimento materializa-se na ratificação pelo Presidente da República (art. 84, VIII, da CF/1988), precedida pela aprovação do texto do tratado pelo Congresso Nacional (art. 49, I, da

CF/1988). A propósito, o Min. aposentado Francisco Rezek, em trabalho doutrinário, esclarece:

“30. Pressupostos constitucionais do consentimento: generalidades. O tema em que ingressamos é de direito interno. O direito internacional, como ficou visto, oferece a exata disciplina à representação exterior dos Estados, valorizando quando por eles falem certos dignatários, em razão de suas funções. Não versa, porém, aquilo que escapa ao seu domínio, porque inerente ao sistema de poder consagrado no âmbito de toda ordem jurídica soberana. Presume-se, em direito das gentes, que os governantes habilitados, segundo suas regras, á assunção de compromissos internacionais – todos eles, observe-se, vinculados ao poder Executivo – procedem na conformidade da respectiva ordem interna, e só excepcionalmente uma conduta avessa a essa ordem poderia, no plano internacional, comprometer a validade do tratado.

Dado que o consentimento convencional se materializa sempre num ato de governo – a assinatura, a ratificação, a adesão -, parece claro que seus pressupostos, ditados pelo direito interno tenham normalmente a forma da consulta ao poder Legislativo. Onde o Executivo depende, para comprometer externamente o Estado, de algo mais que sua própria vontade, isto vem a ser em regra a aprovação parlamentar, configurando exceção o modelo suíço onde o referendo popular preconditiona a conclusão de certos tratados. O estudo dos pressupostos constitucionais do consentimento é, assim, fundamentalmente, o estudo da partilha do *treaty-making power* entre os dois poderes políticos – Legislativo e Executivo – em determinada ordem jurídica estatal”. (REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 57-58)

Assim, a aprovação pelo Congresso Nacional e a ratificação pelo Presidente da República constituem regras de importância fundamental para a validade das normas tanto no plano internacional, quanto no plano interno.

Em outras palavras, a República Federativa do Brasil, como sujeito de direito público externo, não pode assumir obrigações, nem criar normas jurídicas internacionais, à revelia da Carta Magna, mas deve observar suas disposições e requisitos fundamentais para vincular-se a obrigações de direito internacional.

Destaque-se que a aprovação do texto do tratado e a ratificação pelo Presidente da República são necessários, porém não suficientes à existência da norma internacional. Daí que a inaplicabilidade de disposições previstas em acordo internacional aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado pelo Executivo é possível, tanto no âmbito interno quanto no internacional, no caso de ausência de ratificação pelo outro Estado-parte ou de não concretização de alguma outra condição prevista.

Ora, se o texto constitucional dispõe sobre a criação de normas internacionais e prescinde de sua conversão em espécies normativas internas – na esteira do entendido no RE 71.154/PR, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, Pleno, DJ 25.8.1971 –, deve o intérprete constitucional inevitavelmente concluir que os tratados internacionais constituem, por si sós, espécies normativas infraconstitucionais distintas e autônomas, que não se confundem com as normas federais, tais como decreto-legislativo, decretos executivos, medidas provisórias, leis ordinárias ou leis complementares.

Tanto é assim, que o art. 105, III, “a”, da Constituição Federal reserva a possibilidade de interposição de recurso especial contra decisão judicial que “contrariar *tratado ou lei federal*, ou negar-lhes vigência”. Note-se que a equiparação entre “tratado” e “lei federal” no mencionado dispositivo não indica paridade com “lei federal ordinária”, mesmo porque o termo “lei federal” contempla outras espécies normativas, como decreto, lei complementar, decreto-legislativo, medida provisória etc.

Na verdade, a equiparação absoluta entre tratados internacionais e leis ordinárias federais procura enquadrar as normas internacionais em atos normativos internos, o que não tem qualquer sustentação na estrutura constitucional. Constitui solução inadequada à complexa questão da aplicação das normas internacionais, conforme já apontara o

saudoso Min. Philadelpho de Azevedo no julgamento de 11.10.1943 (Apelação Cível 7.872/RS).

Como exposto, o tratado internacional não necessita ser aplicado na estrutura de lei ordinária ou de lei complementar, nem ter *status* paritário com qualquer deles, pois tem assento próprio na Carta Magna, com requisitos materiais e formais peculiares.

Dessa forma, à luz dos atuais elementos de integração e de abertura do Estado à cooperação internacional, tutelados no texto constitucional, o entendimento que privilegie a boa-fé e a segurança dos pactos internacionais revela-se mais fiel à Carta Magna.

Ressalte-se que, por sua própria natureza constitucionalmente estabelecida, os tratados internacionais não se sujeitam aos limites formais e materiais das demais normas infraconstitucionais, ainda que federais. Por esse motivo, o Plenário, em decisão unânime, reconheceu a possibilidade de tratados internacionais conferirem isenção a tributos estaduais e municipais, na sessão de 16.8.2007 (RE 229.096/RS, Red. p/ acórdão Min. Cármen Lúcia, Pleno, DJ 11.4.2008).

De fato, não é razoável limitar a atuação do sujeito de direito público externo em função de restrições impostas à União, como entidade de direito público interno, consoante já haviam reconhecido os Ministros Nelson Jobim e Celso de Mello na ADI 1.600/DF, Pleno, DJ 20.6.2003.

Igualmente, não se justifica a restrição da cooperação internacional pela República Federativa do Brasil, resguardada no art. 4º, IX, da Carta Magna, em razão de regramentos típicos do âmbito interno, aplicados analogicamente, como reservas de iniciativa, distribuição de competências internas, ritos e procedimentos legislativos etc.

Os acordos internacionais, de forma geral e na medida em que atendidos seus específicos requisitos constitucionais, respeitam, a princípio, a separação de Poderes, a autonomia dos entes federativos e o princípio da legalidade.

Especificamente quanto aos tratados de extradição, a jurisprudência desta Corte sempre prestigiou seus termos, mesmo em relação às normas internas, a começar da já citada Extradição n. 7, Rel.

Min. Canuto Saraiva, julgado em 7.1.1914.

Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal denegou, em primeiro momento, a extradição, com fundamento na ausência de autenticação das decisões judiciais estrangeiras, exigida pelo art. 8º da Lei n. 2.416/1911, na sessão de 29.1.1913.

No entanto, informado, pelo então Ministro da Justiça, da vigência do tratado de extradição firmado pelo Brasil e pelo Império Alemão, em 17.9.1877, esta Corte declarou nulo o acórdão de 29.1.1913 e prolatou nova decisão, em atenção ao referido tratado em 7.1.1914.

Ressalte-se que o referido tratado de 1877 já havia sido denunciado, naquele período que antecedia a I Guerra Mundial, mas continuava em vigor, por curto prazo pré-fixado, em razão da cláusula de transição nele prevista.

Essa longa tradição jurisprudencial de prestigiar os acordos internacionais de extradição também se fundava no caráter notoriamente especial das normas convencionais, como ficou claro no julgamento do HC 51.977/DF, Rel. Min. Thompson Flores, Pleno, DJ 5.4.1974, assim ementado:

'Habeas corpus'. Extradição. A argüição de se tratar de crime político é tema que só excepcionalmente se torna possível examinar nesta via sumária. A existência de tratado, regulando a extradição, quando em conflito com a lei, sobre ela prevalece porque contém normas específicas. Excesso de prazo não reconhecido, em conformidade com as disposições do tratado em questão. 'Writ' indeferido."

Evidentemente, esses tratados internacionais vinculam o Estado Brasileiro e todos seus Poderes, inclusive o Supremo Tribunal Federal e a Presidência da República. Daí porque, ao contrário do requerimento fundado em promessa de reciprocidade, o pedido de extradição apoiado em acordo internacional não comporta recusa arbitrária pelo Estado brasileiro, conforme bem esclareceu o Min. aposentado Francisco Rezek:

"116. Discrição governamental e obrigação convencional.

Fundada em promessa de reciprocidade, a demanda extradicional abre ao governo brasileiro a perspectiva de uma recusa sumária, cuja oportunidade será mais tarde examinada. Apoiada, porém, que se encontre em tratado, o pedido não comporta semelhante recusa. Há, neste passo, um compromisso que ao governo brasileiro cumpre honrar, sob pena de ver colocada em causa sua responsabilidade internacional. É claro, ao obstante, que o compromisso tão-somente priva o governo de qualquer arbítrio, determinando-lhe que submeta ao Supremo Tribunal Federal a demanda, e obrigando-o a efetiva a extradição pela corte entendida legítima, desde que o Estado requerente se prontifique, por seu turno, ao atendimento dos requisitos da entrega do extraditando.”. (REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 190-191)

Com efeito, a extradição não é nem exigida, nem proibida pelo direito internacional, considerado de forma geral, mas é regulada essencialmente pelos tratados internacionais bilaterais (VERDROSS, Alfred & SIMMA, Bruno. *Universelles Völkerrecht*. 3ª Ed. Berlin: Duncker und Humblot, 1984. p. 819). Isto é, existindo o tratado internacional, ela é exigível nos termos em que pactuada.

Cumprido ressaltar que as relações entre a República Federativa do Brasil e a República da Itália há muito são marcadas pela cooperação no plano extradicional. O Decreto n.º 21.936, de 11 de outubro de 1932, que promulgou o Tratado bilateral de Extradição entre o Brasil e a Itália, firmado no Rio de Janeiro em 28 de novembro de 1931, já afirmava, em seu art. 4º, que “as Altas Partes contratantes concederão a extradição de seus próprios cidadãos, nos casos previstos no presente Tratado”.

Atualmente, rege o processo extradicional entre Brasil e Itália o Tratado de Extradição assinado em Roma, em 17 de outubro de 1989, aprovado pelo Congresso Nacional em 20 de novembro de 1992 e promulgado pelo Presidente da República (art. 84, VIII, CF/88) em 9 de julho de 1993, cujo art. 1º diz o seguinte: “O Tratado de Extradição, firmado entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, em 17 de outubro de 1989 apenso por cópia ao presente decreto, **será executado e cumprido tão**

inteiramente como nele se contém”.

Assim, apresentado o significado dos tratados de extradição na ordem jurídica interna, cabe examinar especificamente a letra “f” do número 1 do art. 3º do tratado bilateral de extradição firmado entre Brasil e Itália.

IV. A interpretação da letra “f” do número 1 do art. 3º do Tratado de Extradição celebrado entre Brasil e Itália

Na linha do raciocínio desenvolvido até o presente momento, entramos agora em pontos cruciais para a solução das controvérsias presentes neste processo de extradição. Devem ser respondidas questões mais específicas sobre o efetivo respeito ao tratado internacional por parte do Presidente da República: Como deve ser interpretado e qual é a melhor interpretação da letra “f” do número 1 do art. 3º do Tratado de Extradição celebrado entre Brasil e Itália? Qual o significado da expressão “razões ponderáveis” e que tipo de comando normativo ela impõe aos seus aplicadores? Se ela concede poder discricionário para o aplicador, que tipo de discricionariedade é essa, conforme o conceito de discricionariedade definido pelos votos vencedores nesta EXT 1.085?

Passemos então à análise dessas questões.

O art. 1º do Tratado de Extradição firmado entre Brasil e Itália institui a obrigação das partes de extraditar, quando preenchidas as condições estabelecidas em seus dispositivos. Nesse sentido, acordou-se que *“cada uma das partes obriga-se a entregar à outra, mediante solicitação, segundo as normas e condições estabelecidas no presente tratado, as pessoas que se encontrem em seu território e que sejam procuradas pelas autoridades judiciais da parte requerente (...)”.*

O mesmo instrumento fixou os casos que autorizam a extradição (art. 2º) e listou hipóteses em que esta não poderá ser concedida: em casos específicos que ensejam recusa da extradição (art. 3º); em caso de a infração determinante da extradição ser punível com pena de morte (art. 4º); e em caso de ausência de respeito aos direitos fundamentais do apenado (art. 5º). As situações em que a recusa da extradição será

facultativa também foram enumeradas pelo Tratado (art. 6º).

É cediço que o processo de extradição funda-se não apenas na reciprocidade, mas também na solidariedade internacional e no consenso dos países que o praticam. Nesse sentido, ressalte-se que as condições para extradição foram convencionadas entre Brasil e Itália, que expressamente fixaram, de comum acordo, seus limites.

Consequentemente, do Tratado entre Brasil e Itália emana a necessidade de que, preenchidos os requisitos que autorizam a extradição – e não incidindo nenhuma hipótese de recusa – a solicitação deve ser concedida.

Das situações de caráter excepcional de não incidência das condições do Tratado, merece especial destaque a descrita na letra “f” do número 1 do art. 3º, que prevê que a extradição não será concedida *“se a Parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, condição social ou pessoal; ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados”*.

Esse dispositivo, ao prescrever que a Parte requerida tem o poder de recusar a extradição com base em *razões ponderáveis*, concede ao Estado requerido importante poder de deliberação política.

É fato que vedação semelhante é comum em tratados internacionais, e pode ser também encontrada em outros instrumentos convencionais, tais como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969. O art. 22 (8) do Pacto de São José da Costa Rica prescreve que *“em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas”*.

Entretanto, ainda que constitua disposição presente em diversos instrumentos internacionais, o Tratado entre Brasil e Itália especifica que, nesses casos, a condição de não entrega do estrangeiro depende da existência de *razões ponderáveis*. Com isso, faz-se de especial relevo a apreciação do significado e dos limites normativos dessa expressão.

Sobre o tema, o jurista Luiz Olavo Baptista, em artigo no jornal “O Globo”, asseverou o seguinte:

A expressão é “razões ponderáveis”. Não é simples suspeita, sensação, são razões. Não são simples razões, são razões qualificadas pelo adjetivo ponderáveis. Este significa o que pode ser pesado, medido, o que, aliás, a raiz etimológica, a mesmo de peso, indica. Ou seja, devem ser razões de peso. (Luiz Olavo Baptista, “Extradicação e devido processo legal” [Estado de S. Paulo](#), publicado em 23.3.2011)

Parece evidente que a verificação da existência de *razões ponderáveis*, ainda que sugira uma margem de apreciação política por parte do intérprete, deve necessariamente ser interpretada de acordo com o contexto no qual a situação encontra-se inserida. Como toda interpretação que se faz em torno dos chamados conceitos jurídicos indeterminados, essa expressão deve ser objeto de uma hermenêutica que leve em conta todas as circunstâncias fáticas e jurídicas da situação.

Não se trata, assim, de uma simples avaliação subjetiva, que possa ser feita sem critérios. Além das próprias limitações formalmente acordadas pelas partes e expressamente dispostas no Tratado, bem como do ordenamento jurídico interno – inclusive sua interpretação fixada pela Corte Suprema –, o agente público, ao apreciar a existência ou não dessas *razões ponderáveis*, em determinada hipótese, também está diretamente vinculado à *realidade fática* situação que esta corresponde.

Com isso, a avaliação sobre existência ou não de *razões ponderáveis* a ter, no contexto da realidade internacional contemporânea, estreita ligação com o Estado Democrático de Direito e com a garantia de que direitos fundamentais do extraditando serão preservados pelo país requerente, a partir de elementos concretamente aferíveis. Caso contrário, haveria *razões ponderáveis* de que o pedido de extradição fosse recusado.

A legitimidade de um país como garantidor dos direitos fundamentais pode ser aferida não apenas pela solidez e seriedade de suas instituições nacionais, no plano interno, mas também pelo papel que

o Estado exerce em âmbito mundial.

No caso específico, ainda que seja mais do que evidente que a Itália encontra-se inserida no rol dos Estados que prezam pela democracia e pelo respeito incondicional aos direitos humanos, sua participação em organismos mundiais ou blocos regionais, como a União Europeia, dá maior solidez a esta sua condição, haja vista, inclusive, a previsão de sistema multinível de proteção aos direitos humanos: a eventual falha de um nível de proteção (âmbito nacional) poderá ser reconsiderada por um outro nível, que lhe é superior (âmbito comunitário).

Ressalte-se que é evidente que as hipóteses de *perseguição* ou *discriminação* descritas na letra “f” do número 1 do art. 3º podem ter forte caráter pessoal. A história de vida e os precedentes de determinado extraditando muitas vezes podem conduzir a eventual necessidade de que sua extradição seja recusada, com fundamento nesse receio.

Entretanto, suposta alegação de que um extraditando poderá ser perseguido ou discriminado, bem como ter sua situação agravada, com base em reações da sociedade à sua vida pregressa, também encontra limites na própria conjuntura atual do País requerente.

Clamor popular, declarações da imprensa ou demonstração de *estado de ânimo* contra o extraditando são situações normalmente restringidas por um ordenamento jurídico estável. Negar uma extradição com base em manifestações populares de sociedade notoriamente marcada pela democracia não teria cabimento. É presumível que um Estado internacionalmente comprometido com os direitos fundamentais seja capaz de garantir a proteção do extraditando.

Enfatize-se que, em casos de extradições polêmicas, é possível encontrar, em ambos os Estados – requerente e requerido – manifestações contrárias e favoráveis à entrega do extraditando. Meras declarações de opinião, ainda que emitidas por mídia sensacionalista, não têm o condão de configurar ocorrência do requisito *razões ponderáveis*, nos termos do Tratado entre Brasil e Itália. Vinculam-se, por sua vez, à liberdade de expressão, igualmente garantida e limitada pelo Estado Democrático de Direito.

É preciso verificar, então, quais foram os fundamentos da decisão do senhor Presidente da República, que recusou a extradição de Cesare Battisti, para se saber se são *razões ponderáveis*, aptas a alicerçar a negativa da extradição, em razão de submissão da pessoa reclamada a atos de perseguição ou discriminação, por motivos relacionados à opinião política ou à condição pessoal, de modo que a situação do extraditando possa ser agravada.

No tópico seguinte, entraremos mais a fundo nesses temas.

V. A REITERAÇÃO DAS RAZÕES DA CONCESSÃO DO REFÚGIO NA DECISÃO QUE RECUSOU A EXTRADIÇÃO

O Parecer AGU/AG 17/2010, que fundamenta a decisão do Presidente da República de recusa à extradição, declaradamente estrutura-se da seguinte maneira:

a) afirma que o Presidente da República possui **discricionariedade** para decidir sobre a extradição, nesta terceira fase do processo extradicional, **como consequência da aplicação do tratado, que conta com regra específica nesse sentido;**

b) em seguida, afirma que a análise presidencial recairá sobre dois aspectos, ou planos interpretativos:

b.1) eventual agravamento da situação pessoal do interessado, caso se efetive a extradição; e

b.2) preocupação com o contexto que espera pelo extraditando no país requerente.

Cumprir analisar, nesse diapasão, se a decisão do Presidente da República amolda-se aos termos da avença internacional. Ou seja, deve-se verificar se os fundamentos da decisão presidencial (**agravamento da situação pessoal do extraditando e preocupação com o contexto político que o aguarda no país requerente**) representam *razões ponderáveis* a ensejar a negativa da extradição deferida por este Supremo Tribunal Federal.

Para tanto, deve-se ressaltar que os fundamentos da decisão

presidencial que recusou a extradição são, em essência, os mesmos utilizados pelo Ministro da Justiça, por ocasião da concessão de refúgio ao extraditando.

A decisão do Ministro da Justiça, que deu provimento a recurso administrativo interposto por Cesare Battisti contra decisão do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) e reconheceu a condição de refugiado do extraditando, é de todos conhecida e foi objeto do acórdão que julgou essa EXT. 1.085.

Sem querer me estender, mas apenas para lembrar à Corte, a concessão do refúgio ao extraditando fundamentava-se no art. 1º, inciso I, da Lei 9.474/97, que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, *in verbis*:

“Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;”

A fundamentação lançada pelo Ministro da Justiça refere-se ao fato de que o extraditando teria se envolvido em organizações ilegais e criminosas por motivos políticos e que seus crimes teriam conotações também políticas, de modo que haveria fundado temor de perseguição por motivo de suas atividades pretéritas, o que ensejaria a concessão de refúgio nos termos do Art. 1º, inciso I, da Lei 9.474/97.

Nesse sentido, assim dispôs o Ministro de Estado da Justiça em sua fundamentação (pg. 2962 dos autos da EXT. 1085):

“Por motivos políticos o Recorrente envolveu-se em organizações ilegais criminalmente perseguidas no estado requerente. Por motivos políticos foi abrigado na França e também por motivos políticos, originários de decisão política do Estado Francês, decidiu, mais tarde, voltar a fugir. Enxergou o Recorrente, ainda, razões políticas para os reiterados pedidos de extradição Itália-França, bem como para a concessão da extradição, que, conforme o Recorrente, estariam vinculadas à

situação eleitoral francesa. **O elemento subjetivo do “fundado temor de perseguição” necessário para o reconhecimento da condição de refugiado está, portanto, claramente configurado.**

À luz do que foi brevemente relatado, **percebe-se do conteúdo das acusações de violação da ordem jurídica italiana e das movimentações políticas que ora deram estabilidade, ora movimentação e preocupação ao Recorrente, o elemento subjetivo, baseado em fatos objetivos, do “fundado temor de perseguição”, necessário para o reconhecimento da condição de refugiado”.**

Conforme mencionei acima, o Supremo afastou a configuração de crimes políticos, assentando tratar-se de crimes comuns, bem como tornou insubsistente a concessão de refúgio ao extraditando, por não vislumbrar qualquer temor de perseguição política relativamente a ele em seu país de origem.

A ementa n. 4 do referido acórdão deixa clara a decisão deste Supremo Tribunal no que toca ao ato concessivo de refúgio ao extraditando:

4. EXTRADIÇÃO. Passiva. Executória. Pedido fundado em sentenças definitivas condenatórias por quatro homicídios. Crimes comuns. Refúgio concedido ao extraditando. Decisão administrativa baseada em motivação formal de justo receio de perseguição política. Inconsistência. Sentenças proferidas em processos que respeitaram todas as garantias constitucionais do réu. Ausência absoluta de prova de risco atual de perseguição. Mera resistência à necessidade de execução das penas. Preliminar repelida. Voto vencido. Interpretação do art. 1º, inc. I, da Lei n.º 9.474/97. Aplicação do item 56 do Manual do Alto Comissariado das Nações Unidas – ACNUR. Não caracteriza a hipótese legal de concessão de refúgio, consistente em fundado receio de perseguição política, o pedido de extradição para regular execução de sentenças definitivas de condenação por crimes comuns, proferidas com observância do devido processo legal, quando não há prova de

nenhum fato capaz de justificar receio atual de desrespeito às garantias constitucionais do condenado. (sublinhei)

O Min. Cezar Peluso, em voto condutor do julgamento, afirmou que a concessão de refúgio deve ater-se às hipóteses previstas na legislação de regência da matéria, de modo que os fatos elencados como motivadores do *fundado temor de perseguição política* devem corresponder à realidade vivenciada atualmente. Assim se pronunciou o então relator desta EXT. 1.085:

“A condição de refúgio foi, expressamente, reconhecida, no caso, pela autoridade administrativa, com base nos termos do inciso I. Daí que, ancorando toda sua suposta legalidade nessa específica hipótese normativa (*fattispecie* abstrata), é preciso, no exercício da atividade de controle dos seus aspectos jurídico-formais à luz dos requisitos de estrita legalidade, verificar se a decisão atendeu, segundo a motivação declarada, ao conjunto dos elementos de fato previstos na norma em que se apoiou (*fattispecie* concreta). Em palavras mais simples, cumpre ver se, para justificar a concessão de refúgio ao extraditando, deveras constam fatos invocados e provados, capazes de corresponder à hipótese de “*fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas*”.

E, mais, atendo-se ao âmbito objetivo dessa previsão legal, é preciso investigar se há receio, não apenas *fundado*, enquanto deva encontrar suporte em fatos provados, com idoneidade para gerar temores racionais, mas também se tal receio seria *atual*, no sentido de que, como possibilidade de continuar no futuro, subsista ainda agora, como séria ameaça à dignidade do extraditando, a eventual situação de risco de perseguição, e, com tal força que lhe impossibilite o legítimo exercício dos seus direitos de pessoa e de cidadão perante o Estado requerente.

E não é tudo, pois insta sobretudo por a limpo se o pretense temor, ainda quando *fundado* e *atual* que seja, não estaria relacionado menos com risco exclusivo de perseguição política, enquanto ingrediente necessário da hipótese dessa

especial *causa extrínseca* obstativa de extradição, do que com procedimentos judiciais em que, por razões políticas, o Estado requerente não consegue proteger os direitos básicos de um julgamento imparcial e justo.”

Seguindo o voto condutor do julgamento, no sentido de afastar a legalidade do ato concessivo do refúgio, o Min. Cezar Peluso referiu-se aos critérios estabelecidos pelo Alto Comissariado das Nações Unidas (ACNUR) para auxiliar na determinação da condição de refugiado:

“56. Deve-se distinguir perseguição de punição prevista por uma infração de direito comum. As pessoas que fogem de procedimentos judiciais ou à punição por infrações desta natureza não são normalmente refugiados. Convém lembrar que um refugiado é uma vítima - ou uma vítima potencial - da injustiça e não alguém que foge da justiça”.

Em arremate à análise acerca da decisão do Ministro da Justiça que concedeu o refúgio, concluiu o Min. Peluso, no que foi acompanhado pela maioria da Corte:

“Trata-se, portanto, de ato administrativo, que, por sua manifesta, absoluta e irremediável nulidade e ineficácia, não pode opor-se à cognição nem a eventual procedência do pedido de extradição, como, ademais, há de ficar ainda mais translúcido no exame do mérito.

O ato é ilegal. Era correta a decisão do CONARE.”

Não obstante, o Parecer AGU/AG 17/2010, que fundamentou a decisão do Presidente da República que recusou a extradição, obliquamente reabriu a discussão e resgatou fundamentação idêntica àquela já afastada pela maioria do Tribunal.

Ao trazer à tona passagem do voto proferido pelo Min. Marco Aurélio na EXT. 1.085, em que S. Exa. registra que as sentenças italianas que condenaram o extraditando fizeram diversas referências a *movimento de subversão da ordem estatal*, o Parecer em exame claramente retoma, em sua fundamentação, as razões utilizadas para a concessão do refúgio.

Ocorre que o Min. Marco Aurélio ficou vencido nessa parte de seu voto, que mantinha a concessão de refúgio e a configuração de crimes

políticos, ambos afastados pelo Tribunal no julgamento dessa EXT. 1.085. Ainda assim, o Parecer AGU/AG 17/2010 o menciona, nos seguintes termos:

“O Ministro Marco Aurélio teria reconhecido como procedente alegação da defesa do extraditando, referente às seguintes circunstâncias:

a) o Presidente da República Italiana teria expressado profundo estupor e pesar em carta dirigida ao Presidente do Brasil,

b) o Ministro das Relações Exteriores da Itália registrava queixa e surpresa para com os fatos,

c) o Ministro da Justiça na Itália teria acenado com a possibilidade de dificultar o ingresso do Brasil no G-8,

d) o Ministro da Defesa da Itália teria ameaçado de se acorrentar na porta da embaixada brasileira na Itália,

e) o Ex-Presidente da República Italiana teria afirmado que o nosso Ex-ministro da Justiça do Brasil teria dito algumas cretinices,

f) o Ministro italiano para Assuntos Europeus teria considerado vergonhosa a decisão do governo brasileiro,

g) o ice-Presidente da Itália teria proposto um boicote a produtos brasileiros,

h) o Vice-Presidente da Comissão de Relações Exteriores da Itália teria suscitado um boicote turístico ao Brasil.” (Parecer AGU/AG 17/2010, pg. 4302 dos autos da EXT. 1.085)

Todas essas referências feitas pelo Min. Marco Aurélio cuidam de reações de autoridades italianas à decisão do Ministro de Estado da Justiça do Brasil, que concedeu refúgio a Cesare Battisti. Nenhuma das reações indicadas refere-se ao extraditando diretamente, mas à posição que o Estado brasileiro estava a adotar, a qual colocava sob suspeição o adequado funcionamento das instituições do Estado italiano.

A partir dessas considerações, repita-se, afastadas pelo Supremo Tribunal Federal, que no julgamento dessa EXT. 1.085 rejeitou a configuração de crimes políticos, bem como a concessão de refúgio, e

deferiu o pedido extradicional, o Parecer AGU/AG 17/2010 retoma essa linha de argumentação, desta feita para respaldar a decisão presidencial que recusou a extradição.

Nesse sentido, o referido Parecer afirma que o caso Battisti teria ganhado contornos de clamor, de polarização ideológica, o que geraria circunstância que teria o condão de agravar a situação pessoal do extraditando. Para justificar sua assertiva, o Parecer AGU/AG 17/2010, fundamento da decisão do Presidente da República, cita diversas matérias jornalísticas que se manifestaram sobre o assunto (fls. 4303-4304 dos autos).

Todas as matérias jornalísticas listadas pelo Parecer referiram-se à concessão do refúgio ao extraditando por parte do Ministro da Justiça brasileiro, cada uma delas, a seu modo, manifestando o descontentamento com o menoscabo que a decisão ministerial teria representado relativamente às instituições do Estado italiano.

Consoante mais do que conhecido por todos e já mencionado no meu voto, todas essas colocações restaram ultrapassadas, tendo em vista que o Supremo afastou a concessão do refúgio e deferiu a extradição de Cesare Battisti.

Todavia, o Parecer AGU/AG 17/2010, após citar as referidas matérias da imprensa italiana, afirma:

“Nesse sentido, as informações acima reproduzidas justificam que se negue a extradição, por força mesmo de disposição convencional. O Presidente da República aplicaria disposição da letra f do item 1 do art. 3 do Tratado de Extradicação formalizado por Brasil e Itália. E tem competência para tal.” (fls. 4305 dos autos da EXT. 1085)

E, nesse ponto, conclui o Parecer que serviu de fundamento à decisão do Presidente da República que *“A situação sugere certo contexto político, podendo acirrar paixões. Esse núcleo temático, que enseja preocupações, exige ampla reflexão em torno da situação pessoal do extraditando. Concretamente, há temores de que a situação de Battisti poderá ser agravada na Itália, por razões pessoais.”* (fls. 4306 dos autos da EXT. 1.085)

Além de reiterar os argumentos utilizados para a concessão do refúgio, ou aqueles trazidos por alguns Ministros desta Corte por ocasião do exame do ato concessivo do refúgio ao extraditando, **já superados pelo acórdão que julgou a EXT. 1.085**, o Parecer AGU/AG 17/2010 afirma, **laconicamente**, que a extradição deve ser recusada em razão de *certo contexto político*, que pode *acirrar paixões*, e que, portanto, *há temores de que a situação de Battisti poderá ser agravada na Itália, por razões pessoais*.

Mais uma vez cumpre ressaltar que o refúgio foi afastado pelo Supremo Tribunal Federal, que considerou os delitos praticados pelo extraditando crimes comuns e, assim, deferiu o pleito extradicional.

Este Tribunal concluiu que o ato concessivo de refúgio não é discricionário, mas vinculado às hipóteses previstas na legislação de regência, portanto, não é ato meramente político. **Desse modo, não é cabível reiterar a argumentação do ato concessivo de refúgio para, agora, recusar a extradição.**

A legislação aplicada pelo ato concessivo de refúgio menciona como autorizador de seu reconhecimento, no que interessa, *fundados temores de perseguição por motivos de opiniões políticas* (Art. 1, I, da Lei 9.474/97). O Tratado de Extradicação entre Brasil e Itália traz, como hipótese de recusa à extradição, o fato de a parte requerida possuir *razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de opinião política, condição pessoal; ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados* (art. III, item 1., letra f, do referido Tratado de Extradicação).

Nota-se grande similaridade entre as hipóteses legal de refúgio e convencional de recusa da extradição. O julgado do Supremo, que afastou o reconhecimento do refúgio, transitou em julgado, todavia, sob fundamento em tudo similar intenta-se justificar a recusa da extradição.

O que está em jogo, agora, é a observância, pelo Estado brasileiro, de tratado internacional (e da decisão desta Corte que determinou que o Presidente da República cumprisse a referida convenção internacional), celebrado espontânea e soberanamente pelo país. Tratado, este, conforme

visto, regularmente ratificado pelo Congresso Nacional e, depois, incorporado à ordem jurídica interna.

Nesse contexto, o cumprimento do Tratado de Extradicação em exame revela-se obrigação internacional assumida pelo Brasil, pela qual pode ser responsabilizado, e sua incorporação à ordem jurídica interna o convola em parâmetro normativo aferível, também, internamente.

Significa dizer que o Congresso Nacional e o Presidente da República obrigaram o Estado brasileiro aos termos da convenção internacional e agora compete ao Poder Judiciário, representado por este Supremo Tribunal, dar a devida efetividade ao texto convencionado.

Conforme salientado por este Tribunal, a República Federativa do Brasil está comprometida com os termos da Convenção, e seu eventual descumprimento por decisão do Presidente da República deve ser glosado pelo Supremo, em razão do próprio princípio da Separação dos Poderes.

A análise, nos autos da Extradicação de que se cuida, cinge-se, portanto, a perquirir-se a adesão da decisão presidencial, especialmente de seus fundamentos, ao preceituado pelo Art. III, 1., f, do Tratado de Extradicação Brasil-Itália, visto que o acórdão inicial dessa EXT. 1.085 vinculou a decisão do Presidente da República aos termos convencionados.

Salientei que não há que se falar em discricionariedade, mas apenas em apreciação dentro das margens do que foi convencionado e levando-se em consideração o que decidido por este Tribunal.

Nesse sentido, lembro que **não há óbice a que o Presidente da República, na qualidade de Chefe de Estado, proceda aos atos necessários para denunciar o Tratado e, assim, desobrigar o país com relação aos seus termos. Todavia, em plena vigência do Acordo Internacional não é lícito que uma das partes signatárias recuse-lhe a devida aplicação.**

Ademais, afirmar a higidez da decisão proferida pelo Presidente da República seria admitir que as mesmas razões são inadequadas quando emanadas do Ministro da Justiça para a concessão do refúgio,

porém lícitas quando exaradas como fundamentos da decisão do Presidente da República de recusa da extradição.

E não se deve referir à diferença entre os parâmetros de controle (a Lei 9.474/97, para o refúgio, e o Tratado de Extradição Brasil-Itália, no exame ora em curso), uma vez que os comandos normativos utilizados são em tudo similares, assim como as fundamentações efetivadas, e ambos os diplomas possuem real e atual força normativa.

Também não se deve procurar distinguir entre as autoridades que proferiram as decisões, visto que ministros de Estado, no vigente sistema constitucional, são auxiliares do Presidente da República, que laboram se e enquanto gozarem da confiança do Chefe do Poder Executivo, de modo que se presume que seus atos contam com a concordância presidencial, o que restou evidenciado na hipótese de que se cuida.

A recusa da extradição, diante dos termos convencionados, possui fundamentação vinculada ao art. III do Tratado, e as expressões “razões ponderáveis” e “agravamento da situação pessoal” do extraditando, embora comportem alguma elasticidade interpretativa, devem encontrar uma correspondência em fatos concretos objetivamente aferíveis.

A dificuldade hermenêutica diminui, no caso, em razão da identidade prática entre os fundamentos elencados para a concessão do refúgio e os utilizados para alicerçar a recusa da extradição, visto que o Supremo já os afastou no julgamento inicial desta EXT. 1.085.

A indagação que causa alguma perplexidade é esta: Fundamentos afastados pelo Supremo, no exercício de sua competência originária de processar e julgar extradição (art. 102, I, “g”, CF/88), por ocasião da invalidação do ato de concessão de refúgio tornam-se hígidos se apoiadores de decisão presidencial de recusa da extradição, quando os parâmetros normativos são bastante similares?

O Presidente da República deve fundamentar a recusa da extradição em fatos verdadeiros, efetivos e atuais. Se o Supremo tornou insubsistente o ato ministerial baseado em idênticas razões, outra sorte não deverá ter o ato emanado da Presidência da República.

Assim, levando-se em consideração a decisão inicial do Supremo

neste caso, os fundamentos do ato concessivo de refúgio e, agora, da decisão de recusa da extradição, **verifica-se que esta última não trouxe elemento diverso a ser considerado pela Corte, em nada inovando com relação ao debate travado anteriormente, de forma que subsistem as razões expendidas pelo STF quando negou qualquer tipo de perseguição política a Cesare Battisti, ou agravamento de sua situação pessoal, e invalidou o refúgio que lhe fora concedido.**

No voto que proferi por ocasião do julgamento da extradição, assentei que os **delitos que embasam o pedido de extradição neste caso constituem-se de quatro homicídios premeditados.**

Encontram-se nos autos as seguintes descrições dos fatos, consoante a tradução que acompanha o pedido extradicional, *ipsis literis* abaixo transcrita:

“Homicídio de ANTONIO SANTORO, marechal dos agentes de custódia do cárcere de Udine, acontecido em Udine em 6.6.1978.

Na manhã de 6.6.1978 o marechal Santoro percorre a pé a rua Spalato em Udine para recar-se da sua casa ao trabalho, isto é, ao carcere.

Um jovem rapaz, que, finge estar namorando com uma moça dos cabelos ruivos, o espera no cruzamento entre aquela rua e via Albona e dispara dois tiros de pistola nas suas costas e o mata.

Depois do tiroteio entra num carro branco onde se encontram outros dois jovens de sexo masculino, que se distanciam a forte velocidade em direção a via Pola.

Duas testemunhas retém de poder identificar o modelo do carro: um Simca 1300 ou um Fiat 124.

Lá pelas 13.00 horas do mesmo dia, uma patrulha dos carabineiros encontra abandonada em via Goito um carro marca Simca 1300 branco, que resulta roubado na noite do dia anterior.

O carro vem encontrado aberto e vem acertado que para fazê-lo funcionar, os ladrões tiveram que estrapar os fios do

implante elétrico que eram coligados ao quadro com um grampo de cabelos.

Os investigadores acertaram também que o carro estava estacionado no lugar onde foi achado já das 7:50 horas daquele mesmo dia, e isto é, minutos imediatamente sucessivos ao momento no qual foi consumado o homicídio.

As sucessivas investigações, permitiram de estabelecer que o autor material do homicídio de Santoro, isto é, aquele que tinha disparado nas suas costas os dois tiros de pistola, se identificava no hodierno estradando CESARE BATTISTI, que, entre outras coisas, tinha já ficado preso no cárcere de Udine.

A modalidade exata de tal homicídio foi assim reconstruída: o BATTISTI e Enrica MIGLIORATI, ficaram abraçados por cerca 10 minutos a apenas alguns metros de distância do portão do prédio de Santoro, enquanto Pietro MUTTI e Claudio LAVAZZA, esperavam no carro a chegada da vítima.

BATTISTI se destacou imediatamente da MIGLIORATI, se aproximou correndo de Santoro, e o feriu primeiro com um tiro nas costas e com outros dois tiros, quase a queima-roupa, quando o marechal era já a terra.

Súbito depois o BATTISTA e a MIGLIORATI correram em direção do Simca 1300 que apenas tinha se posicionado no meio da rua, e assim escaparam todos os quatro.

Chegaram então na avenida principal, trocaram de carro, se desfizeram dos travestimentos (bigode e barba postiça para o BATTISTI, peruca ruiva para a MIGLIORATI, peruca preta para o LAVAZZA) e chegaram à estação de Palmanova, onde o BATTISTI desceu, levando consigo a bolsa das armas e das maquiagens.

Foi acertado também que a decisão de matar o Santoro partiu do BATTISTI que conhecia pessoalmente a vítima.

Homicídio de LINO SABBADIN acontecido em Mestre em 16.2.1979

No dia 16.2.1979, lá pelas 16:50 horas, dois indivíduos de sexo masculino, com o rosto descoberto, mas com barba e

bigode postiços, entram num açougue dirigido por LINO SABBADIN em Caltana di Santa Maria di Sala perto de Mestre, e um destes, depois de ter-se certificado que aquele homem que era diante dele era o próprio SABBADIN em pessoa, extraiu fulmineamente uma pistola da uma bolsa que trazia consigo, e explodiu contra este dois golpes de pistola, fazendo-o cair pesantemente sobre o estrado atrás do balcão onde naquele momento estava trabalhando; imediatamente depois dispara outros dois tiros sobre o alvo que no mais é já a terra, e tudo com a clara intenção de matar.

Depois disto os dois saem rápidamente da loja e entram num carro guiado por um terceiro cúmplice, que se afasta a forte velocidade em direção do centro habitado de Caltana, para depois prosseguir em direção de Pianga.

O SABBADIN vem carregado agonizante numa ambulância, mas chega morto no Hospital de Mirano.

Ficou acertado que a vítima, no curso de uma rapina que foi feita ao interno do seu negócio em dezembro de 1978, tinha usado uma arma da qual era legítimamente em possesso, ferindo a morte um dos assaltantes.

As investigações estabeleceram que os indivíduos de sexo masculino que entraram na loja do SABBADIN eram CESSARE BATTISTI e DIEGO GIACOMINI, este último tinha aberto fogo com uma pistola semi-automática calibre 7,65 depois de ter perguntado ao comerciante se era ele o SABBADIN e depois de ter recebido uma resposta positiva.

Neste meio tempo, PAOLA FILIPPI, travestida com bigode e barba postiça e com os cabelos presos dentro de un boné, tinha ficado esperando num carro precedentemente roubado e que foi usado para a fuga.

Homicídio de PIERLUIGI TORREGIANI, acontecido em Milão em 16.2.1979

Às 15:00 horas de 16.2.1979, enquanto se dirigia para a sua loja, à pé, em companhia de seus dois filhos menores, PIERLUIGI TORREGIANI cai vítima de uma emboscada.

Dois jovens que o precedem, se giram improvisamente e

disparam dois tiros na sua direção: o escudo anti-projétil que trazia consigo, diminuiu o impacto consentindo a sua defesa.

Vem novamente ferido, mas desta vez ao fêmur, e cai a terra. Dispara em direção de seus agressores, mas um projétil atinge o seu filho, ferindo-o gravemente; o joalheiro vem finalmente atingido na cabeça.

Vem transportado ao hospital onde chega morto.

O filho restará paraplégico e será incapaz de caminhar.

Este homicídio foi cometido mais ou menos poucas horas antes daquele de LINO SABBADIN e, o TORREGIANI também, como o SABBADIN, em precedência tinha reagido com arma da fogo a uma rapina ao restaurante Transatlântico de Milão acontecido em 23.1.1979, no curso da qual um dos delinquentes morreu por causa dos tiros não de TORREGIANI, mas de um outro comensal que se encontrava no local.

A decisão de matar o TORREGIANI amadureceu juntamente com aquela de matar o SABBADIN: as duas ações homicidas foram decididas juntamente, executadas quase contemporaneamente e unitariamente reivindicadas.

Para decidirem sobre os dois homicídios foram feitas uma série de reuniões na casa de PIETRO MUTTI e LUIGI BERGAMIN, às quais o BATTISTI sempre participou e, todos foram de acordo sobre a oportunidade de tais ações criminais. Portanto BATTISTI se assumiu a função de executor material do homicídio de LINO SABBADIN mas teve função decisiva no homicídio TORREGIANI, mesmo se não participou materialmente a execução de tal crime. Ao contrário, súbito depois do homicídio de SABBADIN, BATTISTI procurou, como da precedente acordo, de contactar telefonicamente os autores materiais do homicídio TORREGIANI e, se como não conseguiu localizá-los, fez o telefonema de reivindicação, depois de ter sentido a notícia do assassinato de TORREGIANI pelo rádio.

Além disto, no curso das reuniões acima citadas na casa de MUTTI e de BERGAMIN, BATTISTI reforçou muitas vezes a necessidade da inevitável ação homicida, deixando, na noite de 14.2.1979 a casa de BERGAMIN, onde estavam reunidos alguns

tépidos discordantes deste projeto de duplo homicídio, que no mais era já de imediata realização, observando "que a operação à qual estavam trabalhando era já pronta e que teria partido para Pádova no dia seguinte".

Dito isto se afastou súbito depois.

Se faz presente que Pádova é localizada nas proximidades de Caltana di Santa Maria di Sala onde dois dias depois BATTISTI participou materialmente ao homicídio de LINO SABBADIN.

Em definitivo, o BATTISTI, seja enquanto participante da decisão colegial que diz respeito a ambos homicídios, seja enquanto executor material do homicídio SABBADIN e autor da única reinvidicação de ambas ações, foi condenado também por concurso no homicídio TORREGIANI.

Homicídio de ANDREA CAMPAGNA, acontecido em Milão 19.4.1979

Às 14:00 horas do dia 19.4.1979, o agente de Polícia de Estado ANDREA CAMPAGNA, membro da DIGOS de Milão, com funções de motorista, depois de ter visitado a namorada junta à qual, como todos os dias, almoçava, se preparava em companhia de seu futuro sogro, para pegar o seu carro estacionado a via Modica, para depois acompanhá-lo na sua loja de sapatos de via Bari.

A este ponto, vinha improvisamente enfrentado por um jovem desconhecido, que, aparecendo de repente detrás de um carro estacionado ao lado do carro do policial, explodia contra ele, em rápida sucessão 5 tiros de pistola.

LORENZO MANFREDI, pai da namorada do CAMPAGNA, tentava de intevir, mas o atirador lhe apontava a arma que ainda empunhava, apertando por duas vezes o grileto, sem que todavia partissem os tiros.

Súbito depois, o jovem desconhecido fugia em direção à cooperativa de via Modica, onde, em correspondência da curva que ali existe, entrava num carro Fiat 127 dirigido por um cúmplice; tal carro, depois de ter girado a esquerda em via Biella, se afastava em direção de via Ettore Ponti.

O CAMPAGNA vinham imediatamente socorrido, mas morria durante o transporte para o hospital.

Os accertamentos médico-legal dispostos sobre o cadáver do agente assassinado consentiram de esclarecer que a vítima foi atingida por cinco tiros, todos explodidos em rapidíssima sucessão da uma distância muito próxima, quando o CAMPAGNA ainda vivo girava verso o homicida a metade esquerda do corpo.

Como referido pelos familiares, o gente assassinado tinha aparecido de maneira muito nítida no curso de um serviço televisivo em ocasião da prisão de alguns dos autores do homicídio TORREGIANI, havendo o mesmo efetuado o transporte de tais presos da Questura ao cárcere de San Vittore.

A decisão de matar CAMPAGNA foi assumida, como emergiu do prosequimento das investigações, principalmente por BATTISTI, por CLAUDIO LAVAZZA, PIETRO MUTTI e BERGAMIN LUIGI, pois que o CAMPAGNA tinha participado à prisão de alguns presuntos autores do homicídio de TORREGIANI.

A iniciativa mais importante seja na escolha do objetivo, seja na fase successiva de preparação do atentado, foi assunta pelo mesmo BATTISTI, que controlou por um período os movimentos e hábitos do CAMPAGNA.

Além disto foi o próprio BATTISTI que cometeu materialmente o homicídio explodindo cinco tiros na direção do policial, enquanto uma segunda pessoa o esperava à bordo de um Fiat 127 roubado e utilizado para a fuga”.

A partir dessas descrições dos fatos, verifica-se que os crimes praticados pelo extraditando são gravíssimos (quatro homicídios qualificados), bastando observar o contexto em que foram executados – mediante premeditação e emboscada –, com o claro propósito de eliminar as vítimas, por vingança.

Impõe-se, portanto, ao Estado brasileiro, considerados os parâmetros objetivamente estabelecidos no acórdão que deferiu a extradição, e em razão da imperiosa necessidade de se cumprirem os termos do Tratado

celebrado, realizar a entrega do extraditando.

Diante do exposto, voto no sentido de se resolver o incidente de execução nesta extradição, para **desconstituir o ato do Sr. Presidente da República e determinar a imediata entrega do extraditando ao país requerente**, restando, em consequência, prejudicados os exames da ADI 4538 e da ACO 1722.

08/06/2011

PLENÁRIO

PETIÇÃO AVULSA NA EXTRADIÇÃO 1.085 REPÚBLICA ITALIANA

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI: Em voto que proferi no julgamento da Extradicação 1.085, na qual figurava como requerente o Governo da Itália, cujo objeto era extradição de Cesare Battisti, não obstante tenha eu me manifestado pelo deferimento do pedido, consignei, na derradeira parte de meu pronunciamento, o seguinte:

“Como se sabe, o instituto da extradição tem origem na necessidade de cooperação entre os países para o exercício do jus puniendi estatal para além das fronteiras nacionais. Não se ignora, por outro lado, que decisão final quanto à extradição, entre nós, cabe ao Presidente da República, ao qual a Constituição Federal outorga, nos termos de seu art. 84, VII, a competência para “manter relações com Estados estrangeiros”.

Ao decidir definitivamente sobre a entrega de um estrangeiro ao fim e ao cabo de um processo de extradição, o Presidente age discricionariamente, não sem ouvir, antes, o Judiciário, a quem compete manifestar-se por força do art. 102, I, g, da Lei Maior.

Nesse sentido, Ronaldo Rebello de Brito Poletti assenta que:

“(...) andou bem a lei brasileira ao estabelecer sistema próximo do misto na apreciação e efetivação do pedido extraditório. De um lado submeteu ao Judiciário o julgamento da legalidade e procedência do pedido e, de outro, erigiu o Executivo em juiz absoluto da conveniência e interesse em executar a extradição. Noutras palavras, o STF julga se a extradição é, ou não, proibida pela lei; e o Executivo a concede, ou não, se ela não proibir. A decisão judicial vincula apenas pela negativa: então não se poderá extraditar; não vincula, todavia,

*pela possibilidade, ou seja, pela declaração de não se proibir”.*¹

Em suma, é possível concluir que o Presidente da República, com fundamento na sua competência constitucional privativa para manter relações com Estados estrangeiros pode, considerando os superiores interesses nacionais, negar-se a extraditar alguém mesmo diante de manifestação favorável do Supremo Tribunal Federal, embora não possa concedê-la quando este a tenha considerado ilegal ou contrária à Carta Magna.

Ocorre que, no caso, o Chefe do Executivo, com fundamento na prerrogativa que a Constituição Federal lhe outorgou, subscreveu um Tratado de Extradicação com a Itália, em 17 de outubro de 1989, aprovado pelo Decreto Legislativo 78, de 20 de novembro de 1992 e promulgado pelo Decreto 863, de 9 de julho de 1993. E o Brasil, por esse Tratado, de forma livre e voluntária, restringiu a um rol taxativo as hipóteses em que lhe é facultado recusar a extradicação.

Em outras palavras, o arbítrio presidencial no tocante à presente extradicação encontra-se limitado ao quanto pactuado no referido Tratado, sob pena de sujeitar-se o País às sanções vigentes no Direito Internacional, que decorrem da vetusta regra *pacta sunt servanda*, a qual encontra expressão no art. 26 da Convenção de Viena de 1969: *“Todo o tratado em vigor obriga as partes e deve ser executado de boa fé.”*

Noutra assentada, por ocasião do julgamento de Questão de Ordem na referida Extradicação, aditando meu voto, esclareci, oralmente, que:

“(...) seria possível ao Presidente da República, dentro dos quadros do tratado, eventualmente, recusar-se ao cumprimento, amparado numa ou noutra cláusula desse tratado. Mas não poderá invocar (...) que a Itália não tem condições de garantir os direitos

1 POLLETI, Ronaldo Rebello de Brito. Das Diferenças entre extradicação, expulsão e deportação. *Revista dos Tribunais*, 498:267, 1977.

fundamentais do extraditando. De outro lado, eu ousaria acrescentar que também não poderá pronunciar-se novamente sobre a natureza do crime cometido pelo extraditando, porque o Supremo Tribunal Federal já afastou a hipótese de cometimento de crime político”.

Nesse passo, convém lembrar que, segundo o art. 1, a, da Convenção de Viena, “*tratado significa um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional*”, cuja negociação, entre nós, cabe ao Presidente da República, que age na dupla condição de Chefe de Estado e Chefe de Governo,² sujeitando-se, embora, o resultado de sua atuação, no plano externo, ao referendo do Congresso Nacional, para que surta efeitos no âmbito interno (art. 84, VIII, da CF/88).

Celso de Albuquerque Mello recorda, ainda, que, quando se trata um Estado Federal, como é o caso do Brasil, cabe à União representar o conjunto dos entes federados no contexto do Direito das Gentes, possuindo ela, em consequência, “*o direito de convenção, de legação e ainda a responsabilidade no plano internacional*”.³

A Federação ostenta, pois, no âmbito internacional, a feição de um Estado unitário. E, conforme a nossa Lei Maior, quem se manifesta pela União, nesse âmbito, é o Chefe do Executivo Federal, em caráter exclusivo.

Desde a nossa primeira Carta republicana, promulgada em 1891 - que teve como paradigma, por inspiração de Ruy Barbosa,⁴ o modelo da Constituição dos Estados Unidos, datada de 1787 -, compete privativamente ao Presidente da República, “*manter relações com Estados*

2 V. sobre essa dupla condição, no sistema presidencialista, DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 239 e segs.

3 ALBUQUERQUE MELLO, Celso D. *Curso de Direito Internacional Público*, 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1970, Vol. 1, p. 248 e segs.

4 V. sobre o tema, dentre outros, Melo Franco, Afonso Arinos de. *Teoria da Constituição. As Constituições do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 109 e segs.

estrangeiros” (art. 48, 14º), em nome da União Federal. É dizer, incumbelhe, dentre outras atividades, entabular negociações com outros países, celebrar tratados, *ad referendum* do Parlamento, e dar-lhes a devida execução. Enfim, cabe-lhe externar, de forma privativa e unipessoal, a vontade política do Brasil no plano internacional.

Tal entendimento nos vem da tradição norte-americana, relatada por Edward Corwin, em livro dedicado aos fundamentos dos poderes presidenciais, no qual recorda que, já em 1799, John Marshall, então membro da Câmara dos Deputados, defendendo decisão do Presidente John Adams, que determinara a extradição de um fugitivo da Justiça britânica, assentou: “O Presidente é o único órgão da nação em suas relações externas e o seu único representante perante as nações estrangeiras”.⁵ Isso após observar que o caso em apreço constituía uma demanda de certa nação contra outra, cuja natureza, a seu ver, o tornava, inclusive, insuscetível de apreciação judicial.⁶

Nesse mesmo sentido, Thomas Jefferson, alguns anos antes, respondendo a pedido de *exequatur* para determinado cônsul estrangeiro, endereçado ao Congresso dos Estados Unidos, assim se manifestou:

*“Como o Presidente é o único canal de comunicação entre os Estados Unidos e as nações estrangeiras, é apenas por meio dele que as nações estrangeiras ou seus agentes hão de saber qual é ou qual foi a vontade da nação, e, com relação a qualquer coisa que tenha sido comunicada como tal, elas têm o direito e estão obrigadas a considerá-la como a expressão da nação, não sendo permitido a nenhum agente estrangeiro questioná-la”.*⁷

Não é por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, resolvendo

5 CORWIN, Edward S. *The President: Office and Powers, 1787-1957*. 4. ed. New York: New York University Press, 1974, p. 177-178.

6 *Idem*, p. 179.

7 *Idem*, *loc. cit.*

Questão de Ordem na Extradicação ora sob exame, decretou que competiria, exclusivamente, ao Presidente da República decidir sobre a entrega do extraditando ao Governo Italiano, respeitados os limites do Tratado, segundo consta, de modo expresso, do item 8 da Ementa do julgamento, *in verbis*:

“8. EXTRADIÇÃO. Passiva. Executória. Deferimento do pedido. Execução. Submissão absoluta ou discricionariiedade do Presidente da República quanto à eficácia do acórdão do Supremo Tribunal Federal. Não reconhecimento. Obrigação apenas de agir nos termos do Tratado celebrado com o Estado requerente. Resultado proclamado à vista de quatro votos que declaravam obrigatória a entrega do extraditando e de um voto que se limitava a exigir a observância do Tratado. Quatro votos vencidos que davam pelo caráter discricionário do ato do Presidente da República. Decretada a extradicação pelo Supremo Tribunal Federal, deve o Presidente da República observar os termos do Tratado celebrado com o Estado requerente, quanto à entrega do extraditando”.

Ora, bem examinada a questão sob exame, verifico que o Presidente da República, no exercício de sua competência constitucional, encontrou fundamento autônomo no Tratado celebrado com a Itália para recusar-se a entregar Cesare Battisti às autoridades daquele país – distinto daquele em que se arrimou o STF para deferir a extradicação -, abrigado no art. 3, 1, f, do ajuste bilateral, o qual apresenta a redação abaixo:

“Art. 3 -

1. A extradicação não será concedida:

(...)

*f) se a Parte requerida tiver razões ponderáveis para **supor** que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, condição pessoal ou social; ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados” (grifo meu);*

Com base nesse permissivo convencional, e amparado ainda em detalhado parecer da Advocacia Geral da União, houve por bem o Presidente da República tornar públicas as razões que o autorizavam a “supor” – expressão literal do Tratado - que Cesare Battisti teria agravada a sua situação, se extraditado fosse. Tais razões, à evidência, não foram explicitadas pelo Chefe do Poder Executivo a título pessoal ou subjetivo, mas em caráter político-institucional, ou seja, na qualidade de representante da soberania nacional perante o Estado requerente.

E os argumentos veiculados no parecer da AGU - todos fundados em diversificado contexto fático -, adotados como *ratio decidendi* pelo Presidente da República, culminaram com a seguinte conclusão:

“(...) há ponderáveis razões para se supor que o extraditando seja submetido a agravamento de sua situação, por motivo de condição pessoal, dado seu passado, marcado por atividade política de intensidade relevante”.

Esse entendimento em nada conflita, a meu sentir, com a decisão desta Corte que autorizou a extradição, por julgar que o extraditando havia cometido crimes comuns e não políticos, bem assim por concluir que seus direitos fundamentais não correriam risco caso fosse ele entregue ao Estado requerente. A decisão presidencial, com efeito, restringe-se a veicular a **suposição**, baseada nos elementos fáticos a que alude o parecer da AGU, de que o extraditando poderia ter a sua situação agravada.

À tal suposição, motivadamente expressa pelo Chefe do Executivo, que consubstancia verdadeira *raison d’État*, não se afigura lícito, segundo penso, contrapor-se outra, em sentido diverso, emanada do Judiciário, qual seja, a de que a situação pessoal do extraditando não seria agravada no país de origem.

Essa razão qualificada, denominada pelos italianos de *ragione di*

stato, permite aos governantes, até, se necessário for, “*violar normas jurídicas, morais, políticas e econômicas que consideram imperativas*”, segundo assentam Bobbio, Mateucci e Pasquino, recordando que o conceito tem origem em vetustas considerações que visavam à preservação da segurança do próprio Estado.⁸

Ora, não se pode, razoavelmente, excluir a hipótese de que Cesare Battisti, uma vez extraditado, corra o risco, por exemplo, entre outros gravames, de ser mantido em regime prisional mais rigoroso do que aquele assinalado aos demais presos, seja em face dos crimes pelos quais foi condenado, seja em razão da periculosidade que lhe é imputada, seja ainda em virtude de convicções políticas que abraçou no passado, sem que com isso venha a caracterizar-se uma ofensa direta aos seus direitos fundamentais.

Caso essa contraposição de entendimentos – do Executivo, de um lado, e do Judiciário, de outro - acerca de uma mesma extradição fosse admitida, estar-se-ia diante de um insolúvel impasse institucional, visto que se permitiria à Magistratura ingressar - de forma totalmente indevida, a meu ver - na esfera de competências exclusiva do Presidente da República, em matéria de política externa, em evidente ofensa ao princípio constitucional da separação dos Poderes.

Permito-me insistir, nesse ponto, ou seja, na tese de que o Presidente da República, ao negar-se a extraditar Cesare Battisti para Itália, exerceu verdadeiro ato político ou de governo, caracterizado pela ampla discricionariedade daquele que o exerce. Sob esse aspecto, Cretella Júnior, alinhava as considerações abaixo transcritas:

“(...) contrapondo-se ao ato vinculado (...) aproxima-se o ato de governo, sob certos aspectos, do ato discricionário, que se movimenta numa área bem mais ampla e flexível, a que poderíamos chamar de

8 Verbete Razão de Estado. BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI Nicola e PASQUINO Gianfranco, *Dicionário de Política*. vol. 2. Brasília: Universidade de Brasília, 1991.

*discricionabilidade política ou discricionabilidade governamental”.*⁹

Isso porque, de acordo com Carré de Malberg, o ato político ou de governo repousa no seguinte fundamento:

*“Se o Chefe do Executivo tem, por iniciativa própria, o poder de realizar certos atos independentes de toda a autorização legislativa prévia, é porque recebeu esse poder formalmente da Constituição. Ao conferi-lo, a Constituição dispensou-o da obrigação de esperar os impulsos dos atos legislativos, ou mais exatamente, criou para ele uma certa esfera de atribuições que é precisamente a esfera de governo, na qual ocupa o dito Chefe do Executivo uma posição análoga a do legislador (...)”.*¹⁰

Exatamente pelas características que ostenta, o ato político ou de governo não é sindicável pelo Judiciário, diferentemente do ato administrativo de caráter vinculado, à moda daquele praticado pelo então Ministro da Justiça, mediante o qual este concedeu o *status* de refugiado a Cesare Battisti. Em tal sentido, ao votar pela anulação do referido ato, ponderei o quanto segue:

*“A concessão do refúgio, no Brasil, compete, em primeira instância, ao Comitê Nacional para Refugiados – CONARE, de cujas decisões cabe recurso ao Ministro da Justiça.”*¹¹ Este, ao referendar ou rever as decisões do CONARE não pratica, por evidente, inclusive por cuidar-se de agente estatal demissível ad nutum pelo Presidente da República, qualquer ato de soberania, mas mero ato administrativo, ainda que qualificado, de caráter vinculado - e não discricionário -, por isso mesmo passível de exame pela Justiça quanto à correspondência entre a sua

9 Apud ARAÚJO CONTRA, Antonio Carlos. *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 53, nota 45.

10 MALBERG, Carré de. *Contribution a la Théorie Générale de L'État*. Tomo II. Paris: Sirey, 1922, p. 527.

11 Art. 40 da Lei 9.474/97.

motivação e o substrato legal ou fático que lhe serve de arrimo.

Em outras palavras, o Judiciário pode, se instado a tal, ou mesmo de ofício, por tratar-se de matéria de ordem pública, verificar se estão ou não presentes, a justificar o ato de concessão de refúgio, no bojo de um processo de extradição, os elementos subjetivos e objetivos previstos na Lei 9.474/97 e na Convenção de 1951, entre os quais, o temor e o fundado receio de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política, bem assim as hipóteses que elidem o princípio da não devolução.

Entendimento contrário, a meu ver, permitiria que a jurisdição da Suprema Corte para pronunciar-se sobre extradições, que emana diretamente do texto constitucional (102, I, g, da CF) fosse coarctada por uma decisão administrativa emanada de um órgão do Ministério da Justiça ou mesmo do titular daquela Pasta amparadas, por sua vez, em dispositivos de simples lei ordinária.

E mais, impediria o STF de decidir, no exercício de sua competência constitucional, sobre a real natureza do crime atribuído ao extraditando, inclusive para fazer valer, se for o caso, a vedação constante do art. 5º, LII, da Carta Magna, no tocante à extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião.

Com esteio nessa linha de argumentação, concluo que o extraditando enquadra-se em pelo menos uma das cláusulas de exclusão, impeditivas da concessão do refúgio, a saber, o cometimento de crimes comuns, isto é, de quatro homicídios, pelos quais foi condenado, de forma irreversível, pela Justiça italiana, à prisão perpétua por decisões que provieram de tribunais ordinários, adremente previstos nas leis do país, e que não emanaram, ao contrário do que se pretende fazer crer a defesa, de juízos de exceção”.

Os atos políticos ou de governo, todavia, conforme já observei anteriormente, e amparado, ainda, na sempre abalizada lição de André de Laubadère, “*não são suscetíveis de recurso perante os tribunais*”, mostrando-se impossível, em particular, imputar-lhes a eiva de excesso de poder para o fim de anulá-los.¹² O festejado autor francês reforça o argumento

12 LAUBADÈRE, André de. *Manuel de Droit Administratif*. 9. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1974. p. 92.

acrescentando que “tais recursos são inadmissíveis, quer dizer, o juiz os descartará de plano sem examinar-lhes mérito”.¹³

De mais a mais, anoto que a recusa em extraditar determinada pessoa constitui procedimento recorrente nas relações entre Estados, sem que seus negócios recíprocos fiquem particularmente abalados diante de eventual negativa, como bem demonstrou Cármen Tibúrcio, em recente artigo sobre o tema, ao lembrar que

“(...) o não acolhimento de pedido de extradição é prática absolutamente corriqueira no cenário internacional. Veja-se, por exemplo, que diversos países — por motivos os mais variados — negaram

pedidos de extradição feitos pela República Italiana. Entre os vários casos, vale destacar aqueles relacionados à solicitação de entrega de indivíduos suspeitos de envolvimento com a Máfia (Marisa Merico/Reino Unido; Vito Roberto Palazzolo/África do Sul e Vito Bigione/Namíbia), acusados de homicídio (Mario Lozano/Estados Unidos) e sequestro (agentes da CIA/Estados Unidos), bem como ex-militante das ‘Brigadas Vermelhas’ (Marina Petrella/França).

(...)

Nessa linha, é de se destacar que a própria República Italiana não raro rejeita pedidos de extradição. Dois episódios são dignos de nota: o primeiro envolvendo suspeito de participação em atentado terrorista (Mohammed Rafik, suspeito de fazer parte de grupo extremista responsável por atentado terrorista em Casablanca/Marrocos); o segundo acusado de integrar grupo de guerrilha (Abdullah Ocalan). Neste último, note-se, houve insatisfação do país que formulou o pedido de extradição — a Grécia, sem que, contudo, houvesse mudança da decisão das autoridades italianas (...).

Outros países, diante de solicitações provenientes dos mais diversos Estados e por conta de diferentes delitos, tiveram seus pedidos de extradição indeferidos. Ilustrativamente, os Estados

13

Idem, *loc.cit.*

Unidos tiveram pedidos de extradição negados pela Suíça (envolvendo o diretor Roman Polanski), pela Colômbia (Freddy Rendon Herrera), por Israel (Abraham Mondrowitz) e pelo Canadá (Abdullah Khadr). A Rússia já viu negado pedido formulado aos Emirados Árabes, ao passo em que a República Dominicana negou pedido oriundo da Venezuela (ex-Presidente Carlos Andres Perez Dies). Ainda como exemplo, é de se citar a recusa da Rússia diante de pedido formulado pelo Reino Unido (Andrei Lugovoi, acusado de matar por envenenamento ex-agente da KGB residente no Reino Unido), bem como a negativa norte-americana diante de pedido oriundo da Irlanda".¹⁴

Constato, assim, que o não acolhimento de pedido de extradição, exatamente por constituir manifestação da soberania estatal, configura prática rotineira e amplamente admitida no concerto internacional das nações.

Em face do todo exposto, defiro o pedido para relaxar a prisão do extraditando Cesare Battisti.

14

TIBURCIO, Cármen. Itália não pode acionar o Brasil na Corte de Haia.

08/06/2011

PLENÁRIO

PETIÇÃO AVULSA NA EXTRADIÇÃO 1.085 REPÚBLICA ITALIANA**ADITAMENTO AO VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Senhor Presidente, em relação a essa questão, a argumentação desenvolvida pelo Ministro Marco Aurélio demonstra que é impossível fazer o exame dessa controvérsia sem adentrar premissas do processo extradicional, inclusive, o que está a se revelar aqui é a pré-compreensão do próprio processo extradicional, quer dizer, a discussão sobre o papel do Presidente da República na extradição. Obviamente, este é um processo, como já se sabe - e não é preciso ter lições sobre isto -, especial. O Presidente, obviamente, não é parte neste processo. Nós sabemos bem o encaminhamento que a Lei de Extradicação faz, porque se trata de um procedimento, que está, todo ele, judicializado desde 1911 na tradição brasileira. Tanto é que é o encaminhamento que se faz via Itamaraty, encaminha-se ao Ministério da Justiça, que deflagra, então, a jurisdição da Corte, entendendo que isto é um processo entre governos, mas processo judicializado. Daí, então, não se usar as premissas de uma ação de caráter mandamental. Mas eu vou fazer uma análise para chegar ao exame dessa controvérsia, tendo em vista...

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, peço a palavra, pela ordem. Vossa Excelência me perdoe interrompê-lo. Quero saber que tipo de recurso estamos julgando neste momento.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Eu ia perguntar isso também. Que petição avulsa é essa?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Que petição é essa numa extradição que já transitou em julgado e foi remetida

à Presidência da República para ser executada. Isso é um *habeas corpus*? Qual a natureza jurídica do recurso que estamos julgando?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Pois não.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A ordem de prisão provisória partiu do Tribunal. Daí ter sido dirigido ao Supremo o requerimento para afastar essa mesma custódia. O que nos cabe agora, a esta altura – e poderia até fazê-lo o próprio relator, e quase fiz, se não fosse erronia na vinda do processo ao meu Gabinete –, é perquirir se há título a justificar a continuidade da prisão de Battisti.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - A prisão.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - É essa a questão que vamos analisar.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu gostaria de delimitar a questão a ser discutida.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Vossa Excelência me permite? Temos um pedido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ou seja, já entendemos que não se pode afastar do cenário jurídico o ato do Presidente da República, que é ato de soberania, na condução da política internacional.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Nós não entendemos isso.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Entendemos quando não admitimos a reclamação. Aqueles que votaram nesse sentido assentaram a impossibilidade de se questionar o merecimento do ato do Presidente da República. Agora nos cabe apenas perquirir – o relator poderia atuar – se há título hábil à manutenção da custódia.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Porque o ato atacado...

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Ministro Ricardo Lewandowski, se Vossa Excelência me permite, por gentileza, vamos situar o estado do problema. Temos uma questão objetiva por decidir: há um pedido, dirigido ao Tribunal, de relaxamento da prisão decretada pelo Plenário. De duas uma: ou reconhecemos competência do Relator para decidi-lo, e ele, retirando o processo de pauta, decidirá monocraticamente como entender, se relaxa ou não, a prisão do extraditando; ou, então, é o Plenário que deverá decidir a respeito. Ou deixamos à competência do Relator, para decidir como estime, ou, então, decidimos agora.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não, a competência, de início, é do relator.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - A mim me parece, e este foi o teor do meu despacho, que esta questão deve ser decidida pelo Plenário. E, sendo decidida pelo Plenário, o primeiro a falar é o Relator. Ele está falando em resposta a esse pedido. É tão simples.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É um recurso, não é Presidente? Não é uma petição.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Eu ouvi

com tanta paciência, Presidente, a longa consideração, muito mais longa do que a do próprio Relator, e agora vem esse tipo de consideração. Parece-me que tem que haver...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência achou longa a minha consideração?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Não, não. Veja: muito mais longa que a do Relator em relação à admissibilidade. E agora o Ministro Ricardo Lewandowski propõe a cassação da minha palavra.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Não. Absolutamente. Eu só quero saber o que estou julgando.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Só para que Sua Excelência se situe.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Para mim, é a primeira vez, em cinco anos, que julgo uma petição numa extradição já transitada em julgado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Eu pensei que Vossa Excelência tivesse participado do julgamento da extradição.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Agora, estou devidamente esclarecido pelo Senhor Presidente.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - É uma petição inominada.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Bom, eu tenho ouvido com toda a paciência, Presidente, falas às vezes não muito

inteligentes. Agora, peço que eu tenha a palavra.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - A palavra está assegurada. Vossa Excelência continua.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Vossa Excelência há de admitir que não tem a primazia da inteligência!

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Também não tenho, mas tenho tido a paciência de ouvir e quero respeito quando eu estiver a falar.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Elogiei a sua inteligência, mas não para desaguar no que acabo de ouvir: uma crítica a colegas.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Não, eu elogiei também a inteligência de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Ministro Relator, Vossa Excelência está com a palavra.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Já disse a Vossa Excelência que Vossa Excelência não é censor de Colegas.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não estou censurando Vossa Excelência. Apenas estou revelando um sentimento e o fazendo com urbanidade.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Vossa Excelência, de vez em quando, se posiciona como censor de Colegas. Vossa Excelência não é censor de Colegas.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Vamos ouvir o eminente Relator.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Vamos ouvir o eminente Relator.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - O Relator já teria encerrado o seu voto se não tivéssemos tantas discussões preliminares.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - É interessante, Presidente, porque agora há um direito de coarctar a palavra do Relator. Inventou-se uma outra coisa.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Vossa Excelência está com a palavra.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - O pedido pela ordem é regimental.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Presidente, prossigo.

Então, a discussão sobre a extradição, a questão que foi colocada agora no voto do Ministro Marco Aurélio, é um debate que está posto há muito tempo e que não tem consenso. Daí a importância deste Tribunal se pronunciar, e ainda assim não será um pronunciamento definitivo, porque estamos, por razões de impedimento, com o quórum incompleto. Estamos inclusive com a ausência do Ministro Toffoli e do Ministro Celso de Mello.

08/06/2011

PLENÁRIO

PETIÇÃO AVULSA NA EXTRADIÇÃO 1.085 REPÚBLICA ITALIANA

DEBATE

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Ministro Gilmar, Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Por favor.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Não é passível, por quê? Vossa Excelência sustenta que o ato é passível porque a questão está judicializada. Nós, a maioria aqui, ao recusarmos conhecimento à reclamação, defendemos que ele não é passível, porque a questão esteve judicializada. Ela esteve. O Supremo Tribunal Federal resolveu a questão por maioria, numa decisão acessória indicou ao Presidente da República qual era a linha que ele deveria ou poderia tomar. Ele tomou a sua posição, questão encerrada. Não há nada para um Estado estrangeiro se imiscuir. É isso, só isso. Chega! É momento de encerrar essa questão. Chega! E mais: está em jogo em toda essa discussão uma questão importante, ninguém falou nela até agora, há uma pessoa presa há mais de quatro anos.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Em regime fechado.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Em regime fechado. Nesse nosso País, uma pessoa que fica quatro anos em regime fechado, quem é? Quem cometeu o crime e foi condenado a mais de vinte anos. Então, toda essa nossa discussão não faz o menor sentido se não levarmos em conta a situação dessa pessoa. É isso que nós temos que discutir. E a discussão sobre a extradição já perdeu o sentido. O Tribunal não conheceu a reclamação, vamos deliberar agora o que fazer com essa pessoa que está presa. É só isso.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - O que sobra é a questão da soltura.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Sobre a soltura, é isso o que interessa.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Exatamente essa é a questão que estamos examinando aqui; é essa a questão. Agora, para isso, nós temos que conhecer qual foi a decisão tomada por este Tribunal, e, obviamente, depois do trânsito em julgado, não se encerra o afazer da Corte, nem neste, nem em outro processo!

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Mas o Tribunal, por maioria, decidiu que não, Ministro!

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Não! Estamos discutindo exatamente essa questão.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - O Tribunal decidiu por maioria que não!

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Desculpe, não! Disse apenas em relação à reclamação. E é essa questão que estamos agora a examinar nesta questão de ordem.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Mas vossa Excelência está proferindo um voto.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Ministro Joaquim, eu ouço todos os seus votos, embora não me agradem muitos deles.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Não estou dizendo que o voto de Vossa Excelência não me agrada, não estou dizendo isso. Estou dizendo que as considerações tecidas por Vossa Excelência no voto...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Não! Eu nunca fiz censura nos votos de Vossa Excelência!

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Não estou fazendo!

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Mas Vossa Excelência vai escutá-los todos, ou Vossa Excelência pode se retirar, não tem nenhum problema, como Vossa Excelência se retira muitas vezes.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Não, não vou me retirar. Eu estou dizendo que nós estamos, na verdade, rediscutindo o que está posto na reclamação.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Não estamos rediscutindo a questão posta na reclamação; estamos discutindo exatamente o incidente de execução, suscitado a partir do voto, da manifestação do Ministro Cezar Peluso.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Pois bem, eu retiro o que eu disse na segunda colocação.

A observação que eu queria fazer era exatamente essa: a questão está decidida.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - A questão está decidida, claro.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Já transitou em julgado.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - A questão está decidida no trânsito em julgado. Agora, o cumprimento ou não da decisão é que estamos examinando, e isso foi dito quando nós proferimos a decisão.

Mas eu prossigo, Presidente, porque creio que já aprendi todas as lições que podia aprender de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Vossa Excelência disse no relatório que este processo estava arquivado!

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Claro! Qualquer coisa com trânsito em julgado, arquivar-se!

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA – Arquivado!

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Não disse, não, é verdade! Ele estava arquivado, e o Presidente mandou desarquivá-lo. Isso acontece com qualquer decisão com trânsito em julgado. E depois, se sobrevem um incidente, essa questão, portanto, volta a ser colocada. Isso, de qualquer forma, é algo mais ou menos trivial, pacífico.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Claro! É trivial, mas, pelo amor de Deus!

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Mas eu prossigo, Presidente.

Para examinar, então, a questão que está posta é o conteúdo da decisão tomada na extradição.

Até as pedras sabem, Presidente, que as decisões que são tomadas e que são transitadas em julgado continuam produzindo efeito. É disso que estamos a falar, a partir de premissas básicas. Portanto, o fato de o processo estar arquivado, ou não, não tem a menor relevância.

Arquivado, o extraditando continuava preso.

Quanto à maior ou menor duração da prisão... Eu já tive oportunidade de me manifestar, aqui, inclusive, sobre a necessidade de limitarmos essa prisão por extradição. O Ministro Sepúlveda Pertence, por exemplo, criticava muito esse fato.

Agora, nós não estamos a falar de alguém, como Vossa Excelência mostrou no seu voto, e a maioria acolheu, Presidente, que fez alguma manifestação pacífica na Piazza di Roma, lá em Veneza; não; estamos a falar de alguém que é acusado de quatro assassinatos. É disso que estamos a falar. Portanto, não estamos a falar de alguém que fez crime de opinião.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Excelência, Battisti não está sendo julgado pelo Supremo pelos quatro assassinatos!

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Não, só para responder à questão dos quatro anos.

Nós não estamos a falar de alguém que foi preso por estar fazendo um passeio, "trottoir". Não, estamos a falar de alguém que é acusado de quatro assassinatos, em situações muito específicas. Sobre isso eu vou falar daqui a pouco.

08/06/2011

PLENÁRIO

PETIÇÃO AVULSA NA EXTRADIÇÃO 1.085 REPÚBLICA ITALIANA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, apenas para ressaltar um aspecto: ouvimos – pelo menos o fiz com grande atenção – o voto do Ministro Gilmar Mendes, que ficará, não há a menor dúvida, nos anais do Tribunal. Acontece que o Tribunal deliberou, por maioria, não apreciar o merecimento do ato de Sua Excelência, o Presidente da República.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - Foi isso que o Tribunal deliberou?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Então, a esta altura, apenas cabe definir se o Colegiado determina ou não a expedição do alvará de soltura do extraditando.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Ministro, só que para isso é preciso dar as razões.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sim, que o Tribunal se pronuncie.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - E os que negarem têm que dizer por que negam.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Como?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Os que eventualmente negarem a expedição do alvará de soltura vão ter que dizer por que negam.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Sim, veremos no que desaguará essa deliberação.

08/06/2011

PLENÁRIO

PETIÇÃO AVULSA NA EXTRADIÇÃO 1.085 REPÚBLICA ITALIANA

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (REDATOR PARA O ACÓRDÃO): A presente reclamação foi proposta pela República Italiana em face de ato do Presidente da República Federativa do Brasil, com fulcro no art. 102, I, da Constituição, para a garantia da autoridade da decisão prolatada por esta Corte na Extradicação nº 1.085. Julga-se, em conjunto, Petição Avulsa nos autos da Extradicação nº 1.085, no qual se requer o relaxamento da prisão preventiva do extraditando CESARE BATTISTI e a sua imediata soltura, em cumprimento à decisão do Presidente da República, visto que a decisão presidencial estaria em conformidade com o Tratado de Extradicação entre Brasil e Itália e com o acórdão proferido por essa Corte.

Na oportunidade do julgamento da Extradicação, após declarar a nulidade do ato administrativo proferido pelo Ministro da Justiça, que concedeu ao extraditando a condição de refugiado político, este Pretório Excelso entendeu que os crimes cometidos pelo cidadão italiano não teriam conotação política, e, portanto, deferiu o pedido de extradicação.

Devo, aqui, me abster por completo de analisar os atos delituosos que supostamente foram praticados por Cesare Battisti. Conquanto paire razoável dúvida sobre a participação do ora extraditando nos homicídios de Antonio Santoro, Andrea Campagna, Lino Sabbadin e Pierluigi Terregiani, entre 6 de junho de 1977 e 19 de abril de 1979, e sobre a lisura do processo criminal que deu origem ao título executivo penal que a República Italiana pretende fazer cumprir, entendo que tais argumentos restaram preclusos quando do julgamento da Extradicação nº 1.085.

Inclusive, não cumpre a esta Corte revolver todos os acórdãos que deram origem à condenação de Battisti na Itália para pretender agravar

sua situação jurídica, na medida em que, além da prefalada preclusão, isto importaria verdadeira utilização de prova emprestada sem a observância do Contraditório – prova ilícita, portanto.

O caso sob análise não se refere ao passado ou futuro de um homem, mas à Soberania Nacional frente à irresignação da República Italiana.

A questão que se coloca, no momento, diz respeito à vinculação do Presidente da República à decisão do Supremo Tribunal Federal. Noutras palavras, uma vez deferida a Extradução pelo Judiciário, estaria o Chefe do Executivo obrigado a entregar o extraditando?

Essa indagação já foi enfrentada pela Corte, em Questão de Ordem resolvida no aludido processo extradicional, onde se entendeu que *“a decisão de deferimento da extradicação não vincula o Presidente da República, nos termos dos votos proferidos pelos Senhores Ministros Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Marco Aurélio e Eros Grau”* (Tribunal Pleno, 16/12/2009).

Do voto proferido pelo Ministro Eros Grau na aludida Questão de Ordem, colhe-se que Sua Excelência entendeu que *“não se trata (...) de ato discricionário, porém, de ato regrado, ato vinculado ao que dispõe o tratado”*. Tal afirmação deve ser considerada à luz do voto pronunciado pelo mesmo Ministro na questão principal da Extradicação nº 1.085, onde se lê: *“O conceito de ato vinculado que o relator tomou como premissa (...) é, no entanto, excessivamente rigoroso. (...) o conceito que se adotou de ato vinculado, excessivamente rigoroso, exclui qualquer possibilidade de interpretação/aplicação, pelo Poder Executivo, da noção de fundado temor de perseguição”* (p. 522).

De modo mais enfático, o Min. Joaquim Barbosa afirmou: *“o Chefe de Estado pode, não obstante a decisão favorável deste Tribunal, simplesmente decidir não extraditar o estrangeiro procurado por outro país”* (p. 225). Unissonamente, registrou o Min. Marco Aurélio:

“A decisão do Supremo é constitutiva negativa no tocante à entrega, quando assentada a ilegitimidade do pedido de extradição. Se declarada a legitimidade do pleito, abre-se salutar oportunidade ao Presidente da República não de modificar o pronunciamento judicial, mas de, à frente da política brasileira no campo internacional, entregar, ou não, o estrangeiro” (p. 372-373)

“Mas ressalto que é cedo, muito cedo, para a abordagem da matéria em termos de definição.

Ao menos em relação ao Presidente da República, já que não o fez o Tribunal quanto ao ato do Ministro de Estado da Justiça – de refúgio –, aguardemos, em primeiro lugar, a assunção de postura por Sua Excelência, a prática do ato, a um só tempo, de Governo e de Estado.” (p. 375)

Do cotejo dos votos em comento, resulta que a Questão de Ordem foi julgada no sentido de que o Presidente da República não está jungido à decisão do Supremo Tribunal Federal, e, de acordo com o Min. Eros Grau, conquanto seu ato seja vinculado aos termos do Tratado, lhe resta razoável margem interpretativa para definir se há, atualmente, fundado temor de perseguição contra o extraditando.

O Tratado a ser interpretado *in casu*, existente entre a República Italiana e a República Federativa do Brasil, foi internalizado pelo decreto n. 863 de 1993, e celebra, em seu art. I, o compromisso de extradição, de acordo com os casos delimitados nos arts. II, III e IV. Nestes dispositivos são fixadas as situações autorizadoras de extradição, bem como se destacam proibições. Consta, ainda, no texto do tratado a previsão de entrega do extraditando no prazo de 20 dias, a contar da decisão (art. XIV).

Artigo I. Cada uma das partes obriga-se a entregar à outra, mediante solicitação, segundo as normas e condições estabelecidas no presente tratado, as pessoas que se encontrem em seu território e que sejam procuradas pelas autoridades judiciais da parte requerente, para

serem submetidas a processo penal ou para a execução de uma pena restritiva de liberdade pessoal.

Artigo II. Casos que autorizam a Extradicação. 1. Será concedida a extradicação por fatos que, segundo a lei de ambas as partes, constituírem crimes puníveis com uma pena privativa de liberdade pessoal cuja duração máxima prevista for superior a um ano, ou mais grave. 2. Ademais, se a extradicação for solicitada para execução de uma pena, será necessário que o período da pena ainda por cumprir seja superior a nove meses. 3. Quando o pedido de extradicação referir-se a mais de um crime e algum ou alguns deles não atenderem às condições previstas no primeiro parágrafo, a extradicação, se concedida por um crime que preencha tais condições, poderá ser estendida também para os demais. Ademais, quando a extradicação for solicitada para a execução de penas privativas de liberdade pessoal e aplicada por crimes diversos, será concedida se o total de penas ainda por cumprir for superior a 9 meses. 4. Em matéria de taxas, impostos, alfândega e câmbio, a extradicação não poderá ser negada pelo fato da lei da parte requerida não prever o mesmo tipo de tributo ou obrigação, ou não contemplar a mesma disciplina em matéria fiscal, alfandegária ou cambial que a lei da parte requerente.

*Artigo III. **Casos de Recusa da Extradicação. 1. A Extradicação não será concedida:**a) se, pelo mesmo fato, a pessoa reclamada estiver sendo submetida a processo penal, ou já tiver sido julgada pelas autoridades judiciárias da parte requerida; b) se, na ocasião do recebimento do pedido, segundo a lei de uma das partes, houver ocorrido prescrição do crime ou da pena; c) se o fato pelo qual é pedida tiver sido objeto de anistia na parte requerida, e estiver sob a jurisdição penal desta; d) se a pessoa reclamada tiver sido ou vier a ser submetida a julgamento por um tribunal de exceção na parte requerente; e) se o fato pelo qual é pedida for considerado, pela parte requerida, crime político; **f) se a parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, condição social ou pessoal; ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados;** g) se o fato*

pelo qual é pedida constituir, segundo a lei da parte requerida, crime exclusivamente militar. Para fins deste tratado, consideram-se exclusivamente militares os crimes previstos e puníveis pela lei, que não constituam crimes de direito comum.

Artigo IV. Pena de Morte. A Extradição tampouco será concedida quando a infração determinante do pedido de extradição for punível com pena de morte. A parte requerida poderá condicionar a extradição a garantia prévia, dada pela parte requerente, e tida como suficiente pela parte requerida, de que tal pena não será imposta, e, caso já o tenha sido, não será executada.

*Artigo XIV. Decisão e Entrega. 1. A parte requerida informará sem demora à parte requerente sua decisão quanto ao pedido de extradição. **A recusa, mesmo parcial, deverá ser motivada.** 2. Se a extradição for concedida, a parte requerida informará à parte requerente, especificando o lugar da entrega e a data a partir da qual esta poderá ter lugar, dando também informações precisas sobre as limitações da liberdade pessoal que a pessoa reclamada tiver sofrido em decorrência da extradição. 3. O prazo para a entrega será de 20 dias a partir da data mencionada no parágrafo anterior. Mediante solicitação fundamentada da parte requerente, poderá ser prorrogado por mais 20 dias. 4. A decisão de concessão da extradição perderá a eficácia se, no prazo determinado, a parte requerente não preceder à retirada do extraditando. Neste caso, este será posto em liberdade, e a parte requerida poderá recusar-se a extraditá-lo pelo mesmo motivo.*

(Grifo nosso)

Consigno, no ponto, trecho do Voto do Ministro Eros Grau que demonstra sua inequívoca posição sobre o tema:

Tem-se bem claro, aí, que o Supremo Tribunal Federal autoriza, ou não, a extradição. Há de fazê-lo, para autorizar ou não autorizar a extradição, observadas as regras do tratado e as leis. Mas quem defere ou recusa a extradição é o Presidente da República, a quem incumbe manter relações com Estados estrangeiros (art. 84, VII, da Constituição), apresentando a soberania nacional [veja-se os incisos XVIII, XIX e XX desse mesmo artigo 84].

(...) Daí que o Presidente da República está ou não obrigado a deferir extradição autorizada pelo tribunal nos termos do Tratado.

(...) Pode recusá-la em algumas hipóteses que, seguramente, fora de qualquer dúvida, não são examinadas, nem examináveis, pelo tribunal, as descritas na alínea f do seu Artigo 3.1. Tanto é assim que o Artigo 14 1 dispõe que a recusa da extradição pela Parte requerida – e a ‘Parte requerida’, repito, é apresentada pelo Presidente da República – ‘mesmo parcial, deverá ser motivada’.

Pois esse Artigo 3.1, alínea I do tratado estabelece que a extradição não será concedida se a Parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que sua situação [isto é, da pessoa reclamada] ‘possa ser agravada’ – vale dizer, afetada – mercê de condição pessoal. A Parte requerida [isto é, o Presidente da República] poderá, nessa hipótese, não conceder a extradição.

(...) Aqui se trata de requisitos de caráter puramente subjetivos da Parte requerida, de conteúdo indeterminado, que não se pode contestar. Exatamente o que a doutrina chama de ‘conceito indeterminado’.

Nesses limites, nos termos do Tratado, o Presidente da República deferirá, ou não, a extradição autorizada pelo tribunal, sem que com isso esteja a desafiar sua decisão.

Esse ponto é muito importante estabelecer porque o tratado é que abre a possibilidade de a extradição ser recusada, sem que isso – eu digo e insisto – represente, da parte do Presidente da República, qualquer desafio à decisão do Tribunal.

Voto nesse sentido. O que obriga o Presidente da República é o Tratado de Extradicação celebrado entre o Brasil e a Itália, aprovado pelo decreto 863/93. Retorno ao voto de Victor Nunes Leal: ‘Mesmo que o Tribunal consinta na extradição --- por ser regular o pedido ---, a obrigação, do Executivo, de efetivá-la, ‘só existe nos limites do direito convencional’.

E, nesse caso, a mim parece que o Presidente da República pode perfeitamente, sem desafiar a decisão do Supremo Tribunal, decidir no sentido do que dispõe o art. 3º do Tratado, recusando a extradição. Depende única e exclusivamente do Presidente da República.

Verifica-se, desde logo, a existência de questão preliminar, cuja análise prévia se impõe. O art. 560 do CPC, aplicável subsidiariamente ao rito da Reclamação, dispõe que *“Qualquer questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquela”*.

No caso em exame, o acolhimento da preliminar impede o conhecimento das questões de mérito. Antes de deliberar sobre a existência de poderes discricionários do Presidente da República em matéria de extradição, ou mesmo se essa autoridade se manteve nos lindes da decisão proferida pelo Colegiado anteriormente – o que seria o mérito da Reclamação –, é necessário definir se o ato do Chefe de Estado é insindicável pelo Judiciário, em abstrato.

Caso, numa análise genérica, se entenda que o ato do Presidente da República não pode ser reexaminado por esta Corte, claro está que ele não descumpriu qualquer determinação judicial, não sendo cabível, portanto, a Reclamação.

O art. 1º da Constituição dispõe que um dos Fundamentos do Estado Brasileiro é a sua soberania – que significa o poder político supremo dentro do território. A soberania se projeta, no plano internacional, para as relações da República Federativa do Brasil com outros Estados Soberanos. O art. 4º da Carta Magna completa o ideário da nação através de outro princípio fundamental, qual o de que nas suas relações internacionais o princípio prevalente é o da independência nacional e quem tem o dever de fazê-la valer é o Presidente da República, nos termos de sua competência Constitucional, prevista no art. 84, o qual prevê, dentre outras atribuições, a de manter relações entre os Estados estrangeiros, celebrar e denunciar tratados, etc.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

VII - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

Um Estado que não tem soberania não é um Estado; nele não se identifica uma nação, nem um território, senão um “campo de refugiados”. Todo Estado almeja o reconhecimento expressivo de sua soberania, assim como as pessoas incapazes lutam pelo reconhecimento de sua capacidade.

A soberania brasileira, hoje, alcança patamares, os quais inserem a República Federativa do Brasil na constelação das nações mais desenvolvidas. Hodiernamente se cogita da sua inserção no Conselho de Segurança das Nações Unidas; o Brasil é instado a atos solidários transnacionais, como no caso do Haiti; atua como mediador em conflitos mundiais e é uma grande esperança do mundo. Nos dias atuais, – e, aqui, me valho do lema utilizado pela nação economicamente mais desenvolvida no mundo, “*yes we can*” – nós, do Brasil, é que podemos.

A soberania, dicotomizada em interna e externa, tem na primeira a exteriorização da vontade popular (art. 14 da CRFB) através dos representantes do povo no parlamento e no governo; na segunda, a sua expressão no plano internacional, por meio do Presidente da República.

No campo da soberania, relativamente à extradição, é assente que o ato de entrega do extraditando é exclusivo, da competência indeclinável do Presidente da República. Isso está consagrado na Constituição, nas Leis, nos Tratados e na própria decisão do Egrégio Supremo Tribunal

Federal.

Entretanto, duas questões se põem; a saber: ou o Presidente cumpre o Tratado, no uso de sua competência exclusiva, e *tollitur quaestio*; ou o Presidente não cumpre o Tratado, e com isso cria uma lide entre o Estado brasileiro e o Estado italiano. Nesta última hipótese, a competência, com absoluta segurança, não é do Supremo Tribunal Federal, que não exerce soberania internacional, máxime para impor a vontade da República Italiana ao Chefe de Estado brasileiro – tal competência é da Corte Internacional de Haia, nos termos do art. 92 da Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco em 26 de junho de 1945.

Por isso, o papel do Supremo Tribunal Federal, como órgão juridicamente existente apenas no âmbito do direito interno, é o de examinar apenas a legalidade da extradição, é dizer, seus aspectos formais, nos termos do art. 83 da Lei 6.815/80 (“*Nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão*”). A previsão é clara ao determinar a esta Corte tão somente o poder e o dever de analisar o pedido de extradição de acordo com os quesitos apontados nos arts. 77 e 78 do mesmo diploma legal, além dos demais elementos previstos em tratado.

Enfaticamente, assevera o art. 84, VII, da Carta Magna que cabe ao Presidente da República “*manter relações com Estados estrangeiros*”. Portanto, uma análise meritória do pedido extradicional pelo Judiciário geraria um conflito institucional, ao arrepio do aludido comando expresso da Constituição, bem como do princípio da separação dos Poderes (art. 2º CRFB). Neste diapasão, em sede doutrinária, preleciona o Min. Gilmar Mendes, *verbis*: “*o procedimento adotado pela legislação brasileira quanto ao processo de extradição é o da chamada contenciosidade limitada (sistema belga), que não contempla a discussão sobre o mérito da acusação*” (MENDES, Gilmar *et alii*. Curso de Direito Constitucional. 3ª ed. São

Paulo: Saraiva, 2008. p. 727).

O sistema da contenciosidade limitada existe no Brasil desde a edição da Lei n. 2.416 de 1911, a primeira que estabeleceu um processo extradicional com efetiva participação do Poder Judiciário, pois determinava que *“nenhum pedido de extradição será atendido sem prévio pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, de cuja decisão não caberá recurso”* (Art. 10, da Lei n. 2.416 de 1911). A partir deste marco, a extradição passou a contar com um processo misto e complexo, de atuação dos Poderes Executivo e Judiciário. Os regulamentos posteriores – Decreto-Lei n. 394 de 1938, Decreto-Lei n. 941 de 1969 e a atual Lei n. 6.815 de 1980 – mantiveram a participação do Poder Judiciário, especificamente do Supremo Tribunal Federal, mas para um *“controle de legalidade”* da entrega do extraditando. O objetivo, assim, desde o princípio, era o de resguardar as garantias dos indivíduos extraditados, ou seja, um modo de proteção dos direitos humanos.

No sistema vigente, denominado *“sistema belga”*, a decisão do Supremo Tribunal Federal só vincula o Presidente da República quando reconhecida alguma irregularidade no processo extradicional, de modo a impedir a remessa do extraditando ao arrepio do ordenamento jurídico. Nunca, contudo, para determinar semelhante remessa. A explicação para a dicotomia é simples: o Judiciário deve ser o último guardião dos direitos fundamentais de um indivíduo, seja ele nacional ou estrangeiro, mas não dos interesses políticos de Estados alienígenas, os quais devem entabular entendimentos com o Chefe de Estado, em vez de tentar impor sua vontade através dos Tribunais internos.

O Supremo cumpre a sua parte – afere os requisitos legais e constitucionais, definindo se é possível ou não extraditar o súdito alienígena, e, em caso afirmativo, precisamente por não dispor de soberania nacional, entrega o extraditando aos critérios internacionais do Presidente da República. Diversos fatores, de natureza estritamente

política, podem interferir na decisão soberana do Chefe de Estado. Pode ocorrer que as relações entre as Partes não estejam harmônicas, em virtude de o outro Estado recusar as extradições solicitadas pela República Federativa do Brasil; podem concorrer, enfim, questões outras, as quais não podem ser sindicadas pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao julgar a extradição no sentido de que é possível a entrega do cidadão estrangeiro, por inexistirem óbices, o Pretório Excelso *functus officio est* – cumpre e acaba a sua função jurisdicional. Quando muito, o que se pode admitir é que, caso a Corte assente a inextraditabilidade, por estar presente violação à Constituição – *v. g.*, é brasileiro, o crime é político, será aplicada pena desumana –, e o Presidente da República, contrariamente à decisão do Supremo, decida extraditar o indivíduo, seria, em tese, cabível a Reclamação.

A Lei, a jurisprudência e a doutrina não discrepam desse entendimento, que conduz ao acolhimento da preliminar de descabimento da Reclamação.

Assim entendeu esta Corte, por unanimidade, na Extradição nº 1.114, assentando que:

“O Supremo Tribunal limita-se a analisar a legalidade e a procedência do pedido de extradição (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 207; Constituição da República, art. 102, Inc. I, alínea g; e Lei n. 6.815/80, art. 83): indeferido o pedido, deixa-se de constituir o título jurídico sem o qual o Presidente da República não pode efetivar a extradição; se deferida, a entrega do súdito ao Estado requerente fica a critério discricionário do Presidente da República.”

(Ext 1114, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 12/06/2008, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008 EMENT VOL-02329-01 PP-00011 RTJ VOL-00206-01 PP-00016 RT v. 97, n. 877, 2008, p. 487-492 LEXSTF v. 30, n. 360, 2008, p. 265-276)

Nada diverso ocorreu na Extradicação nº 1.085, cujo acórdão, sucintamente, assenta, *verbis*: “acordam os Ministros, por maioria, deferir o pedido de extradicação” e “por maioria, reconhecer que a decisão de deferimento da extradicação não vincula o Presidente da República”. Observe-se que, à luz da principiologia constitucional, não exigiu a Corte a imediata entrega do cidadão italiano, até porque, se o fizesse, sua decisão careceria de executoriedade.

Como a análise meritória, conforme já referido, é vedada em sede de processo de extradicação, forçoso concluir que a conclusão a que chegou o Pretório Excelso, pela inexistência de caráter político nos crimes cometidos, deve ser compreendida como mero conselho ou admoestação. Esta a conclusão necessária em vista da já aludida falta de executoriedade do *decisum*, pois a Constituição, no seu artigo 84, VII, confere apenas ao Presidente da República a prerrogativa de entregar o estrangeiro ao Estado solicitante.

Malgrado tenha este Supremo Tribunal anulado a decisão do Ministro da Justiça que concedeu refúgio político ao extraditando, não pode, agora, substituir-se ao Chefe de Estado e determinar a remessa de Cesare Battisti às autoridades italianas. Uma decisão com comando semelhante, exigindo que o Presidente da República proceda à extradicação, seria tão aberrante e tão contrária aos cânones constitucionais quanto um imaginário acórdão que determinasse a secessão de um Estado-membro. Além disso, trata-se de novo ato, de autoridade distinta, não sujeito à anulação da concessão de refúgio pelo Ministro da Justiça, nulidade essa reconhecida – incidentalmente, é de se ressaltar – no bojo da Extradicação nº 1.085.

Em face do princípio da separação dos Poderes (art. 2º CRFB), não compete ao Supremo Tribunal Federal rever o mérito de decisão do Presidente da República, enquanto no exercício da soberania do país,

tendo em vista que o texto constitucional atribui a este, e não ao Egrégio Tribunal, a função de representação externa do país. Assim, ao se considerar os princípios da separação dos poderes e da soberania, bem como as previsões constitucionais de competência privativa do Presidente da República (especialmente o tantas vezes citado art. 84, inciso VII), o ato presidencial objeto da presente Reclamação é constitucional e legal.

Deveras, a decisão presidencial que negou a extradição é autêntico ato de soberania, esta definida por Marie-Joëlle Redor como o *“poder que possui o Estado para impor sua vontade aos indivíduos que vivem sobre seu território”* (Tradução livre do texto: *“le pouvoir qu’a l’Etat d’imposer sa volonté aux individus vivant sur son territoire”*. De L’Etat Legal a L’Etat de Droit. L’Evolution des Conceptions de la Doctrine Publiciste Française. 1879-1914. Presses Universitaires d’Aix-Marseille, p. 61). O conceito clássico de soberania, consignado no tratado de Paz de Vestfália de 1648, atrela a soberania ao Estado territorial, em caráter supremo visando a garantir a paz e a liberdade de seus súditos. Os documentos internacionais, como a Carta da ONU e a Carta da OEA, prevêm o respeito à soberania (art. 1º, da Carta da ONU e art. 3º, alínea b, da Carta da OEA).

Ora, o ato de extraditar consiste em *“ato de vontade soberana de um Estado que entrega à justiça repressiva de outro Estado um indivíduo, por este perseguido e reclamado, como acusado ou já condenado por determinado fato sujeito à aplicação da lei penal”* (RODRIGUES, Manuel Coelho. A Extradicação no Direito Brasileiro e na Legislação Comparada. Tomo I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1930. p. 3). Trata-se de relação de direito internacional, promovida por intermédio dos Chefes de Estado, com base em tratados internacionais ou, na ausência destes, através de promessas de reciprocidade. O descumprimento dessa obrigação de direito internacional gera consequências também internacionais, mas nunca no plano interno. Desse modo, não pode o Judiciário compelir o Chefe de Estado a adotar tal ou qual posição, na medida em que não lhe cabe

interpretar uma norma de direito internacional, sem repercussões no ordenamento interno.

“[O] atendimento do pedido [extradicional], que significa a concessão da extradição, não é ato do Poder Judiciário e, sim, do Poder Executivo. O Supremo Tribunal Federal, a rigor, não concede a extradição: autoriza o Poder Executivo a que o faça” – é a lição de Gilda Russomano (A extradição no direito internacional e no direito brasileiro. 3ª Ed. São Paulo: RT, 1981. p 138-139). Este já era o entendimento defendido por Anor Butler Maciel, na vigência da Constituição de 1946, ao tratar da natureza jurídica da decisão judiciária no processo extradicional:

Quem concede a extradição não é o Poder Judiciário, mas sim o Poder Executivo, nos termos do art. 7º, uma vez que o termo Governo se refere, obviamente, ao Poder Executivo e é o Chefe dêsse Poder quem mantém relações com os Estados estrangeiros, nos termos da Constituição Federal, art. 87, nº VI.

(MACIEL, Anor Butler. Extradição Internacional. Brasília: Imprensa Nacional; 1957. p. 144)

Melhor definindo, a extradição não é ato de nenhum Poder do Estado, mas da República Federativa do Brasil, pessoa jurídica de direito público externo, representada na pessoa de seu Chefe de Estado, o Presidente da República.

Conforme já assentado, a Constituição de 1988 estabelece que a soberania deve ser exercida, em âmbito interno, pelos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) e, no plano internacional, pelo Chefe de Estado.

A impossibilidade de vincular o Presidente da República à decisão do Supremo Tribunal Federal se evidencia quando recordamos que inexistente um conceito rígido e absoluto de crime político. Na percuciente observação de Celso de Albuquerque Mello, “[é] mais fácil dizer o que não é

crime político do que definir este. (...) a discussão do que venha a ser crime político é tão ampla que se pode dizer que só será crime político o que o STF desejar (...). A conceituação de um crime como político é, por sua vez, um ato político em si mesmo, com toda a relatividade da política.” (Extradição. Algumas observações. In: O Direito Internacional Contemporâneo. Org: Carmen Tiburcio; Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 222-223).

Neste ponto, à luz da lição narrada, cumpre definir a quem compete exercer o juízo de valor sobre a existência, ou não, de perseguição política em face do referido extraditando. Por se tratar de relação eminentemente internacional, o diálogo entre os Estados requerente e requerido deve ser feito através das autoridades que representam tais pessoas jurídicas de direito público externo. No Brasil, como é sabido, o Chefe de Estado é o Presidente da República. Ao decidir sobre a extradição de um estrangeiro, o Presidente não age como Chefe do Poder Executivo Federal (art. 76 da CRFB), mas sim como representante da República Federativa do Brasil.

Compete ao Presidente da República, dentro da liberdade interpretativa que decorre de suas atribuições de Chefe de Estado, para caracterizar a natureza dos delitos, apreciar o contexto político atual e as possíveis perseguições contra o extraditando relativas ao presente, o que é permitido pelo texto do Tratado firmado (art. III, 1, f). O Supremo Tribunal Federal, além de não dispor de competência constitucional para proceder a semelhante exame, carece de capacidade institucional para tanto. Aplicável, aqui, a noção de “*institutional capacities*”, cunhada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule (Interpretation and Institutions. U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper, Nº 156, 2002; U Chicago Public Law Research Paper nº 28. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=320245>>, acesso em 27/05/2011) – o Judiciário não foi projetado constitucionalmente para tomar decisões políticas na esfera internacional, cabendo tal papel ao Presidente da República, eleito democraticamente e com legitimidade para defender os interesses do

Estado no exterior.

Não por acaso, diretamente subordinado ao Presidente da República está o Ministério das Relações Exteriores, com profissionais capacitados para informá-lo a respeito de todos os elementos de política internacional necessários à tomada desta sorte de decisão. Com efeito, é o Presidente da República que se encontra com Chefes de Estados estrangeiros, que tem experiência em planejar suas decisões com base na geografia política e que, portanto, tem maior capacidade para prever as consequências políticas das decisões do Brasil no plano internacional.

Expressamente consignou-se, quando da análise da questão principal da Extradução nº 1.085, o precedente da Extradução nº 272, o “caso Franz Paul Stangl”, onde se entendeu que *“a efetivação, pelo governo, da entrega do extraditando, autorizada pelo Supremo Tribunal Federal, depende do Direito Internacional Convencional”* (Relator(a): Min. VICTOR NUNES, Tribunal Pleno, julgado em 07/06/1967, DJ 20-12-1967 PP-04385 EMENT VOL-00714-01 PP-00020 RTJ VOL-00043-01 PP-00168).

Não impressiona, nem constitui óbice, o fato de se ter afirmado durante os debates no julgamento da Extradução nº 1.085 que, embora a prerrogativa caiba ao Presidente da República, o ato é vinculado aos termos do tratado. O pós-positivismo jurídico, conforme argutamente aponta Gustavo Binenbojm, *“não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade”* (Uma Teoria do Direito Administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 208). Esses diferentes graus de vinculação ao ordenamento se pautam por uma escala decrescente de densidade normativa vinculativa, a saber: (i) atos vinculados por regras; (ii) atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados; e (iii) atos vinculados diretamente por princípios.

O ato de extradição ora analisado situa-se na segunda escala de vinculação: a vinculação a conceitos jurídicos indeterminados – ou, na expressão do Ministro Eros Grau, “noções”. Isso porque o artigo III, 1, *f*, do Tratado suprarreferido estabelece hipóteses nas quais é possível que um Estado-parte rejeite a entrega pleiteada pelo outro, todas expressas por termos jurídicos indefinidos, os quais servirão de base para que o intérprete, de posse de suas pré-compreensões, faça surgir a norma aplicável ao caso. Eis o teor do dispositivo:

Artigo III

Casos de Recusa da Extradicação

1. A Extradicação não será concedida:

[...]

f) se a parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, condição social ou pessoal; ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados;

Precisamente neste inciso se baseou o Presidente da República para negar a entrega do indivíduo extraditando. A cláusula, mais que mera convenção entre os Estados contratantes, é expressão do respeito suprapositivo aos direitos fundamentais dos refugiados.

Regra de vital importância na matéria consiste no chamado *non-refoulement*, segundo o qual é vedada a entrega do solicitante de refúgio a um Estado quando houver ameaça de lesão aos direitos fundamentais do indivíduo. O *non-refoulement* é uma norma de Direito Internacional, considerada *ius cogens*, e está prevista no art. 33 da Convenção de Genebra de 1951, sobre o Estatuto dos Refugiados, ratificada pela República Federativa do Brasil, *verbis*:

Artigo 33 – Proibição de expulsão ou de rechaço

(1) Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará,

de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas.

A extradição, instrumento de cooperação jurídica internacional entre Estados, sofre limitação por parte do Direito dos refugiados. Hans Kelsen doutrinava que o *status* jurídico concedido aos estrangeiros não pode ser inferior a um *standard* mínimo de civilização (Principles of International Law. 2ª ed. New York: Halt-Rinehart and Winston, 1967. p. 366). Malgrado nenhum Estado seja obrigado a admitir a entrada de estrangeiros em seu território, cabe-lhe zelar pela garantia dos direitos fundamentais de qualquer ser humano. O art. 5º, LII, da Constituição da República, nesta esteira, reza que "*não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião*". O fundamento dessa limitação é humanitário, e por isso entende-se que "*na problemática dos refugiados, o interesse daquele que busca refúgio ou asilo como ser humano deve prevalecer sobre eventuais conflitos de interesse entre Estados*" (M. SYRAN, Claudena. "The International Refugee Regime: The Historical and Contemporary Context of International Responses to Asylum Problems" In: LOESCHER, Gil. *Refugges and the Asylum Dilemma in the West*. Pennsylvania, The Pennsylvania State Univesity Press, 1992, p. 15).

O ato de concessão de refúgio, desta feita, não acarreta abalo nas relações internacionais com o Estado que requer a extradição. Entendendo existir "*razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição*", qualquer dos sujeitos de Direito Internacional que pactuaram o Tratado Extradicional pode negar a entrega do súdito da parte requerente.

Conclui-se do exposto que, ainda que se entenda que o ato do Presidente da República é vinculado aos termos do Tratado de Extradicação, apenas ele, como Chefe de Estado, dispõe de capacidade institucional para avaliar a existência dos requisitos autorizadores da não

entrega, especialmente a expressão “atos de perseguição” – trata-se de ato político-administrativo vinculado a conceitos jurídicos indeterminados. Nas palavras de Adrian Vermeule, “a revisão judicial da constitucionalidade de textos legais e os processos decisórios judiciais destinados à interpretação constitucional devem ser realizados à luz das capacidades institucionais” (Tradução livre do texto: “Judicial review of statutes for constitutionality and judicial decision-procedures for constitutional interpretation must be assessed in light of institutional capacities”. Judging under Uncertainty: an institutional theory of legal interpretation. London: Harvard University Press, 2006. p. 230). Não é da alçada do Judiciário envolver-se na política externa do país.

No mesmo trabalho citado alhures, o saudoso prof. Celso Mello faz um cotejo entre o sistema extradicional brasileiro e o de outros países, para, em seguida, atribuir ao Presidente da República a palavra final sobre a remessa do cidadão estrangeiro:

“Na Inglaterra, o Poder Judiciário aprecia o mérito. O Executivo é um executor do Judiciário.

O STF apreciará a legalidade do pedido (...). Cabe ao Poder Executivo decidir da extradição ou não de um indivíduo. (...)

Ele pode recusar mesmo quando o STF tenha declarado a legalidade e a procedência do pedido. (...)

A doutrina tem afirmado que a extradição no Brasil é um ato misto, isto é, judiciário e administrativo. Entretanto, é o Executivo que tem atuação decisiva. É preciso lembrar que a extradição está vinculada à política externa, que é da competência do Poder Executivo.”

(Op. cit. p. 226-227) (grifei)

Conclui-se, dessa maneira, que a existência de Tratado de extradição entre Brasil e Itália não faz surgir uma obrigação de direito interno, que possa ser imposta judicialmente ao Executivo, mas apenas uma obrigação internacional, com consequências estritamente políticas para as relações

entre os Estados. Precisamente por isso, reza o art. 76 da Lei 6.815/80 que “A extradição poderá – e não ‘deverá’ – ser concedida quando o governo requerente se fundamentar em tratado”. Esse juízo de conveniência da extradição caberá, repita-se, ao Presidente da República.

As premissas aqui utilizadas foram reproduzidas por esta Corte na Extradução nº 855 (Ministro Relator Celso de Mello, DJ de 1º.7.2006), onde se entendeu que a decisão extradicional é conferida ao “*Presidente da República, com apoio em juízo discricionário, de caráter eminentemente político, fundado em razões de oportunidade, de conveniência e/ou de utilidade (...) na condição de Chefe de Estado*”. Noutra oportunidade, analisando pedido de extradição fundado em Tratado entre Brasil e Argentina, o Pretório Excelso decidiu que “*caberá ao presidente da República avaliar a conveniência e a oportunidade da entrega do estrangeiro*” (EXT. n. 985, Min. Rel. Joaquim Barbosa, DJ de 18.8.2006).

No direito comparado, essa discricionariedade de entrega do extraditando – em casos recentes – foi devidamente considerada. São de referência obrigatória, no ponto, os pedidos de extradição negados pelos Chefes de Estado da França e da Inglaterra nos célebres casos Petrella e Pinochet, respectivamente.

No caso Pinochet, a Espanha requereu sua extradição ao Reino Unido, para ser julgado pelos delitos de tortura, conspiração com tortura, manutenção de reféns, conspiração para tomar reféns e conspiração para cometer homicídio, todos eles perpetrados contra inimigos políticos enquanto o extraditando ainda era Chefe de Estado do Chile, nos anos 1970 e 80, durante o chamado *Plan Cóndor*. Além disso, a Argentina requeria a extradição de Pinochet por participação em assassinato. Em 2 de março de 2000, a Inglaterra negou o pedido de extradição de Pinochet, conquanto estivesse ele livre para deixar o Reino Unido, em fundamentos semelhantes aos apresentados no ato presidencial em análise nestes autos: por razões de saúde, de integridade física e mental, de

humanidade, o que impossibilitaria o extraditando de suportar um julgamento (Cf. GONZÁLEZ-OLAECHEA, Javier Valle-Riestra. *La extradición y los delitos políticos*. The Global Law Collection. Navarra (Espanha): Editorial Aranzadi, 2006).

Em 2008, em caso precisamente idêntico ao dos autos, o Presidente francês, Nicolas Sarkozy, negou o pedido de extradição de Marina Petrella à Itália, com fundamento em razões humanitárias, devido ao seu débil estado de saúde e ao risco que se apresentava à sua integridade física e mental. Petrella foi condenada em 1992 à prisão perpétua, por crimes perpetrados no mesmo período (décadas de 70 e 80). A extradição de Petrella, que era revolucionária ao lado do ora extraditando Cesare Battisti, dentre outros, passou, igualmente, pelo crivo jurisdicional. A Corte de Apelação de Versalhes decidiu favoravelmente à extradição de Petrella, sendo que, seguidamente, a Corte de Cassação e o Conselho de Estado francês confirmaram a decisão. Todavia, mesmo após a chancela jurisdicional, o Presidente da França determinou a não extradição de Petrella.

Assim, é de se repetir, a decisão de entrega do extraditando é um ato de soberania a ser exercido, em última palavra, pelo Chefe de Estado. No Brasil, assim como em outros países, a atribuição é atrelada, historicamente, ao Presidente da República, responsável pela política internacional, pelas relações com outros Estados soberanos.

O provimento jurisdicional que pretende a República Italiana é vedado pela Constituição, seja porque seu art. 4º, I e V, estabelece que a República Federativa do Brasil rege-se, nas suas relações internacionais, pelos princípios da independência nacional e da igualdade entre os Estados, seja pelo fato de, no supracitado art. 84, VII, conferir apenas ao Presidente da República a função de manter relações com Estados estrangeiros.

Ex positis, conclui-se pelo não conhecimento da Reclamação, em razão do não cabimento desta medida processual, com a consequente manutenção da decisão da Presidência da República impugnada. Nada obstante, impõe-se o **provimento da Petição Avulsa** nos autos da Extradução 1.085, para deferir o pedido de imediata liberação do extraditando, se por al não estiver preso, em razão da não subsistência de motivos para a manutenção da prisão.

É como voto.

08/06/2011

PLENÁRIO

PETIÇÃO AVULSA NA EXTRADIÇÃO 1.085 REPÚBLICA ITALIANA

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Excelentíssimo Senhor Presidente, egrégia Corte, ilustre representante do Ministério Público, senhores advogados presentes. Senhor Presidente, eu sempre tive o bom vezo de ouvir a voz da experiência, então hoje, neste Plenário, a experiência maior está com o nosso Decano, que é o Ministro Marco Aurélio. E aqui se cogitou exatamente de qualificações e graus de inteligência, e efetivamente o Ministro Gilmar Mendes é uma inteligência privilegiada, porque, não obstante não tenha sido conhecida a reclamação, ele trouxe à baila todo o processo de extradição, inclusive o processo de refúgio. Então eu, que não havia participado de nenhum dos julgamentos, já conheço todo o processo, tudo quanto foi deliberado no momento do refúgio, no momento da extradição e quais foram as balizas estabelecidas para o cumprimento do ato pelo Presidente da República.

Eu trouxe um voto de cinquenta laudas e acho que realmente isso levaria à exaustão os presentes, máxime todos que já deliberaram sobre o não conhecimento da reclamação. Só queria deixar bem destacado que, no caso presente, na minha visão, depois de analisar os autos e tudo quanto aqui se discute - e os eminentes patronos advogados que abrilhantaram a tribuna utilizaram apenas quinze minutos, é que ficamos mais de três horas, eu acho, ouvindo a história de todo o processo, inclusive depoimentos como prova emprestada sem contraditório, prestados lá na Itália, sobre a narrativa dos ilícitos -, eu gostaria de deixar bem destacado aqui, pelo que entendi da votação do não conhecimento da reclamação, que o que está em jogo aqui não é nem o futuro e nem o passado de um homem, o que está em jogo aqui é a soberania nacional.

Muito embora eu evidencie a inteligência do Ministro Gilmar Mendes, eu, graças ao bom Deus, não fui criado com baixa estima e

também me considero preparado à altura para afirmar que não concordo com as premissas que Sua Excelência assentou, muito embora ele não esteja presente, mas evidentemente que eu vou fazer a juntada do voto de cinquenta laudas por escrito.

Eu apenas gostaria de destacar que eu tenho fundamentos, com base nos princípios constitucionais da soberania e da independência nacional, para afirmar que não é sindicável o ato do Presidente da República, e essa corrente doutrinária é coadjuvada por vários autores de expressão no campo do Direito Internacional Público. Eu os transcrevo todos no meu voto e trago inclusive jurisprudência da Casa. Inclusive, fiz também remissão aos termos do voto do Ministro Eros Grau, no sentido de que as razões do Presidente não seriam sequer examináveis.

Eu estou entrando numa outra fase do processo, essa matéria já está ultrapassada, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que o Presidente da República poderia lavrar um ato de soberania insindicável por esta Corte. E isto não é uma anomalia do sistema jurídico, na medida em que escapam ao princípio da inafastabilidade vários atos praticados que não se sujeitam ao crivo do Poder Judiciário: os atos legislativos **interna corporis**, os indultos, as graças e as anistias que são concedidas depois do julgamento transitado em julgado pelo Supremo Tribunal Federal e por tribunais de alhures.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Ministro Fux, o veto é objeto na ação judicial? Alguém pode impugnar o veto do Presidente da República?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Por outro lado, eu também me impressionei muitíssimo com o ofício que foi remetido pelo Supremo Tribunal Federal, afirmando, dentre outras coisas, ao Ministro:

Comunico a Vossa Excelência que o Supremo Tribunal Federal, na sessão Plenária realizada nas datas em que eu não tinha, à época, a honra de pertencer a esta Corte, dentre outras coisas, que, por maioria, reconhecer que a decisão de deferimento da extradição não vincula o

Presidente da República, nos termos dos votos proferidos pelos Senhores Ministros tais e tais.

Encontro resposta para tudo quanto aqui foi suscitado, na doutrina, na jurisprudência, no Estatuto do Estrangeiro, onde há uma clara menção que essa relação é de governo para governo. Ainda que assim não fosse, porque isso poderia parecer uma sedução minha, sob o ângulo processual, como aqui afirmou o Ministro Gilmar Mendes, nós dois somos apaixonados, cada um, por um segmento. Eu pelo Direito Processual e o Ministro Gilmar Mendes pelo Direito Constitucional. Agora, o que seria do Direito Constitucional não fosse o Direito Processual? O que seria o processo se não se pudesse veicular, através dele, essas questões constitucionais.

Somos ambos apaixonados, então, na verdade, pelo Direito Público. E exatamente por essa paixão é que eu queria deixar não só destacado que a questão aqui é de soberania, uma soberania enxovalhada. Não consigo receber com candura essas afirmações de que não me parece que o Brasil seja conhecido por seus juristas, mas sim por suas dançarinas, que o Presidente do País é um gato-comunista. Eu tenho a impressão que a defesa da soberania nacional deve ser exercida por todos aqueles agentes políticos, inclusive nós do Poder Judiciário. Está em jogo, aqui, um ato de soberania do Presidente da República. Não tenho a menor dúvida. E aqui não foi citado nenhum exemplo de uma Corte que tenha desautorizado o ato do Presidente da República em matéria de extradição. Não vi um exemplo, pelo contrário.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - Nesse caso, Ministro, enquanto esteve sob a jurisdição francesa, o ato foi desconstituído.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu tenho aqui a decisão do Presidente Nicolas Sarkozy que, mesmo depois da decisão da Corte de Versalhes, não extraditou um paciente.

Para não me alongar, tenho resposta para tudo.

Na questão relativa ao conhecimento da reclamação, queria deixar

subjacente uma questão que precisa ser repensada nesta Corte: a República Italiana litigou contra a República Federativa do Brasil. Isto não é da competência do Supremo Tribunal Federal, isto é da competência do Tribunal Internacional de Haia. Havia vício de incompetência absoluta. Havia vício de descabimento da reclamação e havia o vício que os outros sustentaram em relação à ilegitimidade da parte.

No tocante ao mérito, esse voto de cinquenta laudas responde, à sociedade, que o Supremo Tribunal Federal entregou ao Presidente da República o poder de entregar ou não o extraditando, segundo as suas próprias razões. E isso que justifica esse ofício, em que o próprio Presidente do Supremo Tribunal Federal informa às autoridades que, por maioria, reconheceram que a decisão do deferimento da extradição não vincula o Presidente da República.

Então, quer sob o ângulo formal, que não vincula por uma questão de soberania, em abstrato, em potência não caberia essa reclamação; no plano fático, no plano de mérito, o Presidente da República, na forma do artigo 3º do tratado, poderia recusar a extradição. Ele o fez e fundamentou a sua recusa.

O voto será anexado. Eu agradeço ao Ministro Marco Aurélio por essa sua orientação, que decorre da sua vastíssima experiência, e pelo respeito que Vossa Excelência merece de todos os jurisdicionados, e voto divergente daquilo que foi exposto, com a devida vênia, pelo Ministro Gilmar Mendes, deferindo o pedido de soltura.

08/06/2011

PLENÁRIO

PETIÇÃO AVULSA NA EXTRADIÇÃO 1.085 REPÚBLICA ITALIANA**VOTO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - Senhor Presidente, a meu ver, não conhecer da Reclamação, permanecido, portanto, hígido o ato do Presidente da República, o que se tem agora a resolver é uma questão única: se o alvará de soltura haverá de ser expedido por ordem desse Plenário, ou não. Ou seja, a manutenção, já que o título, sob o qual ele estaria preso, já não pode prevalecer e compete a nós decidirmos sobre isso.

Eu, também, como o Ministro Luiz Fux, digo que consta, expressamente, do acórdão lavrado por Vossa Excelência, Senhor Ministro Presidente - naquela oportunidade Relator -, o inc. VIII, do acórdão, no qual se tem que decidiram julgar por maioria reconhecer que a decisão de deferimento da Extradicação não vincula o Presidente da República, nos termos dos votos proferidos por mim e pelos Senhores Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Marco Aurélio e Eros Grau.

Dessa forma, parece-me que, realmente, o que nós decidimos é que não haveria vinculação, independentemente da interpretação que se queira dar, expressamente, quanto à aplicação ou não, e, em que termos das razões ponderáveis contidas no artigo 3º do Tratado. Até porque, nós teríamos conceitos indeterminados e há de se entender que o Presidente da República não poderia ponderar sobre as razões, nós estaríamos nos substituindo, o que é diferente de analisar e julgar formal e legalmente o que é a ponderabilidade no caso concreto. Isto não foi retirado do Presidente da República, razão pela qual me parece que a nossa decisão na Extradicação - em qualquer Extradicação, eu diria - só tem caráter e natureza constitutiva quando ela negar; porque, aí, as condições de formalidade, pelo sistema belga que é adotado no Brasil, realmente impedem que o Presidente exerça aquela atribuição prevista

constitucionalmente. Fora isso, a decisão - como já lembrou, hoje, o Ministro Marco Aurélio - é declaratória e, portanto, não há que se falar numa execução coerente, ou não, com que foi determinado pelo Presidente da República. Mas, principalmente, também lido pelo Ministro Fux no ofício encaminhado ao Ministro da Justiça, está, expressamente, de novo, que foi decidido por maioria reconhecer que a decisão de deferimento não vincula. E, foi isso que foi encaminhado ao Presidente da República. Por isso, quando ele fundamentou - acolhendo as razões da Advocacia-Geral da União - sem uma vinculação determinada por este Supremo Tribunal.

Razão pela qual, Senhor Presidente, também tenho como não mais existente o ato, que tinha sido determinado por este Supremo Tribunal Federal, de prisão do extraditando, e, em face disso, hígido, portanto, o ato do Presidente da República. Eu considero que o caso é de soltura do então extraditando, acompanhando, portanto, a divergência, com as vênias do Ministro Relator.

08/06/2011

PLENÁRIO

PETIÇÃO AVULSA NA EXTRADIÇÃO 1.085 REPÚBLICA ITALIANA

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, eu trago também um longo voto escrito em que procuro rebater todas as questões que foram ventiladas na sessão de hoje. E farei a divulgação desse meu voto, ainda hoje, pela *Internet*, para quem tiver interesse em lê-lo.

E, queria dizer, Senhor Presidente, em rápidas palavras, também, inicialmente, que não está em jogo, neste momento, saber, com a devida vênia, se o extraditando - ou ex-extraditando, como tecnicamente bem conceituou a eminente Ministra Cármen Lúcia - cometeu ou não o crime de homicídio.

Eu, pessoalmente, durante o julgamento da extradição, me convenci que Cesare Battisti realmente cometeu crimes hediondos, crimes contra a vida, crimes que não estavam, à época, prescritos, crimes que ostentavam a característica da dupla tipicidade, portanto, entendi - e esta foi a decisão que prevaleceu - que Cesare Battisti deveria ser extraditado. Mas, neste momento - como bem observou o ilustre Ministro Luiz Fux -, não é esta questão que está em jogo. Trata-se de saber agora se o Supremo Tribunal Federal pode, ou não, examinar e rever um ato que o Presidente da República exerceu dentro das competências constitucionais que lhe são asseguradas.

Em meu longo voto, eu me filio à tese, também já perfilhada por muitos dos Colegas que se expressaram na Sessão de hoje, que o ato do Presidente da República expressa uma verdadeira razão de Estado, *raison d'état*, como dizem os franceses. Um ato que manifesta, como também já foi dito aqui, a vontade soberana do Estado brasileiro.

O Presidente da República - e fiz essa pesquisa -, desde a nossa primeira Constituição republicana, e com base não apenas na prática política, mas também na doutrina de juristas americanos, sempre deferiu ao Presidente da República, com caráter de exclusividade, a condução dos negócios estrangeiros. Isso encontra-se estampado, com todas as letras, no artigo 84, inciso XII, de nossa Constituição.

Eu, com amparo em consagrados autores nacionais e juristas estrangeiros do porte de um Carré de Malberg, de um André de Loubadère, entendo que o Presidente da República praticou um ato político ou, também, um ato de governo - são sinônimos para alguns autores - que se caracteriza pela mais ampla discricionariedade, e, portanto, trata-se de um ato, como também já foi observado pelos Ministros que me precederam, que não é sindicável pelo Poder Judiciário.

Por essas e outras razões que farei juntar oportunamente aos autos, eu acompanho a divergência para entender também que não subsiste mais o ato que determinou a prisão de Cesare Battisti. O ato do Presidente da República que recusou-se a extraditá-lo é um ato que permanece hígido, portanto, nada mais resta a fazer a esta Suprema Corte senão determinar a expedição do competente alvará de soltura.

É como voto, Senhor Presidente.

08/06/2011

PLENÁRIO

PETIÇÃO AVULSA NA EXTRADIÇÃO 1.085 REPÚBLICA ITALIANA

VOTO

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Senhor Presidente, eu noto que, às vezes, provoca uma certa irritação os exemplos de Direito comparado ou os exemplos que eu trago da cena internacional, aqui, provocam uma certa irritação em alguns dos meus Colegas, mas, como Professor, eu me vejo obrigado a fazê-lo, e esses exemplos ilustram muito bem certas situações que temos aqui para decidir.

Há duas semana, exatamente duas semanas, foi preso na Sérvia, um famoso criminoso de guerra. Esse criminoso de guerra foi preso, e para minha surpresa e estupefação, na semana passada esse criminoso foi extraditado para o Tribunal de Haia. Para um brasileiro, é de causar estupefação essa rapidez do processo de extradição. Por que evoco esse caso? Para chamar a atenção para as diferenças que há nos ordenamentos jurídicos em relação ao processo de extradição.

Há países em que os processos de extradição decorrem da forma mais expedita, sem qualquer obediência, sem qualquer observância a qualquer procedimento. No Brasil é diferente. Graças a Deus nós vivemos sob uma sólida democracia em que não se pega, não se apreende uma pessoa acusada de qualquer crime e se entrega a uma potência estrangeira de qualquer forma. Essa pessoa é submetida primeiro a um processo de extradição com todas as garantias, ou seja, todo o procedimento de extradição estabelecido na Constituição e nas leis, que aqui, no nosso País, é instituído em prol do extraditando, e não em prol dos seus algozes, de quem o persegue.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Eu tenho afirmado isso com ênfase. O nosso papel aqui é fazer cumprir o princípio constitucional, inciso II do artigo 4º, da prevalência dos direitos humanos.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA - Exatamente. A

previsão constitucional está incluída no capítulo Dos Direitos Fundamentais e não é à toa. Esse procedimento é instituído em prol do extraditando. Ora, o que aconteceu nesse caso? O Estado estrangeiro pleiteou a extradição. O estrangeiro valeu-se do procedimento que a legislação brasileira outorga, estabelece em seu favor. O Supremo Tribunal Federal julgou que era viável a extradição mas, ao mesmo tempo, disse que cabia ao Presidente da República o juízo de discricionariedade quanto à extradição ou não. E o Presidente assim o fez. Ora, se o Presidente assim o fez, e o fez motivadamente, acabou o processo de extradição. O Estado estrangeiro, inconformado, ingressa, tenta prorrogar a discussão indefinidamente. O Supremo Tribunal Federal, liminarmente, rejeita essa discussão. O que nós temos a fazer agora? Eu, como Juiz desta Corte, não tenho outra alternativa senão determinar a imediata soltura desse ex-extraditando. E é o que eu faço, Senhor Presidente, defiro a extradição com a imediata emissão de alvará de soltura do extraditando.

É como eu voto.

###

08/06/2011

PLENÁRIO

PETIÇÃO AVULSA NA EXTRADIÇÃO 1.085 REPÚBLICA ITALIANA

VOTO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (RELATOR):

Começo por relembrar que este Supremo Tribunal Federal, na Extradicação nº 1.085, decidiu, “*por maioria, deferir o pedido de extradição*” do cidadão italiano Cesare Battisti. E assim decidiu, após: a) considerar comuns, e não políticos, os crimes pelos quais o extraditando foi condenado na República Italiana; b) anular o ato de concessão de refúgio, assinado pelo Ministro da Justiça brasileiro. Também entendeu esta nossa Corte, como bem se lê no item VIII da parte dispositiva do acórdão, “*que a decisão de deferimento da extradição não vincula o Presidente da República, nos termos dos votos proferidos pelos Senhores Ministros Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Marco Aurélio e Eros Grau*” (sem o grifo no original).

2. Pois bem, em decisão publicada no Diário Oficial da União, de 31 de dezembro de 2010, o Presidente da República negou a extradição de Cesare Battisti, o que fez com fundamento em tratado bilateral, valendo-se de parecer da Advocacia-Geral da União. Daí se seguiu o pedido de soltura imediata do extraditando. Pedido denegado, no período de férias forenses, pelo presidente Cezar Peluso. Denegação que veio a ser confirmada pelo Ministro Gilmar Mendes, Relator da Ext 1.085, e atacada por conduto de agravo regimental, ora posto em julgamento.

3. Ainda a título de retrospectiva do processo, registro que a República Italiana, nos autos da Ext 1.085, impugnou o pedido de soltura de Cesare Battisti. Fez mais: fundamentada em suposta violação do acórdão prolatado por este Supremo Tribunal Federal no mencionado processo, ajuizou reclamação constitucional (aqui também sob análise), em que pleiteou a cassação do ato presidencial denegatório da extradição, “*com a expressa determinação ao Poder Executivo da entrega do extraditando à República Italiana*”.

4. Muito bem. Analiso a preliminar de não cabimento da reclamação, suscitada pelo douto Procurador-Geral da República. Fazendo-o, tenho que razão lhe assiste. É que, segundo bem assinalado pelo Chefe do Ministério Público da União, “o trâmite do processo de extradição é questão interna corporis da nação requerida, no caso, da República Federativa do Brasil”. E o fato é que o Estado brasileiro: a) **é apresentado, internacionalmente, apenas pelo Presidente da República**; b) rege-se, nas suas relações internacionais, pelos princípios da independência nacional, não intervenção e igualdade entre os Estados (incisos I, IV e V do art. 4º da CF). Sendo assim, não cabe à República Italiana, pessoa jurídica de Direito Internacional, contestar, no âmbito interno do Estado brasileiro, a **decisão soberana** do nosso Chefe de Estado. Se a Itália considera a decisão presidencial uma afronta ao tratado de extradição que celebrou com o Brasil, que lance mão dos instrumentos do Direito Internacional. Não do instituto da reclamação perante este Supremo Tribunal Federal do Brasil.

5. Nesse rumo de ideias, tenho que o equacionamento jurídico desta causa passa pelo conhecimento de premissas que deitam raízes na própria Constituição Federal. Refiro-me a duas figuras de Direito que, de matriz constitucional, são de primeiríssima prioridade cognitiva: a extradição e os atos internacionais de que o Brasil faça parte, entre eles os tratados bilaterais. Em que consiste a extradição? À luz da Magna Carta, o que é um tratado bilateral?

6. Respondo: a extradição é o ato pelo qual um Estado soberano entrega um indivíduo a outro Estado igualmente soberano. Entrega que se dá para a coibição, nos planos interno e internacional, de práticas criminosas. Logo, é instituto (a extradição) que se traduz em relação jurídica entre partes soberanas, e, portanto, iguais. Já o tratado internacional, no caso, opera como ato de formalização do ajuste bilateral entre, justamente, Estados soberanos.

7. Fixados, brevemente, esses conceitos, é de se notar que tanto uma quanto a outra figura de Direito Constitucional hão de respeitar o art. 4º da Constituição Federal, que enumera os princípios regedores das

“relações internacionais” da República Federativa do Brasil. E não é por acaso que encimam a lista os princípios da “independência nacional” e da “prevalência dos direitos humanos”. Independência nacional como perfeito sinônimo de soberania nacional. Soberania que nada mais é do que a projeção do poder político em dois planos territoriais: o interno a um determinado país e o externo ou propriamente internacional. Internamente, a soberania consiste no poder mais alto. Já no plano externo, significa o poder que não conhece outro que lhe seja superior. Daí porque, na celebração e na execução de um tratado bilateral, a soberania de um Estado-Parte não pode subjugar a do outro. O Presidente da República jamais estará autorizado a abrir mão da soberania brasileira. O mesmo se diga quanto ao respeito aos direitos humanos: nenhum tratado bilateral será celebrado e executado sem que prevaleçam os direitos humanos, como determina o inciso II do art. 4º da Constituição Federal.

8. Ora, sendo a extradição uma relação jurídica internacional e o tratado seu instrumento formalizador, por que a Constituição brasileira, **de forma excepcional à regra contida no inciso VII de seu art. 84**, previu competir a este Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a extradição solicitada por Estado estrangeiro? Resposta: para salvaguardar os direitos humanos do extraditando.¹ Vale dizer, é preciso que o Supremo Tribunal Federal atue em matéria extradicional para impedir que duas soberanias estatais eventualmente concluídas esmaguem o indivíduo. Respeitados, então, os direitos humanos do extraditando, a soberania brasileira é de ser exercida por nosso Chefe de Estado, sem que o Supremo Tribunal Federal prossiga como instância jurisdicional.

9. Recolocando a ideia: o processo extradicional passivo começa com uma solicitação do Estado estrangeiro à República Federativa do Brasil, **por via diplomática**. Estado brasileiro que, **sempre personificado no**

1 Convergentemente, aliás, com as regras de que: a) “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (inciso XXXV do art. 5º da CF); b) “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens” (inciso XV do art. 5º da CF).

Presidente da República, recebe a solicitação e a responde, afirmativa, ou negativamente. Acontece que as leis brasileiras, a Constituição à frente – e isso já é matéria *interna corporis*, assunto no qual não se admite interferência do Estado estrangeiro –, exigem a prévia análise da solicitação pelo Supremo Tribunal Federal. Isto para que a extradição, que é medida excepcional,² não se concretize, no caso de incidir alguma das vedações legais ou constitucionais. Pois bem, atestada, pelo STF, a viabilidade da extradição, o Presidente da República atende, ou então recusa, o pedido do Estado estrangeiro. **Sendo assim, o Supremo Tribunal Federal, no processo de extradição, nada defere ou indefere. Nem o Estado estrangeiro nem o Poder Executivo brasileiro direcionam a esta nossa Corte nenhum pedido.** O pronunciamento do STF é, portanto, um rito de passagem, obrigatório (e, no caso de juízo negativo, também vinculante), é verdade, mas apenas um rito de passagem para a decisão soberana do Presidente da República. Numa frase, tudo começa no Poder Executivo e nesse Poder é que termina.

10. Nessa toada, é preciso lembrar o que já observei quando do julgamento da Ext 1.085: pela decisão soberana do Presidente da República, responderá o Estado brasileiro por eventual deslize internacional. Responsabilidade que se analisará, claro, mediante os instrumentos e nos foros disponíveis no Direito Internacional. Já no plano interno, o Presidente da República responderá perante o Congresso Nacional, caso venha a descumprir a Constituição por um modo superlativamente prejudicial à honra ou imagem do País. Tanto numa quanto noutra hipóteses não cabe a este Supremo Tribunal Federal monitorar ou condenar o Presidente da República, nem receber reclamações por descumprimento às nossas decisões, pois o Supremo Tribunal não é tutor do Presidente em tema de protagonização de relações jurídicas de pura soberania estatal.

2 Veja-se que a Constituição Federal não regula os casos em que cabe extradição. Trata apenas das hipóteses em que ela não é admissível. É que a regra é a da livre locomoção no território nacional, “*podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens*” (inciso XV do art. 5º da CF). A saída compulsória de um indivíduo do território nacional é, portanto, exceção.

11. Enfim, atento aos princípios constitucionais inscritos nos incisos I e II do art. 4º da Constituição Federal, tenho que esta nossa Casa de Justiça não pode conferir ao tratado de extradição celebrado entre o Brasil e a Itália interpretação que desfavoreça a soberania brasileira e que desautorize o único órgão constitucionalmente encarregado de exercê-la no plano internacional: o Presidente da República. Muito menos é permitido ao Supremo Tribunal Federal forçar interpretações desfavorecedoras do extraditando.

12. Mesmo que se ultrapassasse a preliminar, a solução deste caso não seria diferente. É que tenho como inabaláveis duas constatações: primeira, a de que o Supremo Tribunal Federal deferiu o pedido de extradição; segunda, a de que o Presidente da República não estava vinculado à nossa decisão (é o que se lê, em bom vernáculo, no item VIII da parte dispositiva do acórdão e no Ofício nº 457, encaminhado pelo STF ao Ministro da Justiça). Em uma só frase: **embora esta nossa Corte haja concluído pela entrega do cidadão italiano a seu Estado de origem, para que lá cumprisse reprimenda penal, ao Presidente da República restava alternativa, qual seja, a decisão pela não entrega.** Ao julgarmos a Ext 1.085, entendemos que o Presidente da República dispunha de um legítimo “espaço de decisão”. Espaço discricionário, ou mais ou menos vinculado que seja, **mas certamente não alcançado por nossa decisão.** Se este nosso Tribunal sufragou a não vinculação do Presidente da República, é porque vislumbrou alguma decisão constitucionalmente adequada, embora fora dos limites do provimento judicial. Portanto – e é preciso que isso fique bastante claro –, não nos cabe, nesta reclamação (nem nos autos da própria Ext 1.085, já transitada em julgado), fechar as portas que deixamos abertas para o Presidente da República.

13. Daqui se desata uma conclusão que também me parece irrefutável, e que já obstaculizaria a parte final do pedido que se contém na reclamação: é juridicamente impossível a este Supremo Tribunal Federal emitir “*expressa determinação ao Poder Executivo*” para entrega do extraditando à República Italiana. **Se do acórdão reclamado não derivou tal consequência, esta não pode advir do julgamento da reclamação!**

Sendo assim, caso esta nossa Corte viesse a entender que a decisão do Presidente da República, publicada no DOU de 31/12/2010, foi desrespeitosa do acórdão da Ext 1.085, o que nos competia era apenas determinar ao Presidente da República que emitisse outra decisão. A solução contrária seria um reconhecimento de que este nosso Tribunal acabou, por via oblíqua, vinculando o Presidente da República, o que certamente não fizemos no julgamento da Ext 1.085.

14. Ora bem, e o Chefe de Estado brasileiro descumpriu a decisão que tomamos na Ext 1.085? Nesse processo, como já relembrei, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, anuiu à solicitação de extradição e, também por maioria, reconheceu “*que a decisão de deferimento da extradição não vincula o Presidente da República*”. Não vincula em que termos? O Chefe do Poder Executivo dispõe de uma competência discricionária?

15. Tenho por desnecessário, aqui, citar as idas e vindas dos debates ocorridos nas sessões de julgamento. Atenho-me à ementa redigida pelo Ministro Cezar Peluso, mais especificamente à sua parte final, na qual se lê: “*Decretada a extradição pelo Supremo Tribunal Federal, deve o Presidente da República observar os termos do Tratado celebrado com o Estado requerente, quanto à entrega do extraditando*”. Noutras palavras, o Presidente da República não estava obrigado a extraditar Cesare Battisti – nossa decisão pelo “deferimento” da extradição, insista-se, não vinculou o Presidente da República (item VIII da parte dispositiva do acórdão da Ext 1.085) –, mas eventual não entrega haveria de estar fundamentada no tratado de extradição celebrado entre o Brasil e a Itália. Foi exatamente o que acabou ocorrendo: em 31 de dezembro de 2010, o então Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva negou a entrega de Cesare Battisti à República Italiana. E o fez com fundamento em parecer da Advocacia-Geral da União. Parecer assim finalizado:

“Opina-se, assim, pela não autorização da extradição de Cesare Battisti para a Itália, **com base no permissivo da letra f do número 1 do art. 3 do Tratado de Extradição celebrado entre Brasil e Itália**, porquanto, do modo como aqui argumentado, há ponderáveis razões para se supor que o

extraditando seja submetido a agravamento de sua situação, por motivo de condição pessoal, dado seu passado, marcado por atividade política de intensidade relevante. Todos os elementos fáticos que envolvem a situação indicam que tais preocupações são absolutamente plausíveis, justificando-se a negativa da extradição, **nos termos do Tratado celebrado entre Brasil e Itália.**” (sem o destaque no original)

16. Como de logo se vê, **inexistiu violação ao acórdão prolatado na Ext 1.085.** É que a decisão do Presidente da República está embasada no tratado de extradição celebrado entre o Brasil e a Itália, assim como determinou este Supremo Tribunal Federal. É verdade que a reclamante alega, nesta via processualmente contida, que as razões invocadas pelo Advogado-Geral da União Substituto, e ratificadas pelo Presidente da República, embora alegadamente cumpridoras do tratado, na verdade o desrespeitaram. **Sucedo que violação desse tipo, se houver, é insuscetível de análise nesta reclamação.** Esta nossa Corte determinou que o Presidente da República observasse o tratado e o Chefe de Estado brasileiro assim procedeu! O instituto da reclamação constitucional não é via ordinária de irrisignação das partes. É um instrumento processual, com sede na própria Constituição da República, para preservação da competência do Supremo Tribunal Federal e garantia da autoridade de suas decisões. Não nos cabe, nesta via processualmente contida, analisar o acerto da decisão reclamada. Se há ou não *“ponderáveis razões para se supor que o extraditando seja submetido a agravamento de sua situação, por motivo de condição pessoal”*, é questão a ser enfrentada mediante o ajuizamento das ações, **em tese**, cabíveis. Na Rcl 2.848, o Ministro Sepúlveda Pertence, ao proferir seu voto, assim verbalizou:

“Sra. Presidente, não vou verificar se houve efetivamente preterição: se o ato é fundado em preterição, são outros os caminhos para o seu reexame, que não a reclamação. Insista-se bem que a reclamação não é recurso de mérito contra decisões tomadas nas outras instâncias.”

17. Naquele caso, tratava-se de reclamação constitucional fundada em alegada violação ao acórdão da ADI 1.662. Acórdão pelo qual o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento de que “*somente no caso de inobservância da ordem cronológica de apresentação do ofício requisitório é possível a decretação do seqüestro*” de rendas públicas. Ora, decidiu esta Casa de Justiça³ que não desrespeita a ADI 1.662 decisão que tenha por fundamento a quebra da ordem cronológica de apresentação dos precatórios, não cabendo ao Supremo Tribunal Federal, em sede de reclamação constitucional, “*verificar se houve efetivamente preterição*”. A situação destes autos é, comparativamente, a mesma: na Ext 1.085, decidimos que o Presidente da República não estava obrigado ao deferimento da extradição, mas que eventual decisão pela não entrega de Cesare Battisti deveria “*observar os termos do Tratado celebrado com o Estado requerente*”. **É como dizer: se o ato é fundamentado no tratado, a reclamação constitucional não é o caminho para seu reexame, até porque não analisamos, na Ext 1.085, todas as cláusulas desse ajuste bilateral de política externa.**⁴

18. Digo mais: tenho por incabível a análise, pelo Poder Judiciário, do ato decisório aqui impugnado, seja em sede de reclamação constitucional, seja por outra via processual. É que a alínea “f” do item 1 do art. 3 do Tratado de Extradição celebrado entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana encerra um conceito jurídico vistosamente indeterminado. Tal dispositivo convencional alude a “*razões ponderáveis para supor*”. **Ora, não compete a este Supremo Tribunal Federal sobrepor suas suposições às do Presidente da República, autoridade a quem a**

3 No mesmo sentido da Rcl 2.848 também se podem citar os seguintes arestos: Rcl 4.819, Rel. Min. Carlos Britto; Rcl 6.021-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa; Rcl 5.992-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia; Rcl 6.019-AgR, Rel. Min. Eros Grau; Rcl 2.083, Rel. Min. Marco Aurélio; Rcl 2.436-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; Rcl 4.057, Rel. Min. Carlos Britto.

4 Pensar diferentemente, ou seja, que o Supremo Tribunal Federal, na Ext 1.085, analisou todas as cláusulas do tratado de extradição celebrado entre o Brasil e a Itália é reconhecer que esta nossa Corte, por via transversa, obrigou o Presidente da República, embora haja dito exatamente o contrário.

Constituição brasileira (inciso VII do art. 84), o tratado e o acórdão paradigmático da Ext 1.085 conferem a competência para entregar, ou não, o extraditando. Nesse ponto, confira-se elucidativa passagem do acórdão da Ext 1.085:

“O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: (...)

Ou repassando a frase: nos termos do tratado, o Presidente da República está ou não está obrigado a deferir extradição autorizada pelo Supremo?

Pode recusá-la em algumas hipóteses que, seguramente, fora de qualquer dúvida, não são examinadas, nem examináveis, pelo tribunal, as descritas na alínea f do seu Artigo 3.1. Tanto é assim que o Artigo 14.1 dispõe que a recusa da extradição pela Parte requerida – e a ‘Parte requerida’, repito, é apresentada pelo Presidente da República – ‘mesmo parcial, deverá ser motivada’.

Pois esse Artigo 3.1, alínea f do tratado estabelece que a extradição não será concedida se a Parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que sua situação [isto é, da pessoa reclamada] ‘possa ser agravada’ – vale dizer, afetada – mercê de condição pessoal. A Parte requerida [isto é, o Presidente da República] poderá, nessa hipótese, não conceder a extradição.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) – Ministro, eu não tenho nenhuma restrição ao pensamento de Vossa Excelência, nesse aspecto específico.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU – Como?

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR) – Não tenho nenhuma restrição; concordo integralmente.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU – Aqui se trata de requisitos de caráter puramente subjetivos da Parte requerida, de conteúdo indeterminado, que não se pode contestar. Exatamente o que a doutrina chama de ‘conceito indeterminado’.

Nesses limites, nos termos do Tratado, o Presidente da República deferirá, ou não, a extradição autorizada pelo tribunal, sem que com isso esteja a desafiar sua decisão.

Esse ponto é muito importante estabelecer porque o tratado é que abre a possibilidade de a extradição ser recusada, sem que isso – eu digo e insisto – represente, da parte do Presidente da República, qualquer desafio à decisão do Tribunal.”

19. Com efeito, havendo o Presidente da República fundamentado sua decisão no tratado de extradição, e em cláusula de textura francamente aberta, não cabe ao Poder Judiciário alterá-la.⁵ E não se diga que a decisão pela não entrega de Cesare Battisti à República Italiana conflita com a anulação, por este Supremo Tribunal Federal, do ato de refúgio emitido pelo Ministro da Justiça. Segundo observei quando do julgamento da Ext 1.085 (fls. 558 do acórdão), as hipóteses normativas são diversas. Uma coisa é a existência de “*fundados temores de perseguição por motivos de (...) opiniões políticas*” (inciso I do art. 1º da Lei nº 9.474/97), outra bastante diferente é a constatação de “*razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada*” será submetida a agravamento de sua situação, por motivo de condição pessoal (alínea “f” do item 1 do art. 3 do Tratado de Extradição).

20. Por fim, não há falar em reconhecimento, na decisão presidencial ora impugnada, do caráter político dos crimes praticados pelo extraditando. Os crimes foram considerados comuns pelo Supremo Tribunal Federal e o Presidente da República acatou a decisão. Veja-se que as razões invocadas pelo Chefe do Poder Executivo para negar a extradição não estão naquele passado da história italiana, minuciosamente estudado por esta nossa Casa de Justiça, a partir do cuidadoso e sempre ilustrado voto do Ministro Cezar Peluso. Elas estão no futuro, como, aliás, está todo juízo de suposição. Confira-se:

“109. Talvez corroborando a percepção do Ministro Marco Aurélio há manifestações da imprensa italiana, que dão a impressão de que o caso ganha contornos de clamor, de

5 Não se trata, aqui, como bem demonstra o longo parecer da Advocacia-Geral da União, de ausência de motivação do ato.

polarização ideológica. Preocupa-se com o que se pode levantar contra o extraditando, anunciando-se futuro incerto e de muita dificuldade.

110. Não se trata de nenhuma dúvida para com as perfeitas condições democráticas que presentemente vigem na Itália. Cuida-se, tão somente [sic], do reconhecimento de circunstância que inegavelmente se evidencia, no que se refere à situação pessoal de Cesare Battisti. É o justamente a plena convicção que regime [sic] democrático exuberante vigora na Itália que autoriza que se intua que a situação do extraditando possa ser agravada, por força de sua condição pessoal.

(...)

124. As referências acima parcialmente reproduzidas, a título de exemplo, dão conta de que há estado de ânimo que justifica preocupações para com o deferimento da extradição de Battisti, por força de suposição do agravamento de sua situação pessoal. Recorrentemente toca-se no objetivo de se fazer *justiça para as vítimas*. O direito processual penal contemporâneo repudia essa percepção criminológica, e o referencial conceitual é um autor italiano, Luigi Ferrajoli. O fundamento da pena é (ou deve ser) o reaproveitamento do criminoso para a vida social.

125. Os excertos de jornal acima reproduzidos dão conta de que há comoção política em favor do encarceramento de Battisti. Inegável que este ambiente, fielmente retratado pela imprensa peninsular, seja caldo de cultura justificativo de temores para com a situação do extraditando, que será agravada.

126. Nesse sentido, as informações acima reproduzidas justificam que se negue a extradição, por força mesmo de disposição convencional. O Presidente da República aplicaria disposição da letra *f* do item 1 do art. 3 do Tratado de Extradição formalizado por Brasil e Itália. E tem competência para tal. (...).”

21. Ante o exposto, em caráter preliminar, **não conheço** da

reclamação. Mas, ainda que alcançado o exame de mérito, a ação seria **improcedente**. Quanto ao pedido incidental na Ext 1.085, **dou provimento** ao agravo regimental e determino a expedição imediata do alvará de soltura do extraditando.

É como voto.

08/06/2011

PLENÁRIO

PETIÇÃO AVULSA NA EXTRADIÇÃO 1.085 REPÚBLICA ITALIANA

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Senhor Presidente, eu fico muito à vontade para votar nessa linha da soltura do paciente, como votei pelo não-conhecimento da extradição, e pelo caráter político, disse bem o Ministro Ricardo Lewandowski, de soberania nacional do ato do Presidente da República. Por quê? Porque, quando da discussão da Extradição 1.085, aqui nesta nossa Casa de Justiça, pude afirmar o seguinte: se o Presidente da República quiser, por exemplo, denunciar o tratado, a cláusula expressa de denúncia do tratado pelo Presidente da República, a qualquer momento, sem nenhuma condição, sem nenhuma consequência, não nos cabe policiar ou condenar o Presidente da República. Não nos cabe receber reclamações de que nossa decisão foi descumprida. Não! O Presidente da República vai responder pelo descumprimento do Tratado, se for o caso, se decidir à revelia do Tratado, perante a comunidade internacional e, no limite, perante o Congresso Nacional.

A Constituição, às vezes, não gosta do modo pelo qual ela é interpretada. Há um modo de guardar a Constituição que não é do agrado dela. Eu digo isso com todo o respeito. E me parece que o caso está tão claramente posto na Constituição, mas tão claramente posto, que me causa espanto, às vezes, até o alongamento do perfil discursivo da controvérsia.

O que diz a Constituição? Que o Brasil se rege, nas suas relações internacionais, pelos princípios do artigo 4º. São princípios regentes das relações internacionais do Brasil. Não há como fugir.

E aqui está dito que o Brasil se rege, nessas relações, primeiramente pela independência nacional no sentido de soberania nacional. Até porque logo em seguida a Constituição diz: não intervenção, princípio da não intervenção de um Estado em outro, e igualdade entre os Estados.

Ora, Ministro Lewandowski, se isso não for soberania, eu não sei mais o que é soberania.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - O artigo 1º da Constituição Federal estabelece, no inciso I, que um dos fundamentos da República é a soberania nacional.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - E no artigo 170, também, como um dos fundamentos da ordem econômica e financeira, comparece a soberania nacional. A Constituição preza, por modo especialíssimo, a soberania nacional, e faz muito bem.

Aqui está dito que o segundo fundamento dessas relações internacionais é a “prevalência dos direitos humanos”. Aqui há um dilema. Em matéria de extradição, há um dilema político: extraditar ou não extraditar. E há um dilema jurídico: o caso é de extraditabilidade ou o caso não é de extraditabilidade? O que compete ao Supremo Tribunal Federal? Resolver o dilema jurídico para fazer prevalecer os direitos humanos. Até porque, diz a Constituição, “a lei - aí a lei inclui o tratado, inclui emenda - não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Coerentemente, a Constituição submeteu a processo e julgamento do Supremo a solicitação de Estado estrangeiro.

Aqui, a realidade é do Estado brasileiro. É como se o Brasil não fosse uma Federação. É como se o Brasil não tivesse Poderes internos. É o Estado brasileiro monoliticamente considerado ou como um todo pró-indiviso. É o Estado brasileiro que protagoniza essas relações internacionais de que fazem parte os tratados, e os tratados que prevêm a extradição. As coisas se encaixam para conferir unidade material à Constituição. O Brasil é um Estado soberano, e no exercício da sua soberania pratica atos internacionais, entre os quais os tratados, e, mediante os tratados, os Estados dispõem sobre o instituto da extradição. Tudo é de matriz constitucional. Em rigor, quem é requerido - está aqui na lei do próprio Tratado - em matéria de extradição? É o Supremo Tribunal Federal? Não! É o Estado brasileiro enquanto parte que

subscreveu o Tratado. Quem é requerente, no caso: a Suprema Corte ou a Corte Constitucional da Itália? O Estado italiano. O Estado italiano é requerente, o Estado brasileiro é requerido. Em rigor, quem defere o pedido é o Estado, que é quem recebe o requerimento. É o Estado. Se nós olharmos os nossos processos nos nossos gabinetes vamos perceber que nem o governo estrangeiro requer absolutamente nada ao Supremo, nem o governo brasileiro requer nada ao Supremo. Encaminha os papéis a partir da nota verbal que lhe vem por intermédio do Poder Executivo.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Exatamente. Contentando-se a ordem jurídica, e Vossa Excelência me roubou a expressão, com a nota verbal.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - A nota verbal. Então o papel do Supremo é entrar nesse circuito extradicional para fazer prevalecer os direitos humanos, dizendo o seguinte: se o processo está devidamente instruído, se as formalidades legais foram observadas, pronto, encerra a jurisdição do Supremo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Pois não, Excelência.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - O processo de extradição é mais complexo do que isso. Claro que ele visa a garantir o respeito aos direitos humanos e isto é algo mais ou menos evidente e óbvio. Agora, a cooperação internacional em matéria de combate à criminalidade é um dos fundamentos básicos.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - É outro dos fundamentos. Sem dúvida.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - Outro dos fundamentos da República brasileira é de repúdio ao terrorismo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Exatamente.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Isso, repúdio ao terrorismo e ao racismo.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Veja Vossa Excelência que, na Europa, hoje, já existe inclusive o chamado "mandado de prisão europeu", a ponto, portanto, de uma ordem emanada de um tribunal ser cumprida em outro país de forma praticamente direta, sem esses entraves e burocracia do modelo de extradição. Isso funciona dentro deste contexto, dessas ordens supranacionais. Então, é bom deixar bem claro, e a própria Constituição contém uma série de elementos, por exemplo, todos os crimes que têm esta raiz internacional, ela prioriza, veja que ela fala sobre a questão do crime de tráfico de entorpecentes e admite, até, nesse caso, a extradição do brasileiro naturalizado, desde que tenha ocorrido...

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - (CANCELADO)

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Veja, portanto, então, a situação. E criou um modelo específico para esse tipo de extradição.

Então, me parece que para que nós não caiamos num discurso unilateral, e veja, o crime, hoje, é organizado e não é organizado apenas no plano nacional, ele o é também no plano internacional. E o combate à criminalidade integra esta preocupação de direitos humanos. Por quê? As vítimas, em geral, em princípio, de alguma forma, são pessoas, pode até incidir sobre o patrimônio, mas são pessoas, não é? Quando nós estamos a falar de homicídio, em geral, alguém morreu que foi atingido, não é? É

disso que nós estamos a falar, por isso existe até uma ciência, eu me lembro de um destacado professor de Münster, Professor Schneider, que estudava a chamada "vitimologia". Isto, aí, é fundamental. De modo que não pareça que o processo de extradição é para resolver o problema do extraditando. Respeita-se o direito do extraditando, aplicando bem a lei.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Então veja que, aparentemente, estamos dissentindo, mas em essência não. A Constituição inclui nos fundamentos da ordem internacional a "...cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;..." - inciso IX do artigo 4º; "...repúdio ao terrorismo e ao racismo..." - inciso VIII. E, evidente, que são esses dois princípios que subjazem à celebração de um tratado internacional de combate à criminalidade e de combate, também, à impunidade, sem dúvida. Mas, o que faz o Supremo? O Supremo diz: o Tratado é válido, de combate à impunidade, de combate à criminalidade, desde que os direitos humanos sejam respeitados. Então, a intervenção do Supremo não é para proteger, favorecer o extraditando, é para impedir que o extraditando seja, por efeito da soberania dos Estados pactuantes, o extraditando seja dizimado, seja menosprezado, seja espezinhado, tenha os seus direitos humanos mínimos recusados.

Agora, o fato é que o processo extradicional começa com o Poder Executivo, vai ao Judiciário como rito de passagem e retorna ao Poder Executivo. É o Poder Executivo que dá a última palavra. A Ministra Cármen Lúcia disse isso, magnificamente, num voto, aprovado por unanimidade pelos outros Ministros da Casa. Foi, Ministra Cármen Lúcia, na Extradição nº 1.114, da República do Chile. Vossa Excelência redigiu a ementa, e aqui está dito:

"O Supremo Tribunal limita-se a analisar a legalidade e a procedência do pedido de extradição (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 207; Constituição da República, art. 102, Inc. I, alínea g; e Lei n. 6.815/80, art. 83)".

Prossegue Vossa Excelência:

"Indeferido o pedido, deixa-se de constituir o título jurídico sem o

qual o Presidente da República não pode efetivar a extradição;"

Mas Vossa Excelência não parou aí:

"... se deferida" - a extradição -, "a entrega do súdito ao Estado requerente fica a critério discricionário do Presidente da República".

Presidente que atua como Chefe de Estado. Isso está na Constituição também em diversas passagens.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE - Ministro Britto, Vossa Excelência poderia me esclarecer qual é o número dessa extradição e a data do julgamento?

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Pois não, é a Extradição nº 1.114, República do Chile, data do julgamento 12 de junho de 2008. Unanimidade, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes.

Bem, vou terminar também. Entendo que a nossa decisão apenas reconhece que o Presidente da República decidiu com base no Tratado; ele decidiu, sim, com base no Tratado. E eu tenho aqui os termos do Tratado.

"1. A Extradição não será concedida:

f) se a parte requerida" - a parte requerida não é o Supremo. A parte requerida é o Estado brasileiro - "tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, condição social ou pessoal;"

Aí vem algo que não consta da lei de refúgio. O Presidente da República não precisou da lei de refúgio para decidir, até porque nós já havíamos decidido sobre a questão do refúgio para recusá-lo, subscrevendo o judicioso voto do Ministro Cezar Peluso, por maioria.

Aí vem algo inédito:

"... ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados".

E como se fosse pouco, esse Tratado aportou uma cláusula de reforço protetivo, uma cláusula de reserva, uma espécie de soldado de reserva, porque, não entrando em ignição o primeiro dispositivo, entraria o segundo. Está no artigo XIV, inciso 2:

"2. Se a extradição for concedida, a parte requerida" - a parte requerida não é o Supremo, volto a dizer; é o Estado do Brasil - "informará à parte requerente" - que não é o Poder Judiciário italiano, é o Estado italiano, "especificando o lugar da entrega e a data a partir da qual esta poderá ter lugar, dando também informações precisas sobre as limitações da liberdade pessoal que a pessoa reclamada tiver sofrido em decorrência da extradição".

E vem no artigo XV, número 1:

"1. Se a pessoa reclamada for submetida a processo penal, ..."

Aí fala de entrega temporária.

E o número 2:

"2. Todavia, a parte requerida poderá, mediante pedido fundamentado, proceder à entrega temporária da pessoa extraditada que se encontre respondendo a processo penal em seu território ...".

E, no número 3, vêm duas hipóteses de adiamento da entrega do extraditando.

Esse Tratado, Ministro Marco Aurélio, eu tenho para mim que ele foi redigido numa linguagem que nós chamamos aqui de "textura aberta", facultando à parte requerida, o Brasil, juízos subjetivos de avaliação das coisas, porque não pode ser diferente, senão o Brasil estaria apeando da sua soberania, e a Itália também apearia. Quando o tratado é entre pessoas soberanas, facilita tanto a sua interpretação e faculta ao Presidente da República juízos como este que vou ler agora. Já é um outro dispositivo:

"Artigo 5....."

b)se houver fundado motivo para supor que a pessoa reclamada será submetida a pena ou tratamento que de qualquer forma configure uma violação dos seus direitos fundamentais".

"A extradição tampouco será concedida"

Então, como dizer que o Presidente da República não aplicou esse Tratado? Se compararmos a redação desse Tratado com a da Lei de Refúgio, aí, não. Vamos perceber que a Lei de Refúgio prima pelo prestígio de critérios objetivos, enquanto o Tratado prima pela adoção de critérios subjetivos.

Olhem como é diferente. Diz a Lei:

"Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição (...)"

Ora, "fundados temores", essa expressão nos remete para uma situação concreta, dependente de demonstrabilidade, de demonstração no plano factual das coisas. Aqui, não; aqui, simplesmente diz se tiver "ponderáveis razões para supor". Evidente que ponderáveis razões para supor estão no plano da subjetividade em grande parte, porque significa um juízo de avaliação de conjuntura. Enquanto a Lei de Refúgio nos remete para trás, o Tratado nos remete para frente, para diante. O Presidente da República fará uma análise de conjuntura para ver se o extraditando, que já passou pelo crivo do Supremo como passível de entrega, deve ou não permanecer no País. E não pode ser diferente porque isso aqui é um ato de soberania, Tratado é um ato de soberania. O controle é do Congresso Nacional, no plano interno, não é do Supremo. E, no plano externo, é da parte pactuante e é da comunidade internacional, ou, como disse o Ministro Luiz Fux, dos Tribunais Internacionais.

Agora, isso é fazer do Supremo um nada, uma coisa nenhuma, uma associação recreativa, lítero-poética? Absolutamente! Porque, se o Supremo disser que o caso não é de extradição, a decisão é vinculante; o Presidente da República não pode extraditar.

Disse Manoel Alceu Afonso Ferreira, notável jurista, advogado, quando era aluno da PUC, há mais de trinta anos. O professor perguntou a ele: - Meu filho, em matéria de extradição, quem dá a última palavra? É o Supremo Tribunal Federal ou o Presidente da República?

E Manoel Alceu Afonso Ferreira, neto de Tristão de Ataíde (o Alceu

de Amoroso Lima), respondeu: - Se não, não; se sim, talvez.

Ou seja, se o Supremo diz não, é não; não se extradita. Se o Supremo disser sim, talvez; porque o juízo final é do Presidente da República no exercício da soberania do País. Mais de trinta anos atrás Manoel Alceu Afonso Ferreira já dizia claramente que o processo de extradição é binariamente político e jurídico. O Supremo resolve o dilema jurídico; o Presidente da República resolve o dilema político.

Bem, Senhor Presidente, muito obrigado pela paciência porque sei que todos estão cansados.

Eu também subscrevo o voto divergente, iniciado com o Ministro Luiz Fux, no sentido de fazer o que nos cabe fazer agora: a única coisa que nos cabe decidir ou sobre a qual devemos decidir é sobre a permanência ou não do Cesare Battisti na prisão.

O meu voto é pela soltura imediata.

08/06/2011

PLENÁRIO

PETIÇÃO AVULSA NA EXTRADIÇÃO 1.085 REPÚBLICA ITALIANA

ADITAMENTO AO VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Senhor Presidente, dadas as circunstâncias, eu queria rememorar um fato que aconteceu hoje, que é o aniversário da Rainha Elizabeth, da Inglaterra.

O Ministro Lewandowski e eu comparecemos à solenidade na Embaixada britânica, em que tivemos a oportunidade de conhecer o Lord Mayor, o Prefeito de Londres. Em conversa informal, assinalei o fato, muito interessante, de que a própria Rainha, quando deseja ingressar na *city* de Londres, precisa pedir a autorização de Lord Mayor. Isso, desde mil cento e qualquer coisa. É uma tradição que os ingleses guardam, claro que fundada em motivos históricos, mas mantida até hoje como a significar algo que considero muito importante: a garantia do bom exercício do poder é que ele seja limitado e que seja submetido a controles e a restrições. As limitações, Senhores Ministros, impostas aos detentores do poder - como eu acabei de exemplificar com essa historietta da Inglaterra - são exatamente o que permite que o Poder seja exercido dentro das balizas constitucionais e sem excessos.

É a Nação britânica que nos ensina, mais uma vez - ela que redigiu a primeira Carta de Direitos -, a necessidade da existência de *checks and balances*, de pesos e contrapesos, de formas de revisão e de reanálise dos atos de um Poder pelo outro.

Para mim, com a devida vênia dos Colegas que já se manifestaram nesse sentido, divergindo do Relator, o ato do Senhor Presidente da República está, sim, sujeito a controle jurisdicional como qualquer outro ato administrativo. Eu espero que, dos votos manifestados hoje, não se tirem conclusões apressadas no sentido de que, em qualquer

processo extradicional, possa o Poder Executivo...

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator) - Eu fico a imaginar o tipo de injunção, de *lobby* que vai se instaurar depois da decisão do Supremo Tribunal Federal, agora, no âmbito do Poder Executivo, pelas razões as mais diversas e para evitar a extradição. Nós já tínhamos os antecedentes que estavam se tornando comuns, porque nós estamos a construir – a ser essa a posição majoritária da Corte – uma ação rescisória da decisão do Supremo Tribunal Federal em matéria de extradição. Eu fico a imaginar. Não quero ser bom profeta - aquele que acerta -, mas fico a imaginar o tipo de *lobby* que vai se instalar agora para evitar a extradição, invocando qualquer dessas cláusulas abertas de tratados. Eu fico a imaginar. Aqui, ora por razão política, ali, por outra razão de índole econômica ou coisa do tipo. Eu fico a imaginar, porque está-se a consagrar - sem possibilidade de controle - a possibilidade de que a decisão do Poder Executivo – isto, realmente, só no Brasil – rescinda uma decisão do Supremo Tribunal Federal. Não é preciso ser adivinho.

O Senhor Ministro Ayres Britto - Mas não houve decisão no rigor técnico.

O Senhor Ministro Ricardo Lewandowski - Ou vice-versa.

O Senhor Ministro Gilmar Mendes (Relator) - Não, isso é normal, do Poder Judiciário é normal, é fazer o controle. Agora, realmente, e eu fico a imaginar o que vai ocorrer. Que cenários nos aguardam nesse contexto?

O Senhor Ministro Ayres Britto - Não é pelo temor do abuso que irá se proibir o uso. O uso é legítimo.

O Senhor Ministro Luiz Fux - Ministro Ayres Britto, Vossa Excelência me permite?

Essa preocupação do Ministro Gilmar Mendes se afastaria por completo se seguisse aquela máxima de Piero Calamandrei: a Justiça é como uma divindade, só aparece para os que nela creem. Então, se Vossa Excelência acreditar no juízo do nosso País, na independência do juízo do nosso País, que diz o que pensa até o final, Vossa Excelência não terá esse temor que agora preanuncia da sua própria imaginação.

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Eu gostaria, Senhor Presidente, que, também a mim, fosse facultada a palavra sem maiores interrupções já que estamos muito adiantados na hora. A Corte está cansada, bem como os senhores advogados que nos acompanham. E ainda falta ouvirmos o voto de Vossa Excelência.

Portanto, apenas para concluir, Senhor Presidente, as breves anotações que fiz em resumo de meu voto escrito, digo que, no caso presente – um caso extremamente simples de pedido de extradição executória -, o Tribunal examinou e entendeu, ao longo desse pedido de extradição, que não se tratava de delito político. Eram crimes comuns os que haviam sido praticados, e não estava o extraditando ao abrigo de qualquer possibilidade de concessão de refúgio, como havia sido, anteriormente, imaginado pelo Senhor Ministro da Justiça.

Portanto, o que o Tribunal deferiu foi esta extradição. E entregou ao Senhor Presidente da República a execução da extradição. Ao longo do nosso julgamento - e vários dos Colegas relembram isso - é verdade que se cogitou desta peculiaridade trazida na undécima hora, ou seja, se o Presidente era ou não vinculado à decisão do Supremo Tribunal Federal. E – não surpreendentemente – não havia jurisprudência. Não temos precedente para o caso. E não temos precedente, exatamente, porque a questão nunca se colocou antes. Não sei de nenhum exemplo - e gostaria que me ilustrassem, se houver -, de uma ordem de extradição concedida pelo Supremo Tribunal Federal que não tenha sido executada

pelo Poder Executivo.

O Senhor Ministro Ayres Britto - Porque ele não quis Excelência. Em cima do Tratado, conforme o Supremo disse.

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Esse é o primeiro caso. Pois não. Eu vou chegar, então, no ponto que Vossa Excelência toca, quer dizer, esse pode ser o caso inaugural. Muito bem. Mas o Supremo, também, quando decidiu, delimitou - eu me recordo muito bem, foi até por iniciativa do Ministro Lewandowski - que essa atuação do Poder Executivo ficaria balizada pelo Tratado de extradição firmado com a Itália. Pois bem, então, vamos examinar o Tratado de Extradicação. Ele contém algumas hipóteses em que, realmente, a extradição não se executa. Ela não se executa, sendo extradição executória, se a pena por cumprir for inferior a 9 meses. É o que diz o artigo II, incisos 2 e 3 do Tratado de Extradicação.

A extradição executória, por igual, não será concedida, nos termos do artigo III, em diversas hipóteses: *a, b, c, d e e*, que são hipóteses expressamente examinadas por esta Casa quando recusou legitimidade ao refúgio concedido.

Quanto à letra "*f*", que agora, também, o Ministro Brito reforça com um outro dispositivo do artigo V.

O Senhor Ministro Ayres Britto - É, a letra "*a*".

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Isso. O que nós temos em claras palavras expresso é que a parte requerida, no caso o Brasil... E quando falo "parte requerida", eu não estou mencionando nem o Supremo Tribunal nem o Poder Executivo. Parte requerida é o Estado brasileiro. Ora, o Estado brasileiro se manifesta por seus Três Poderes. E, neste caso, temos uma processualística que envolve a participação de

mais de um Poder. No caso, passa, inicialmente, o processo pelo Poder Executivo, seu Ministério de Relações Exteriores, que recebe a nota verbal, encaminha ao Ministério da Justiça, para exame de requisitos formais, e esses, por sua vez, o encaminha a este Tribunal. Toda a tramitação é feita dentro desses vasos comunicantes, dentro dessa cooperação entre órgãos diferentes do Estado brasileiro. O Tratado de Extradicação, por sua vez, é uma manifestação clara de uma política de cooperação internacional em matéria criminal, que em nada se opõe nem obstaculiza o respeito aos direitos humanos, diga-se de passagem.

A letra "f", desse artigo III do Tratado, diz que a parte requerida - no caso o Brasil - poderá não executar a extradicação se tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação. Ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados. É bom não esquecer, na redação desse artigo, essa expressão que está intercalada: razões ponderáveis".

Senhores Ministros, perdoem a minha impertinência, mas eu li e reli o parecer oferecido pela Advocacia da União ao Senhor Presidente da República, e ali não encontrei menção a qualquer razão ponderável, a qualquer indício que nos levasse à conclusão de que o extraditando pudesse ser submetido a condições desumanas. Não há nenhuma indicação no parecer. E, como o Senhor Presidente da República apenas acolheu esse parecer, não lhe acrescentando qualquer outra razão, e o Tribunal já se manifestou a respeito dessas questões no processo extradicional, não há possibilidade de rever a posição.

Verifico também que o Estado requerente da extradicação, a República italiana, quando aponta essa inanidade do parecer, está absolutamente correta. Não verificamos o ingresso de qualquer nova razão, não verificamos o ingresso de qualquer nova evidência em tudo que já tinha sido examinado por este Tribunal.

Então, onde estão fatos reais, fatos atuais, que sirvam de apoio à aplicação dessa medida do Presidente da República? Onde? Não há. A mera impressão de um Procurador, de um Advogado da União, parecerista, de que se pudesse alegar essa hipótese constante da alínea "f" esbarra na própria e clara redação do dispositivo. Volto a frisar: é preciso que haja razões ponderáveis. O artigo 5º, Ministro Britto, também fala em algo parecido com "razões ponderáveis". É preciso que haja fatos, é preciso que haja um mínimo de indícios. Estamos considerando que, se acaso for extraditada, a parte receberá um tratamento desumano, ou será o Estado requerente incapaz de lhe salvaguardar a existência e a dignidade. Realmente não vejo qualquer evidência disso, qualquer demonstração dessas "razões ponderáveis".

O Senhor Ministro Ayres Britto - É a partir dos incisos 109, 110, 124 e 125.

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Mas nenhum fato, nenhum indício.

O Senhor Ministro Ayres Brito - Nenhum fato.

A Senhora Ministra Ellen Gracie - Só afirmações, alegações, antevistas, impressões, sentimento, premonição. Não sei o que seria, mas fatos e mínimo de indícios não há, Ministro, *data venia*, respeitando a posição de Vossa Excelência.

De modo que essa manifestação, segundo penso, não é suficiente para fundar uma decisão cassatória de decisão anterior desta Corte. O tratado é a lei aplicável. Como o contrato é lei entre as partes, o tratado é a lei entre as nações. É a observância dos tratados que garante a paz. De modo que vejo com muita preocupação que o Tribunal esteja se encaminhando no sentido de ignorar a existência de um acordo

internacional solenemente firmado pelo Brasil, aprovado pelo nosso Parlamento, interiorizado como legislação brasileira e, cuja determinação de aplicação, após verificada a concordância entre o pedido manifestado pela República italiana e este tratado, já foi asseverado pelo Tribunal.

O Senhor Ministro Relator fez questão de transcrever no seu voto excertos de manifestações de inconformidade com a decisão do Presidente da República ocorridas na Itália. Essas manifestações de inconformidade permearam as sustentações orais e foram também objeto de alguma consideração pelos Colegas. Mas, se prestarmos atenção nelas, elas revelam apenas um descontentamento com a concessão do refúgio, um descontentamento com a atuação das autoridades brasileiras. Nunca verifiquei, em qualquer dessas transcrições, qualquer desejo de vindita contra o extraditando como foi afirmado da tribuna.

Gostaria ainda que os Colegas me cedessem alguns minutos de reflexão sobre essa concepção, que me parece equivocada, de soberania. Soberania o Brasil exerce, sim, quando firma tratados; soberania ele exerce quando cumpre os tratados, não quando os descumpre. A soberania também é garantida à República italiana - e a nossa Constituição, já no seu preâmbulo garante que seja assim.

E o que pretende a República italiana? O que pediu a República italiana ao Estado brasileiro? A extradição para fazer cumprir uma pena já imposta a um seu nacional. Nada mais.

A República italiana quer exercitar a sua soberania, com a qual o Brasil havia se comprometido a colaborar através da redação do Tratado. Não há nada que se possa parecer a uma injusta perseguição na pretensão de um Estado de fazer valer a sua jurisdição. O não cumprimento da sentença conduz ao sentimento geral de impunidade, que o Estado italiano não pretende tolerar.

A Corte foi insistentemente provocada a manifestar-se sobre a regularidade do processo criminal a que foi submetido o extraditando. Isso não faz parte da nossa competência. Essa tarefa não é do Estado brasileiro. Nenhum país tem poderes revisionais sobre as decisões judiciais dos outros. No entanto, é exemplar esse caso, porque a decisão foi submetida a reexame e confirmada em três instâncias do Poder Judiciário italiano. Foi confirmada também pela Corte Europeia de Direitos Humanos. E não há nada, até agora, demonstrado, que pudesse sugerir injusta e discriminatória perseguição ao extraditando.

O Governo italiano, portanto, pede ao Governo brasileiro a entrega do seu cidadão para que cumpra a pena a que foi condenado, assim como já cumpriram pena todos aqueles que integravam o mesmo grupo a que ele pertencia.

Eu creio que o Senhor Presidente da República foi induzido a erro por um parecer deficiente que não faz jus às tradições da Advocacia-Geral da União. O Senhor Presidente da República contrariou um dos princípios basilares que regem as relações internacionais do Brasil, ou seja, o inciso VIII do artigo 4º, no que diz respeito ao repúdio ao terrorismo.

Este ato, Senhor Presidente, com a vênua dos que pensam diferentemente, não pode ser mantido. Qualquer ato do Presidente da República, e também este, está sujeito ao controle jurisdicional. Não existe, na ordem nacional, que eu saiba, atos isentos ao controle jurisdicional. Os brasileiros nos esforçamos muito, e durante muito tempo, para fazer valer uma ordem democrática e não pretendemos autorizar quaisquer atos de arbítrio.

É nesse sentido o meu voto, que estará melhor expressado nas razões escritas, em que manifesto a concordância com a posição do eminente Ministro Relator.

08/06/2011

PLENÁRIO

PETIÇÃO AVULSA NA EXTRADIÇÃO 1.085 REPÚBLICA ITALIANA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, a matéria de fundo está vencida. Só tenho duas palavras, ou melhor, um registro a fazer quanto à natureza da decisão do Supremo e também à natureza do ato de Sua Excelência o Presidente da República. E esse registro é muito simples: não fui aluno, em Internacional Público, dos mestres Francisco Rezek e Mirtô Fraga, fui aluno de Celso de Albuquerque Melo. Voto no sentido da expedição imediata, que já tarda, do alvará de soltura.

08/06/2011

PLENÁRIO

PETIÇÃO AVULSA NA EXTRADIÇÃO 1.085 REPÚBLICA ITALIANA

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Eu não cansaria Vossas Excelências depois do voto tão exaustivo do Relator, Ministro Gilmar Mendes.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR) - Senhor Presidente, eu só gostaria de dizer que eu fiz esse voto exatamente para mostrar, inclusive, que era inseparável, que não se resolvia a questão numa abordagem preliminar - até porque, para falar de uma preliminar, tinha-se que examinar as questões de fundo, como se pretendia insinuar.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Ministro, não estou fazendo crítica à extensão do seu voto, não. Estou, antes, até elogiando-o. Ele foi exaustivo e, por isso, desobriga-me de ser menos sintético. E, de outro lado, depois de, no julgamento da Extradicação, como Relator, ter proferido, como proferi, um voto de 217 (duzentos e dezessete) páginas que respondeu a muitos, senão a quase todos os argumentos ressuscitados nesta data - e que não vou rememorar, com o devido respeito, porque não é o caso, não apenas em respeito a Vossas Excelências, diante do adiantado da hora, mas pela circunstância de até aquilo que, como no caso, aparenta grande complexidade teórica pode ser reduzido a um esquema muito simples -, vou tentar sintetizar meu raciocínio, pedindo vênias à douta maioria já formada.

O que o Tribunal decidiu neste caso - e posso dizê-lo em resposta, porque fui o Relator do acórdão, sem que seu texto e a redação das ementas que elaborei tivessem sofrido qualquer contestação de quem quer que seja - e que releva para a hipótese?

Primeiro, cassou o ato de concessão de refúgio, reconhecendo que não havia nenhum fato capaz de caracterizar fundado receio de perseguição política, nem havia nenhuma prova de risco atual de perseguição - tudo isso é textual do acórdão.

Em segundo lugar - e também isto é textual do acórdão -, ao

decretar a extradição, o Tribunal decidiu que o Presidente da República, quanto à entrega do extraditando, deveria observar os termos do Tratado celebrado com o Estado requerente. Noutras palavras, porque houve, na oportunidade, quatro votos vencidos quanto ao caráter puramente discricionário do ato da Presidência da República, o Tribunal, na verdade, impondo clara restrição ao campo de sua deliberação, declarou que se tratava, e a meu ver se trata, de ato regrado, limitado à observância do Tratado.

Pois muito bem, para efeito de reflexão: o Senhor Presidente da República tem a faculdade incoercível de praticar, aí, sim, um ato político como tal, quando pode submeter, ou não, ao Supremo Tribunal Federal, o pedido de extradição. Se o Presidente da República, no exercício desse poder, decide submeter o pedido de extradição ao Supremo Tribunal Federal, a pergunta que se propõe a respeito é: para que fim o submete? Para fazer mera consulta ao Supremo Tribunal Federal, transformando-o em órgão de consulta do Executivo, como se fôssemos consultores -gerais da República? Não, evidentemente não.

Para quê, então? Para legitimar a eventual prática do ato de entrega. E aí é que está a perspectiva da previsão da lei em tutela do extraditando. O Presidente da República submete o caso ao Supremo Tribunal Federal para que este declare que o ato de entrega será, ou não, legítimo; ato de entrega que, na submissão do pedido à Corte, já implicou a intenção prévia e tácita de entregar o extraditando, se o Supremo reconhecer a legitimidade do pedido. No caso, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade do pedido e, portanto, verificou todas as condições de resguardo da condição jurídica do extraditando, e decretou a extradição.

A pergunta seguinte é: o ato de cumprimento de acórdão do Supremo Tribunal Federal, por parte do Senhor Presidente da República, quando a extradição seja decretada, é ato político discricionário, não sujeito a controle jurisdicional algum? Tenho que não. O Senhor Presidente da República pratica, indiscutivelmente, ato político discricionário, quando assina o tratado, comprometendo-se a cumprir-lhe todos os termos. Quando o tratado, assinado pelo Senhor Presidente da

República, é incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, mediante observância das formalidade constitucionais, não há, hoje, quem negue que o tratado se transforma em norma jurídica de direito interno. E, dependendo da matéria, será norma jurídica de Direito Constitucional, quando o tratado tenha por objeto direitos humanos (art. 5º, § 3º, da CF); será norma jurídica de estatura de lei complementar, quando, por exemplo, se refira a matéria tributária, tal como está no artigo 98 do Código Tributário Nacional; ou, nos outros casos, vige como simples norma ordinária. Mas, sempre norma jurídica cogente! Logo, tratado incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro é lei, é norma jurídica de observância compulsória. E o Senhor Presidente da República, ao cumprir o tratado, nada mais faz do que cumprir a lei, porque, em se tratando da condição de lei cogente, há dever jurídico de cumpri-la.

Como, portanto, sustentar-se, com o devido respeito, que ato do Presidente da República sujeito aos termos e limites de uma norma jurídica cogente, ainda que oriunda de tratado internacional, seja ato discricionário ou ato jurídico não controlável do ponto de vista jurisdicional? Com o devido respeito, não posso aceitar essa conclusão e, muito menos, **a fortiori**, quando, no caso, se trata ainda de examinar se o Senhor Presidente da República está, ou não, cumprindo os termos de acórdão do Supremo Tribunal Federal.

O tratado é vinculante para o Senhor Presidente da República, e não há aí liberdade política alguma. De modo que, se surge dúvida a respeito da compatibilidade entre o ato praticado pelo Senhor Presidente da República e a norma e o acórdão, cabe ao Supremo Tribunal Federal, nesse caso, dizer se o Senhor Presidente da República cumpriu, ou não, a norma jurídica e a decisão jurisdicional, impondo-lhes o cumprimento, se é o caso.

Vamos, pois, aos termos do Tratado, na forma que é interpretado nas informações provenientes da Presidência da República. Invocou-se, nelas, textualmente, a cláusula do artigo 3º, inciso I, letra "f", do Tratado. Eu não precisaria lê-lo, mas, para não correr risco de equívoco, torno a repetir que exige *"razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será*

submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, condição social ou pessoal, ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados”.

Indagar o que sejam *razões ponderáveis* é tarefa tão fácil quanto saber o que significa ponderar. Ponderar significa, na linguagem vulgar - e na linguagem jurídica não poderia exprimir outra coisa -, pesar, medir ou avaliar fatos diante de algum critério preestabelecido que lhes dê suporte a um juízo de qualificação, que é em si a ponderação. Noutras palavras, é preciso que haja fato ou fatos suscetíveis de serem confrontados com uma balança, régua ou pauta que lhes permita a ponderação.

Ora, se não há fatos alegados, nem provados, salvo aqueles que já foram examinados, no julgamento da Extradicação, pela Corte, que não os teve por capazes de fundar receio algum de perseguição por qualquer motivo, então não há nem encontrei nenhum ato, nem ouvi, nesta assentada, nenhuma alegação de ato que justificasse a existência de *razões ponderáveis*.

Razões terá tido o Senhor Presidente da República, mas, decerto, as constantes das informações não são ponderáveis. Não são ponderáveis, porque se reduziram, a meu ver, tais informações à expressão última de juízos meramente opinativos, que nem são sequer lógicos no quadro do Tratado. Como entender-se que dois Estados soberanos celebrem um tratado e estipulem cláusula tão supostamente aberta que deixe a um deles a faculdade de formular juízo discricionário de descumprimento? *Razões ponderáveis* aqui equivaleriam a que, quando o Estado não quiser cumprir e não tiver fatos para justificar o descumprimento, simplesmente não tem obrigação de cumprir. O tratado estaria sendo observado só nessa esdrúxula hipótese, a de que se acordou para não ser cumprido!

A mim me parece que contraria toda a lógica supor que a cláusula invocada tivesse sido redigida como dispensa facultativa do exame objetivo sobre a existência de fatos que configurem *razões ponderáveis*, quando seu único sentido compreensível está em permitir que ambos os contraentes do tratado possam ponderar os fatos, para que um não tenha desconfiança de que o outro o está descumprindo sem motivo jurídico.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Sem dúvida. Agora, o Supremo é que não pode sobrepor aos juízos do Presidente da República de suposição e de ponderação os juízos do Supremo de suposição e de ponderação.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Retomando meu raciocínio, é, portanto, importante examinar e interpretar as informações perante os termos e limites da cláusula posta, partindo de um dado relevantíssimo: o fato incontestável de que a eventual entrega do extraditando o submeteria à execução da pena sob o domínio do Poder Judiciário italiano.

Para que a presunção de regularidade dos atos que a Justiça italiana praticaria no exercício de sua função jurisdicional pudesse transformar-se em risco de perseguição ou de agravamento da situação do extraditando, eu teria que exigir não apenas a indicação de fatos que o justificassem, mas sobretudo a prova deles, e, mais, que esses fatos fossem tão graves para autorizar juízo de desconfiança contra o Poder Judiciário italiano. Não os encontro, porém, no caso. Até porque, embora referindo-se a *condição* do extraditando, as informações não dizem qual delas poderia, por mera suposição, ser atingida com a execução da pena. As informações do Presidente da República aludiriam à condição psicológica? As informações respeitariam à condição física? Ou as informações concernem à condição jurídica? Não o saberia dizer. As informações tampouco o esclarecem.

E não preciso ir longe para captar o que essas informações têm de substancial para a minha convicção, com o devido respeito, porque o Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União confessou, nesta assentada, da tribuna, a própria desnecessidade de o esclarecer. Sua Excelência disse textualmente que o Senhor Presidente da República se baseou em mera suposição; que o juízo do Senhor Presidente não era fundado; que era apenas juízo hipotético. Eu gravei tais palavras, e o registro tampouco me desmentirá. Portanto, definiu-o como ato puramente subjetivo e, como tal, com o devido respeito, puramente arbitrário. Por quê? Porque não é possível, nesses termos, controlar sua

veracidade, sua verossimilhança objetiva. Quando se expende pura opinião, é como uma profissão de fé: pode até ser coisa apreciável, mas não é discutível, nem questionável. Quando se diz "*eu suponho que pode acontecer*", e não dou fatos que justifiquem minha suposição, não há quem o possa contradizer ou desmentir.

Como é possível, pois, que o Supremo Tribunal Federal possa avaliar a compatibilidade entre o ato praticado pelo Senhor Presidente da República e a lei, que é o tratado, e a decisão da Corte? É impossível. É simplesmente impossível. E, mais, todo o condicionamento expresso da Corte, no acórdão, para a prática do ato à luz do Tratado, deixou de ter razão de ser. Deixou de ter razão de ser.

Alegou-se ainda que o risco adviria - e também tomei nota da expressão - da "*exuberância da democracia italiana*". O de que o mundo está precisando é de exuberância de democracia, não de pobreza de democracia. Exuberância de democracia é garantia dos cidadãos, inclusive dos condenados criminalmente. E ouvi ainda - agora, do ilustríssimo professor e advogado do extraditando - que haveria "*risco real de sofrer violência no cárcere*." Que fato justifica tal afirmação? Nenhum deu, nem descubro.

Diante desses elementos todos, não posso deixar de concluir, com o máximo respeito que devoto - e Vossas Excelências são testemunhas de que o devoto de fato - a Vossas Excelências, não posso deixar de admitir, não obstante vencido, que estou convencido de que o Senhor Presidente da República, neste caso, descumpriu a lei e a decisão do Supremo Tribunal Federal!

Acompanho o Relator.

PLENÁRIO**EXTRATO DE ATA****PETIÇÃO AVULSA NA EXTRADIÇÃO 1.085**

PROCED. : REPÚBLICA ITALIANA

RELATOR : MIN. GILMAR MENDES

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. LUIZ FUX

REQTE.(S) : GOVERNO DA ITÁLIA

ADV.(A/S) : ANTONIO NABOR AREIAS BULHÕES

EXTDO.(A/S) : CESARE BATTISTI

ADV.(A/S) : LUIZ EDUARDO GREENHALGH E OUTRO(A/S)

ADV.(A/S) : SUZANA ANGÉLICA PAIM FIGUERÊDO

ADV.(A/S) : GEORGHIO ALESSANDO TOMELIN

ADV.(A/S) : ROSA MARIA ASSEF GARGIULO

ADV.(A/S) : LUÍS ROBERTO BARROSO

ADV.(A/S) : RENATA SARAIVA

Decisão: O Tribunal, por maioria, deferiu o pedido do requerente, determinando a expedição de alvará de soltura, se por al não estiver preso, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes (Relator), Ellen Gracie e Presidente, Ministro Cezar Peluso. Redigirá o acórdão o Senhor Ministro Luiz Fux. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello e Dias Toffoli. Plenário, 08.06.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Luiz Fux.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/ Luiz Tomimatsu
Secretário