

Bulhões & Advogados Associados S/S

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES, DD. RELATOR DA EXTRADIÇÃO 1085/REPÚBLICA ITALIANA

REPÚBLICA ITALIANA, pessoa jurídica de direito público externo, devidamente representada pelo advogado signatário, constituído nos precisos termos do instrumento de mandato e demais documentos contidos nos autos, vem respeitosamente a Vossa Excelência, tendo em vista o ato com que o então Excelentíssimo Senhor Presidente da República Federativa do Brasil deliberou não entregar o extraditando **CESARE BATTISTI** à peticionária, a pretexto de "negar a extradição"¹ anteriormente concedida por essa Suprema Corte com a expressa determinação de que Sua Excelência observasse "os termos do tratado celebrado com o Estado requerente, **quanto à entrega do extraditando**", expor e requerer o que a seguir apresenta.

BREVE INTRODUÇÃO

Trata-se de processo de extradição fundado em tratado específico firmado entre Brasil e Itália e instaurado perante essa colenda Suprema Corte, a teor de sua incontornável competência consubstanciada no art. 102, I, g, da Constituição Federal, para cuja deflagração **a peticionária**

¹ O ato presidencial impugnado foi comunicado a essa Suprema Corte em 04.01.2011, através do Aviso nº 0003/2011, emanado do Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Justiça, tendo sido publicado originariamente no DOU de 31.12.2010 - Seção I - Edição Extra - pág. 11.

pediu e obteve, ex vi do art. 13 do Tratado, a decretação da prisão preventiva para fins de extradição do seu nacional **Cesare Battisti**, "condenado definitivamente, naquele País, à pena de prisão perpétua, com isolamento diurno inicial por seis meses (sentenças datadas de 08/04/1991 e de 10/04/1993), pela prática de delitos de homicídio".

Ao decretar a prisão, considerada indispensável à instauração do pedido extradicional, ex vi do art. 84, parágrafo único, da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, modificada pela Lei nº 6.964, de 09 de dezembro de 1981, o **eminente Ministro Celso de Mello, então Relator, consignou que o suporte jurídico desse pedido de prisão preventiva repousava em tratado bilateral de extradição, celebrado, pelo Brasil e pela República Italiana, em 1989, e incorporado, ao nosso sistema de direito positivo interno, desde a sua promulgação pelo Decreto nº 863/93".**

Para a adoção da medida, após averbar que, com relação à pena imposta, a matéria deveria se submeter à jurisprudência hoje prevalecente no Supremo Tribunal Federal quanto "à necessidade de prévia comutação, em pena temporária (máxime de 30 anos), da pena de prisão perpétua", o **eminente Ministro Celso de Mello destacou que "os fatos delituosos pelos quais o súdito italiano em questão foi condenado satisfazem a exigência imposta pelo postulado da dupla tipicidade" e que "os ilícitos penais em causa, de outro lado, não parecem incidir nas restrições, que, estabelecidas pela lei brasileira (Lei nº 6.815/80, art. 77) e pelo tratado bilateral existente entre o Brasil e a República Italiana (Artigo III), impediriam, acaso ocorrentes, a efetivação da própria entrega extradicional".**

A solicitação da prisão foi apresentada por meio da Nota Verbal nº 056, entregue pela embaixada da Itália ao

Ministério das Relações Exteriores da República Federativa do Brasil em 21.02.2007. A prisão de Cesare Battisti foi realizada na cidade do Rio de Janeiro no dia 18.03.2007 (fl. 63 do PPE), seguindo-se a sua transferência para Brasília, onde se encontra sob custódia em estabelecimento da Polícia Civil do Distrito Federal.

Efetuada a prisão preventiva do extraditando, que ingressou no Brasil com passaporte falso (e por isso aqui foi condenado em ação penal perante a 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro) e aqui se encontrava homiziado desde fins de 2004, sobreveio a formalização do pedido de extradição, com indubitável tempestividade (incisos 3 e 4 do art. 13 do Tratado), mediante o encaminhamento à Chancelaria brasileira de nova Nota Verbal (fls. 03/05 e 61/63 dos autos), em 24.04.2007. O feito foi autuado e registrado nessa Suprema Corte como "Extradição 1.085 - República Italiana" e se fez acompanhar dos documentos exigidos pela Lei nº 6.815/80 e pelo Tratado de Extradição firmado entre Brasil e Itália.

Na perspectiva do julgamento do processo de extradição, após parecer com que o eminente Procurador-Geral da República opinou pelo seu deferimento, o extraditando obteve o *status* de refugiado por ato do Senhor Ministro da Justiça, mediante recurso assestado em face de decisão denegatória desse benefício pelo Comitê Nacional para os Refugiados - CONARE. E, em consequência, requereu a extinção da extradição por aplicação de dispositivo da lei brasileira que instituiu mecanismos para a implementação da Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados -- o que levou a Suprema Corte a deliberar, incidentalmente, por provocação da República Italiana, ora peticionária, sobre a validade do aludido ato concessivo de refúgio, como preliminar do exame do pedido de extradição.

Daí decorreu o acórdão com que o Plenário da Suprema Corte, preliminarmente, desconstituiu o refúgio ilegalmente concedido ao extraditando e, ao examinar a solicitação de extradição à luz do tratado bilateral firmado entre Brasil e Itália, no exercício da incontornável competência prevista no art. 102, I, g, da Constituição Federal, deferiu o pedido formulado pela ora peticionária, restando mantida a prisão para fins de extradição, nos precisos termos resumidos na ementa publicada no DJe de 16.04.2010, de cujo teor colhe-se o seguinte excerto:

"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" (grifos da peticionária).

Vale dizer: concedida a extradição com os efeitos acima especificados² e mantida a prisão pelo Plenário da Suprema Corte, o extraditando deverá permanecer preso, à disposição do Tribunal, segundo a inteligência do art. 213 do RISTF (art. 84, parágrafo único, da Lei nº 6.815/80), até a deliberação plenária sobre a sua revogação, ou não, após indispensável exame da compatibilidade entre o ato de "negativa de extradição" do Presidente da República e o aresto com que a Suprema Corte diversamente "concedeu a extradição" com a expressa advertência de que o Chefe do Executivo não dispunha de poder discricionário em tema de entrega ou não do

² O aresto concessivo da extradição pelo Plenário da Suprema Corte transitou em julgado em 16.04.2010.

extraditando. A propósito, versando sobre a questão específica da entrega de Battisti à República Italiana, Mirtô Fraga, uma das maiores autoridades brasileiras sobre a matéria, ponderou que "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", porquanto "[é] necessário garantir que a entrega possa efetivar-se"³.

Ressalte-se que, por essas razões, a relevantíssima questão da revogação, ou não, da prisão de CESARE BATTISTI consubstancia incidente de execução que deverá ser oportunamente levado ao Plenário pelo Relator do processo, eminente Ministro Gilmar Mendes, conforme recente decisão proferida pelo eminente Ministro Cezar Peluso, Presidente do Tribunal, que negou monocraticamente pedido de "expedição de alvará de soltura" em favor do extraditando. E espera a República Italiana, ora peticionária, que, nessa oportunidade, a prisão decretada para fins de extradição seja mantida até a efetiva entrega do extraditando porque, conforme se demonstrará a seguir, o ato presidencial de "negativa da extradição" é nulo por falta de motivação ou por falta de motivação idônea e por consubstanciar, com efeito, desvio de poder e grave ilícito interno e internacional, revelando-se de todo afrontoso à soberania italiana e ofensivo às suas instituições, além de usurpar competência dessa colenda Suprema Corte e atentar contra a autoridade e eficácia do aresto concessivo da extradição de que se cuida.

O TEOR DO ATO PRESIDENCIAL IMPUGNADO E A POSSIBILIDADE DE SUA IMPUGNAÇÃO INCIDENTAL NOS AUTOS DO PROCESSO DE EXTRADIÇÃO

Transitado em julgado o v. acórdão com que esse colendo Supremo Tribunal Federal desconstituiu o refúgio

³ Mirtô Fraga, *Colocando os pontos nos is*, artigo publicado no Correio Braziliense, edição de 11.11.2009.

concedido ao extraditando Cesare Battisti e, em consequência, deferiu a sua extradição, com a conformação constante da ementa publicada no DJe de 16.04.2010, expediu-se a devida comunicação ao Poder Executivo, através do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Justiça, mediante as Mensagens n°s 2061 e 2060, respectivamente, para fins de seu cumprimento, em atenção às **atribuições que incumbem àquele Poder quanto à entrega do extraditando**, como expressamente se resumiu no item 8 da ementa do aresto em comento, **mais particularmente com relação aos atos do Senhor Presidente da República na terceira e última fase da demanda extradicional**.

Decorridos mais de sete meses dessas comunicações, sem qualquer manifestação formal do Senhor Presidente da República, a República Italiana, através de sua Embaixada no Brasil, foi surpreendida com a notícia de que o então Excelentíssimo Senhor Presidente da República Federativa do Brasil havia, mediante ato publicado em edição extra do Diário Oficial da União de 31.12.2010, "negado o pedido de extradição" de Cesare Battisti formulado pela República Italiana. É ler-se o inteiro teor do ato noticiado como publicado no veículo oficial de comunicação da União:

"ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Processo n° 08000.003071/2007-51. Parecer n° AGU/AG - 17/2010, adotado pelo Advogado-Geral da União Substituto, referente ao pedido de Extradição n° 1.085, requerido pela República Italiana. Em face dos fundamentos, aprovo o Parecer e nego a extradição. Em 31 de dezembro de 2010".

A despeito da relevância e das consequências desse ato presidencial, a sua publicação não faz qualquer menção ao extraditando Cesare Battisti nem a fatos e motivos que justifiquem a conclusão de negativa da extradição, em descumprimento ao disposto no art. 2º, parágrafo único, VII,

da Lei nº 9.784/99. Referiu apenas que, no âmbito do Processo nº 08000.003071/2007-51, o Advogado-Geral da União Substituto havia adotado o "Parecer nº AGU/AG - 17/2010", cujos fundamentos foram acolhidos para negar a extradição requerida pela República Italiana. Nada mais, nada menos.

Não há negar, a motivação do ato impugnado resultou absolutamente incógnita, porquanto não se atendeu a requisito indispensável à sua validade. Afinal, ato que nega extradição apoiada em tratado internacional específico incorporado à ordem jurídica brasileira como lei tem natureza regradada ou vinculada. Assim, em se tratando de pretensa motivação *per relationem*, a validade do ato que adota essa orientação reclama a publicação do fundamento tomado como empréstimo para a sua prática, sob pena de nulidade, por infringência dos arts. 2º, parágrafo único, V e VII, e 50, I, e § 1º da Lei nº 9.784/99, e 37 da Constituição Federal.

Vale dizer, os pretensos fundamentos do ato (no caso, o que se conteria no referido parecer da Advocacia-Geral da União e no despacho com que o Advogado-Geral Substituto o adotou) não tiveram publicidade oficial e, portanto, não podem ser considerados parte integrante do ato cuja publicidade não atendeu a requisito de sua indispensável validade. Não supre o grave vício indicado o fato de o Senhor Ministro da Justiça haver, por provocação do eminente Ministro Cezar Peluso mediante o "Ofício nº 457/P. Extradição n. 1.085. CESARE BATTISTI", comunicado, via Aviso nº 0003-MJ, "que, por Decisão publicada na Edição Extra do Diário Oficial nº 251-A, Seção I, pág. 11, de 31 de dezembro de 2010, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República negou o pedido formulado pelo Governo da Itália nos autos do processo administrativo n. 08000.003071/2007-51, em face do nacional daquele país, CESARE BATTISTI, tendo como fundamento Parecer AGU/AG - 17/2010, em

anexo, cujo teor foi adotado pelo Advogado-Geral da União" (fls. 4260/4331).

E não supre pela razão já exposta, segundo a qual somente o lacônico e incompreensível ato presidencial, *concessa maxima venia*, foi objeto de publicação, não o tendo sido o "Parecer AGU/AG - 17/2010", a cujo teor, em pretensa motivação *per relationem*, se reportou como fundamento de sua edição. Isso é o quanto basta para ter-se como absolutamente insubsistente o ato impugnado, por falta de publicidade oficial do conteúdo do que seria a sua fundamentação, a teor dos dispositivos legais e constitucionais retro referidos, sabido, ademais, que na ordem jurídica "a publicidade constitui um requisito essencial para que o ato administrativo ganhe validade", como advertido por Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, em clássica obra, ao se reportar à uníssona doutrina nacional e estrangeira acerca do tema⁴.

Saliente-se que essa incontornável exigência tem efeitos práticos significativos: o ato administrativo tem de ser publicado em sua íntegra, ainda quando tenha adotado fundamentação *per relationem*, pois é a partir de sua publicidade que, por razões de segurança jurídica, o ato ganha existência, validade e contornos de imutabilidade quanto ao seu conteúdo -- não servindo para suprir-lhe omissões ou corrigir-lhe outros vícios e defeitos a tardia consideração de motivos e fundamentos que não tenham sido contemporâneos à sua edição, como também adverte a unanimidade dos publicistas nacionais e estrangeiros⁵. Realmente, após a edição do ato, se

⁴ In *Atos Administrativos*, Editora Saraiva, São Paulo, 1980, pág. 327.

⁵ Por todos que se ocuparam da matéria entre nós, confira-se Celso Antonio Bandeira de Melo, in *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editora, 10ª edição, 1998, págs. 243/245: "(...) Parece-nos que **a exigência de motivação dos atos administrativos, contemporânea à prática do ato, ou pelo menos anterior a ela, há de ser tida como uma regra geral**, pois os agentes administrativos não são 'donos' da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade, esta, sim, senhora de tais interesses, visto que, nos termos da Constituição, 'todo o poder emana do povo (...)' (art. 1º, parágrafo único). Logo, parece óbvio que, praticado o ato em um Estado onde tal preceito é assumido e que, ademais, qualifica-se como 'Estado Democrático de Direito' (art. 1º, *caput*), proclamando, ainda, ter como um de seus fundamentos a 'cidadania' (inciso II), os cidadãos e em particular o interessado no ato têm o *direito* de saber *por que* foi praticado, isto é,

este não estiver publicado em sua integralidade, pode haver extemporaneamente o acréscimo de considerações e fundamentos novos não contemplados inicialmente como forma de tentar remediar vícios e defeitos incontornáveis verificados posteriormente à sua genérica e lacunosa publicação⁶.

Sobremais, a par de sua invalidez pelo motivo acima exposto, caso se entenda que essa questão da publicidade estaria suprida pela remessa do parecer da AGU a essa Suprema Corte, através do aviso ministerial retro referido, ainda assim **o ato impugnado não poderia prevalecer por também consubstanciar grave ilícito interno e internacional, que afronta a soberania italiana, ofende as suas instituições, além de usurpar competência dessa colenda Suprema Corte e atentar contra a autoridade e a eficácia do aresto concessivo da extradição de que se cuida --** matérias de que esta impugnação se ocupará mais adiante, sem prejuízo do ajuizamento de reclamação.

Destaque-se, desde logo, todavia, que é perfeitamente possível exercer-se o controle incidental da legalidade do ato presidencial ora impugnado nos autos da extradição, sem prejuízo de outros meios autônomos de impugnação: desconstituído o refúgio e concedida a extradição de Cesare Battisti à República Italiana, ora impugnante, com a manutenção da prisão decretada pelo Plenário do Tribunal, a revogação dessa medida constritiva da liberdade do extraditando, à consideração de ato presidencial denegatório da extradição anteriormente concedida pela Suprema Corte, está

que fundamentos o justificam. (...). Acresce que, se **os próprios julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário devem ser fundamentados**, pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição e CPC, art. 458, II), e **as decisões administrativas dos Tribunais terão de ser motivadas** (inciso X do mesmo artigo), **a fortiori deverão sê-lo os atos administrativos oriundos de quaisquer dos outros Poderes**" (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editora, 10ª ed., São Paulo, 1998, págs. 243 e 245).

⁶ Registre-se que a peticionária, que é pessoa jurídica de direito público externo, só veio a ser cientificada recentemente pelo Ministério das Relações Exteriores do ato presidencial que, a pretexto de aplicar o tratado específico Brasil/Itália, "negou a extradição" de Cesare Battisti. E acrescente-se que só veio a ser notificada do ato como comunicado a esse col. STF pelo Ministério da Justiça, conforme Aviso nº 0003-MJ, em data de 25.01.2011, a teor da certidão de fl. 4339 dos autos.

a exigir o exame da compatibilidade entre esses dois atos -- o de caráter administrativo vinculado do Poder Executivo e o de natureza judicial proferido pela Suprema Corte no exercício da incontornável competência constitucional inscrita no art. 102, I, g, da Constituição Federal.

Esse entendimento encontra respaldo em decisão proferida nos próprios autos da extradição, onde se verifica que essa Suprema Corte, em circunstâncias análogas, admitiu o controle incidental sobre o refúgio que havia sido concedido no curso do processo pelo Ministro da Justiça e posteriormente invocado, no âmbito da mesma demanda extradicional, como causa externa anômala capaz de gerar o prejuízo ou extinção do feito sem julgamento do mérito (v. item 1 da ementa do aresto publicado no DJe de 16.04.2010⁷). E ainda mais se justifica a adoção dessa orientação no caso concreto quando se verifica que **está em jogo o necessário e indispensável exame da compatibilidade entre o ato presidencial e o aresto concessivo da extradição, em ordem a verificar-se se não teria havido usurpação da competência da Suprema Corte e atentado à autoridade e à eficácia daquela decisão, a par de também dever-se examinar a legalidade do ato do executivo em face do tratado de extradição cuja observância foi determinada expressamente no provimento jurisdicional noticiado.**

Por fim, o interesse jurídico da República Italiana, ora impugnante, na declaração de nulidade ou anulação do ato presidencial impugnado é manifesto por consubstanciar legítima e inafastável faculdade de impugnar a recusa da extradição por ela solicitada ao Brasil nos termos

⁷ Veja-se o inteiro teor desse item da ementa do aresto proferido na Extradição 1085 - República Italiana, publicado no DJe de 16.04.2010: “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 concede 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”.

de tratado específico firmado e vigente entre os dois países. Nesse contexto, não se pode deixar de mencionar que a República Italiana preenche e esgota o âmbito de legitimação e interesse para deduzir a impugnação de que se cuida contra o ato presidencial que, precisamente por não estar conforme a lei, a Constituição e o aresto proferido por essa Suprema Corte nos autos, "negou o pedido de extradição" sem sequer poder definir o *status* jurídico do extraditando no Brasil: não se trata de refugiado, nem de asilado político, nem de imigrante legal; cuida-se, ao revés, de imigrante ilegal condenado pela Justiça Federal pelo cometimento de fraude em sua entrada e permanência no país, sujeitando-se, *pour cause*, a expulsão (art. 65, parágrafo único, a, da Lei nº 6.815/80).

A rigor, a manifesta ilegalidade do ato ora atacado projeta a convicção de que, na realidade, Cesare Battisti teria sido beneficiado por uma espécie de "refúgio disfarçado", vale dizer, de um refúgio concedido com inconcebível fraude à lei, à Constituição, ao tratado de extradição vigente entre os países e, finalmente, com menoscabo ao aresto com que essa Suprema Corte desconstituiu anterior refúgio concedido pelo Executivo e, ao depois, deferiu a extradição declarando que o Senhor Presidente da República não teria poderes discricionários na entrega do extraditando, devendo, ao revés, cumprir o tratado.

ANÁLISE CRÍTICA DO ATO PRESIDENCIAL E DE SUA PRETENSA FUNDAMENTAÇÃO

Como se viu no capítulo anterior, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República com mandato até o último dia 31 de dezembro, fez veicular em Edição Extra do Diário Oficial da União daquela data lacônico e quase incompreensível ato mediante o qual declarou que, com

fundamento no "Parecer nº AGU/AG - 17/2010, adotado pelo Advogado-Geral da União Substituto" nos autos do "Processo nº 08000.003071/2007-51", negava a extradição requerida pela República Italiana. O parecer da AGU em que o ato se teria fundado não foi publicado no Diário Oficial da União, razão por que se alegou a nulidade do ato presidencial por falta de motivação, a teor da fundamentação retro expendida e dos arts. 2º, parágrafo único, V e VII, e 50, I, e § 1º da Lei nº 9.784/99, e 37 da Constituição Federal.

Em atenção ao princípio da eventualidade, admitindo-se que o ato ora impugnado pudesse subsistir quanto à exigência de publicidade, em razão da comunicação do seu teor a essa colenda Suprema Corte através de aviso ministerial, ainda assim não poderia ele prevalecer em decorrência dos graves vícios que o acometem e que o nulificam de forma radical, como se verificará, primeiro, através da análise crítica dos pretensos fundamentos contidos no referido parecer que teria servido de base para a prática do ato e, ao depois, através do exame específico das patologias incuráveis do próprio ato presidencial impugnado e de sua incompatibilidade com o aresto de concessão da extradição pelo STF.

No âmbito da Advocacia-Geral da União, noticia-se que, a partir da comunicação do teor do v. aresto com que essa colenda Suprema Corte desconstituiu refúgio concedido a Cesare Battisti pelo Ministro da Justiça e, em consequência, deferiu sua extradição à República Italiana, ora peticionária, instaurou-se o Processo Administrativo nº 08000.003071/2007-51, em cujo âmbito o Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado Chefe da Advocacia-Geral da União Luís Inácio Adams solicitou e obteve parecer (Parecer nº AGU/AG - 17/2010) encimado por esta ementa:

"Extradição 1.085 - República Italiana. Supremo Tribunal Federal. Margem de discricionariade do Presidente. Aplicação do tratado. Ponderáveis razões para suposição de que o extraditando poderia ser submetido a atos de discriminação, por motivo de situação pessoal."

A leitura do parecer que se disse adotado como fundamento do ato de "negativa da extradição requerida pela República Italiana" revela, do início ao fim, anunciado comprometimento com a tese de não entrega de Cesare Battisti à República Italiana, veiculada no ato presidencial atacado e no aludido parecer como consubstanciadora de negativa de extradição.

Em suas considerações preliminares, o parecer, à guisa de resumo do que nele se considerou e desenvolveu, destacou primeiramente, numa sintomática revelação da linha preconcebida e anunciada, que "[n]o núcleo do desate do problema há margem de discricionariade que o Presidente da República detém, no sentido da própria interpretação do tratado", para logo registrar:

"2. A presente manifestação principia por colocar objetivamente os contornos do problema. Segue com investigação a propósito do requerimento de extradição encaminhado pelas autoridades italianas. Procura-se esquadriñar o conteúdo do decidido pelo Supremo Tribunal Federal no contexto da Extradição nº 1.085. Reproduz-se o tratado de extradição firmado entre Brasil e Itália. Indicam-se peculiaridades, características, posições e divergências que se desdobram no aqui estudado Caso Battisti. Conclui-se que há ponderáveis razões para se supor que o extraditando possa ser submetido a agravamento de sua situação pessoal. E que, se plausível a premissa, deve-se aplicar o tratado, no sentido de se negar a extradição, insista-se, por força de disposição do próprio tratado, que confere discricionariade, ao Presidente da República, nos termos do já referido tratado."

Em seguida, em pouco mais de duas laudas, cuida no capítulo I, compreendendo os itens 03 a 11, do que

denominou de "Introdução e Contornos do Problema", para consignar e concluir, após fazer referência a tratados de extradição firmados com alguns outros países:

"3. O problema se insere no quadro geral de competências do Presidente da República, matizado em termos constitucionais e, no caso, temperado pelos contornos do Tratado de Extradição que Brasil e Itália firmaram. Há discricionariedade, como consequência da aplicação do Tratado, que conta com regra específica neste sentido. **Preocupações para com eventual agravamento a ser sofrido pelo interessado, bem como o contexto que o espera**, conformam-se nos dois planos interpretativos que a questão propõe. (...).

10. Ao longo das razões que seguem evidencia-se certa apreensão para com eventual tratamento a ser enfrentado pelo extraditando. **Pelo que se apreende de acompanhamento da imprensa, pode haver motivos que justificariam pelo menos a mais absoluta cautela, no caso de eventual entrega do indivíduo reclamado pelas autoridades italianas. Isto é, há fundadas razões para suposição de que o extraditando possa ter agravada sua situação pessoal.** E tal suposição não sugere, e nem suscita, e nem cogita, de qualquer ato de hostilidade para com as autoridades do Estado-requerente.

11. A questão exige que se proteja, do modo mais superlativo possível, a integridade de pessoa eventualmente exposta a perigo, em ambiente supostamente hostil. Há pano de fundo que se relaciona com pensamento criminológico humanitário, especialmente no sentido de que o direito penal consista também num conjunto de constrições que representa custo que deve ser justificado. Não se pode negar o clamor que o problema provoca, interna e externamente. Tem-se questão que divide opiniões, que remete o intérprete a inúmeras dúvidas."

No capítulo II, compreendendo os itens 12 a 37, o parecer se ocupou de relatar "O pedido de extradição de Cesare Battisti", aí fazendo menção a questões incidentais como, v.g., o indeferimento de pedido de refúgio ao extraditando e o posterior acolhimento, pelo Senhor Ministro de Estado da Justiça de então, de recurso interposto contra aquela decisão denegatória para conceder-se o *status* de

refugiado político. Interessante observar que, mesmo fazendo mero relato cronológico dos fatos alusivos à extradição, o parecer em comento sempre procurou destacar aspectos que pudessem favorecer o extraditando Cesare Battisti (v. itens 29, 35 e 37), omitindo ou distorcendo fatos relevantes que o prejudicariam.

No capítulo III, abrangendo os itens 38 a 63, o parecer versa sobre "A decisão do Supremo Tribunal Federal na Ext-1.085-República Italiana", em cujo âmbito faz relato infiel dos termos do v. aresto com que a Suprema Corte desconstituiu incidentalmente o refúgio deferido ao extraditando e concedeu a extradição solicitada pela República Italiana, ora peticionária, com base no Tratado de Extradição vigente entre o Brasil e a Itália.

Assinale-se que a infidelidade dos registros e dos relatos aí contidos vão servir mais adiante, como se verá, de premissas equivocadas para a extração de graves e equivocadas conclusões, *concessa maxima venia*, que levaram o Excelentíssimo Senhor Presidente da República a negar uma extradição que havia sido concedida pela Suprema Corte. E mais: levaram o Chefe do Executivo a praticar ato consubstanciador de grave ilícito interno e internacional, que afronta a soberania italiana, ofende as suas instituições, além de usurpar competência da Suprema Corte e atentar contra a autoridade e a eficácia do aresto concessivo da extradição de que se cuida.

Veja-se exemplificativamente que, a pretexto de resumir o teor do aresto de desconstituição do refúgio e de concessão da extradição requerida, o parecer em análise faz interpretação inteiramente desvirtuada do conteúdo da decisão do Tribunal: a propósito, consigna que a Suprema Corte teria decidido encontrar-se **"o requerimento de extradição ... adequado**

para deferimento (conquanto que o Estado requerente convole a pena perpétua para pena máxima de 30 anos, bem como considere o período de pena cumprida no Brasil - detração)" e que "a decisão não obriga ao Presidente da República que, no entanto, deve-se ater aos termos do Tratado assinado com a Itália e devidamente internalizado no direito brasileiro".

No ponto, partindo de pressuposto equivocado (considerou que o aresto em referência teria se limitado a **opinar** pelo eventual acolhimento do pedido de extradição pelo Chefe do Executivo, quando isso não é verdade como se colhe de seus claros termos, pois o STF processou e julgou o pedido de extradição, concedendo-o, a teor do art. 102, I, g, da Constituição Federal), o parecer averbou que o Plenário do STF teria proclamado que o Senhor Presidente da República não estaria obrigado a cumprir a decisão do Tribunal, devendo, no entanto, ater-se aos termos do Tratado.

Nesse particular e relevantíssimo aspecto da decisão, o parecer omitiu, contudo, que a decisão de que se cuida, transitada em julgado em 23.04.2010, falou em **não submissão absoluta** do Presidente à eficácia do acórdão de concessão da extradição, em tema de "[e]ntrega do extraditando ao Estado requerente", não podendo o Chefe do Executivo agir **discricionariamente**, por isso arrematou que "[d]ecretada 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".

Mais adiante, nos itens 40 a 48 do mesmo capítulo III, o parecer, sempre se pautando por relatos e referências incompletos, imprecisos e em muitos aspectos infiéis ao julgamento e ao aresto da extradição sob análise, ensaia a apresentação de uma síntese dos votos que concorreram para a composição das duas correntes que se formaram

quanto aos contornos da decisão então proferida pela Suprema Corte -- a corrente majoritária, que desconstituiu o refúgio e concedeu a extradição, e a corrente minoritária, que mantinha o refúgio e por via de consequência recusava a extradição. E a despeito disso, ainda no item 48, transcreve na íntegra a "ementa confeccionada a propósito da Extradição 1085/República Italiana, relatada pelo Ministro César (*sic*) Peluso", cujo teor, aliás, conflita frontalmente com vários excertos de votos aludidos como base para o parecer da AGU, como se colhe *in ictu oculi* de sua singela leitura.

Logo em seguida, não se contém e avança raciocínio que passa a permear toda a sua linha de busca, a qualquer pretexto ou sob pretexto algum, de saída para comprometer e inviabilizar o aresto com que a Suprema Corte concedeu a extradição de Cesare Battisti, no legítimo e incontornável exercício da competência extraída do art. 102, I, g, da Constituição Federal. Assim, no item 49, consigna que, a teor de excertos de votos que transcreveu (e que, como se verá mais adiante, não estão conforme a *ratio decidendi* do aresto de concessão da extradição), "[n]a hipótese da decisão ser pelo deferimento da extradição, o Presidente da República pode acompanhar (ou não) a decisão do Supremo Tribunal Federal, conquanto que o faça nos limites do pactuado internacionalmente". E, já no item seguinte (50), apresenta genérico esboço da buscada fórmula para contornar o aresto da Suprema Corte, para burlar o Tratado bilateral e para blindar o futuro ato presidencial:

"A questão que se põe limita-se ao contexto do controle do juízo de subjetividade do Presidente da República, que se desdobra também em miríade de outras circunstâncias. Transita-se no mundo da suposição, da elegibilidade de sendas, da determinação de elementos que não são pré-fixados por regramento objetivo, fechado, limitado. Trata-se de circunstância afeta à plasticidade, à maleabilidade, à intuição, ao exercício de um livre

arbítrio que decorre da representatividade política consagrada nas urnas".

No item 52 do mesmo capítulo, registra que o Supremo Tribunal Federal "sufragou a linha adotada pela justiça italiana, no sentido de que os crimes atribuídos a Battisti seriam qualificados por natureza comum (e não política)". Neste ponto, esboça uma aparente, obscura e vacilante divergência com relação ao enquadramento da natureza do crime que a Suprema Corte fez no exercício de sua competência privativa de "processar e julgar extradição solicitada por Estado estrangeiro" (arts. 5º, LII, 102, I, g, da CF e 77, § 2º, da Lei nº 6.815/80), sugerindo que pudesse haver um entrelaçamento entre crimes comuns e crimes políticos nas condenações proferidas na origem capaz de obstaculizar a extradição (veja-se a citação feita em nota de rodapé à Ext. 994/Itália, relatada pelo Min. Marco Aurélio, muito embora esse precedente não tenha qualquer aplicabilidade ao caso dos autos) ou insinuando que o Tribunal teria rompido com a tradição de não se examinar o "mérito da ação penal corrida no estrangeiro".

Nessa esteira, cita vários precedentes do STF mediante os quais o Tribunal **processou e julgou pedidos de extradição, deferindo-os**, ora assentando que o nosso modelo extradicional não permite a análise do "mérito da ação penal corrida no estrangeiro" (Ext. 1149/República Italiana e Ext. 1126/República Federal da Alemanha), ora que nele não se pode "reenquadrar o extraditando por crime diverso", salvo com atentado "à soberania do Estado requerente" (Ext. 987/Itália), ora que a existência de processo-crime ou de inquérito policial contra Battisti no Brasil por fato diverso do que instrumentaliza a extradição não a impede (Ext. 1051/Estados Unidos da América, Ext. 1048/Chile e Ext. 797/Itália), e ora que "procedimento penal contra o extraditando no Brasil impediria a imediata ordem de extradição, a menos que o

Presidente da República decidisse de outro modo" (Ext. 804/República Federal da Alemanha).

No contexto em que essas questões estão postas, não se concebe nem se atina para com a razão de seu registro no parecer que serviu de base ao ato presidencial, na medida que o aresto proferido pela Suprema Corte no Caso Battisti está absolutamente consentâneo com todos esses precedentes, como se colhe do notável voto do eminente Ministro Cezar Peluso, condutor da orientação prevalecente naquele julgamento, e dos votos dos eminentes Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Ellen Gracie e Gilmar Mendes, que o acompanharam.

Claro, observe-se exemplificativamente que o aresto de julgamento da extradição em causa pautou-se estritamente pela Constituição, pela Lei nº 6.815/80 e pelo Tratado de Extradição para deferir o pedido da República Italiana, tendo respeitado a soberania estrangeira, entre outras razões por não ter rejugado o mérito da ação penal lá instaurada, sendo certo que definiu, nos limites de sua competência privativa (arts. 5º, LII, 102, I, g, da CF e 77, § 2º, da Lei nº 6.815/80), o caráter das infrações pelas quais o extraditando foi condenado, sem incidir em qualquer ofensa à soberania e às instituições da República Italiana; ao revés, houve até coincidência na definição do caráter das infrações, já que a requerente e o STF estimaram tratar-se de condenações por crimes comuns de especial gravidade (quatro crimes de homicídio qualificado), sem qualquer conotação ou propósito de natureza política.

Mas o fato é que tudo no parecer da AGU é impreciso, confuso, nebuloso, reticente e contraditório. Parecer que segue errante à busca de razões e motivos que possam, com algum grau de aceitabilidade, justificar a não

entrega de Battisti à República Italiana, a despeito de o aresto da Suprema Corte e o Tratado de Extradicação não permitirem tal artificiosa e grave solução. Após ensaiar, sem conclusão clara em sentido oposto, divergência com relação à natureza das infrações pelas quais a extradição executória foi requerida, com a citação de acórdãos do STF que só servem para justificar a conclusão a que chegou a Suprema Corte no caso concreto de Cesare Battisti, pondera o parecer que "o direito brasileiro já enfrentou problema de extradição em caso de pena de prisão perpétua", citando, nos itens 60 e 61 do capítulo III, dois precedentes mediante os quais o STF estimou que tal sorte de condenação não seria óbice à extradição (Ext. 711 e Ext. 773, ambas relatadas pelo eminente Ministro Octavio Gallotti). Mas também aí não dá consequência a esse registro, nada dizendo com relação à posição atual da Suprema Corte quanto ao tema, nem quanto ao que ocorreu no caso concreto, passando de forma abrupta para conclusão (v. item 62) que, de uma só vez, revoga o art. 102, I, g, da Constituição Federal e ofende a coisa julgada consubstanciada no aresto de julgamento do caso de que se cuida. É conferir:

"62. Ao Supremo Tribunal Federal, em tema de extradição, compete, tão somente, examinar a legalidade e a procedência do pedido. **Não há previsão para invasão de competência do Presidente da República, a quem cabe, efetivamente, decidir pela extradição.** É esta, ao que consta, a linha interpretativa que tem vingado ao longo dos anos. E a decisão final pela extradição (ou não) é do Presidente da República, sempre, nos exatos termos e limites dos tratados pactuados, e da tradição que informa o direito internacional dos tratados".

Em seu capítulo IV, o parecer da AGU cuida do "Tratado de Extradicação Brasil/Itália", reconhecendo que essa importante convenção internacional **"vige por tempo indeterminado"**, tendo sido incorporada à ordem jurídica interna brasileira "por intermédio do Decreto nº 863, de 9 de

julho de 1993" (itens 64 e 65). Nos itens 66 a 84 do mesmo capítulo, sem qualquer juízo de valor sobre a matéria, o parecer registra o conteúdo do aludido Tratado.

Já no seu capítulo V, faz considerações sobre "O direito processual penal extradicional italiano" (itens 85 a 105), em ordem a verificar a quem incumbiria manifestar a aceitação do Estado italiano às condições impostas pela Suprema Corte para a entrega do extraditando pelo Poder Executivo -- e se essa aceitação (no caso, comutação da pena de prisão perpétua em prisão de no máximo 30 anos e aplicação do princípio da detração) seria possível no ordenamento jurídico italiano, de forma a vincular "as autoridades judiciárias italianas". Neste particular, após considerações sobre o sistema extradicional italiano, penas e formas de execução no direito italiano, anota:

"94. Na hipótese do Estado que extradita impor condições para a entrega do extraditando (comutação da pena -- de pena de prisão perpétua para pena de reclusão máxima de 30 anos -- ou detração -- redução da pena a ser cumprida do período já passado na prisão pelo extraditando) o Ministro da Justiça seria quem deteria competência para decidir sobre a aceitação das condições impostas.

95. Não se admitem condições que conflitem com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico italiano (*art. 730 - Il Ministro di Grazia e Giustizia è competente a decidere in ordine all'accettazione delle condizioni eventualmente poste dallo Stato estero per concedere l'estradição, purchè non contrastante con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano*). As autoridades judiciárias italianas vinculam-se às condições impostas pelo Estado estrangeiro, e aceitas pelo Ministro da Justiça (*art. 730-L'autorità giudiziaria è vincolata al rispetto delle condizioni accettate*).

96. Assim, é ao Ministro da Justiça a quem caberia, em princípio, decidir sobre as condições postas por Estado estrangeiro, podendo se recusar ao cumprimento do exigido na medida em que haja contraste entre a

condição imposta e o ordenamento jurídico italiano. A situação poderia, em princípio, suscitar algumas indagações, a propósito, especialmente, do regime de penas. Insisto, do ponto de vista conceitual.

(...)

105. Do que então se pode concluir, nesta particularidade do direito extradicional italiano, que o Ministro da Justiça é quem decidiria pelo cumprimento de condições impostas pelo Estado estrangeiro, referentes à entrega de extraditando; teria, como limites, os princípios gerais de direito italiano (art. 720 do CPP da Itália)".

Leitura atenta do parecer, nesse ponto, revela, pela linguagem utilizada e pela desconexa estrutura dos itens 85 a 105 do capítulo V, ter havido alteração ou intervenção na versão original do texto, ou seja, parece ter sido considerado e, ao depois, desconsiderado como possível óbice à extradição que o Governo italiano ou não poderia aceitar as condições impostas pelo Supremo Tribunal Federal para a entrega do extraditando (o que é peremptoriamente afastado pela simples leitura do art. 730 do CPP italiano) ou não oferecia garantias para o seu cumprimento (o que representaria ofensa superlativa à soberania italiana e à higidez de suas instituições judiciárias)⁸, num contexto em que a República Italiana ainda aguardava notificação para a retirada de Cesare Battisti do Brasil, mediante a aceitação das condições impostas pela Suprema Corte -- o que se dá na terceira e última fase do processo de extradição (fase administrativa da entrega, prevista no art. 14 - ou XIV - do Tratado de Extradição), como, aliás, a Suprema Corte brasileira vem decidindo ao longo

⁸ Essas seriam as verdadeiras razões pelas quais o Senhor Presidente da República de então negaria a extradição de Cesare Battisti, conforme noticiou unissonamente toda a imprensa nacional. Esse momento foi precisamente registrado pelo jornalista Felipe Recondo, de *O Estado de São Paulo*, na edição de 31.12.2010, sob o título "Bastidores: para afastar conflito com a Itália, governo tentou suavizar texto", em que se consignou: "No cerne, **o texto dizia expressamente que Battisti poderia ser perseguido na Itália e que não havia garantias de que o governo italiano cumpriria à risca a decisão do STF** de impor ao ex-ativista, ao invés da prisão perpétua, a pena máxima de 30 anos de prisão, descontado o período em que ficou preso no Brasil a espera do julgamento do Supremo".

dos anos (v. Extradicação nº 342/República Francesa, Relator Ministro Cordeiro Guerra)⁹.

Finalmente, no capítulo VI, sob a rubrica "Caso Battisti: Peculiaridades e Desdobramentos", estariam contidas as razões para a negativa da extradicação requerida pela República Italiana nos termos do Tratado firmado entre Brasil e Itália. A propósito, o que se contém nos itens 106 a 170 a esse título, constitui não só "motivação" infringente do Tratado em comento, o que *per se* configura grave ilícito interno e ilícito internacional, mas gravíssima e superlativa usurpação da competência dessa Suprema Corte com atentado à autoridade e à eficácia de seu aresto desconstitutivo do refúgio e concessivo da extradicação de Cesare Battisti.

Começa o parecer por dizer que, "[n]o cumprimento da decisão do Supremo Tribunal, isto é, no juízo de adequação, ou não, do deferimento do pedido de extradicação, nos termos do Tratado, o Senhor Presidente da República deverá levar em conta o disposto na letra *f* do item 1 do art. 3 do Tratado Brasil/Itália, no sentido de que a *extradicação 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*".

A partir daí, com espantosa equivocidade e irrazoabilidade, toma como base empírica capaz de embasar a

⁹ Veja-se o teor da ementa do respectivo acórdão: "I - Pedido de extradicação regularmente instruído e processado. II - Simples alegação de caráter político do ato criminoso, não basta para afastar a natureza comum do crime principal. III - O 'mandat d'arrêt' previsto pela lei processual penal francesa constitui... 'meio hábil a permitir a detenção preventiva, no curso da instrução preparatória'. (Extr. 318, caso Legros, Tribunal Pleno em 20.03.74, R.T.J. 69, p. 311). **IV - Os compromissos inerentes à detração (Decr. - lei 941/69, art. 98, inciso II) e à comutação da eventual pena de morte (idem, ibidem, inciso III) devem ser prestados pelo Estado requerente ao Governo da República, constituindo pressuposto da entrega do extraditando, e não do deferimento pelo Supremo Tribunal Federal.** V - Extradicação concedida".

recusa de uma extradição já concedida por essa Suprema Corte (e concedida após haver desconstituído o *status* de refugiado que o Senhor Ministro da Justiça havia concedido ao extraditando Cesare Battisti) fatos periféricos e insubsistentes já considerados, valorados e superados pela Suprema Corte no julgamento preliminar com que desconstituiu o refúgio concedido ao extraditando e no julgamento subsequente de mérito com que deferiu o pedido de extradição.

E com isso pretende que se tenha desenvolvido um juízo subjetivo em torno de conceitos indeterminados em ordem a impedir o controle jurisdicional sobre a legalidade, ou não, desse ato, bem como sobre a sua compatibilidade com o aresto de concessão da extradição pela Suprema Corte -- e até mesmo sobre a competência do Chefe do Executivo para praticá-lo, em face dos termos do aresto da Suprema Corte e dos próprios termos do Tratado que erigiu a matéria ali versada (o disposto na letra *f* do item 1 do art. 3 do Tratado Brasil/Itália) como causa de recusa da extradição, matéria afeta à competência inscrita no art. 102, I, *g*, da CF.

Confira-se o grau de equivocação da orientação contida no parecer da AGU e acolhida como motivação *per relationem* pelo ato presidencial que resolveu "negar a extradição" requerida pela República Italiana: depois de haver transcrito "o disposto na letra *f* do item 1 do art. 3 do Tratado Brasil/Itália", registrou de forma obscura e impertinente no item 107:

"Tal circunstância, centrada no agravamento de situação pessoal, que o extraditando poderia sofrer em território italiano, pode ser identificada em dois planos. Refiro-me aos **registros que a imprensa italiana tem feito da situação**, bem como a **linha argumentativa da defesa do extraditando**, e que fora nos termos propostos aceita por **alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal**" (não há destaques no original).

Ou seja, num contexto em que o aresto de julgamento da extradição determinou que o Senhor Presidente da República deveria, **quanto à entrega do extraditando**, observar o Tratado de Extradição, não lhe competindo a prática de qualquer ato discricionário, o parecer da AGU o orienta a retomar uma causa de recusa de extradição já enfrentada e superada pela Suprema Corte em duas outras oportunidades, como visto, no exercício de sua incontornável competência constitucional, e a empolgá-la como instrumento de proteção contra qualquer forma de controle jurisdicional, em franco desafio ao bom senso e à garantia constitucional contida no art. 5º, XXXV, da CF.

E numa inédita e inaceitável tentativa de revisão do aresto da Suprema Corte, já agora para fazer prevalecer a ótica da corrente vencida no julgamento respectivo sobre a corrente vencedora quanto a desconstituição do refúgio e a concessão da extradição, assenta como razão suficiente para a caracterização de agravamento da situação do extraditando, em caso de entrega à Itália, argumento que o eminente Ministro Marco Aurélio adotou para indeferir o pedido de extradição por entender que os crimes pelos quais se pedia a extradição executória **eram de natureza política** -- o que para Sua Excelência restava caracterizado pelo fato de as sentenças italianas que condenaram o extraditando fazerem referência a movimento de subversão da ordem estatal **e pelo fato de a imprensa haver noticiado forte reação de autoridades do Poder Executivo e de parlamentares da Itália em face dos termos do refúgio concedido pelo Ministro da Justiça ao extraditando**, como registrado pela defesa deste.

Pois bem. Examinados e superados esses fatos por ocasião do julgamento da Suprema Corte, seja na oportunidade em que se desconstituiu o refúgio, seja na oportunidade em que se concedeu a extradição, estão sendo eles agora

reconsiderados como fator capaz de agravar a situação do extraditando em caso de sua entrega à Itália (v. itens 107 e 108 do capítulo VI) -- **embora se trate de extradição executória e nada se tenha registrado quanto à imparcialidade e à isenção do Judiciário italiano, ordem independente em face dos demais Poderes, a quem incumbe privativamente a competência para a execução da pena do extraditando no contexto de uma sólida democracia como é a italiana, ou, para usar a expressão do parecer da AGU, no contexto de uma "exuberante democracia" como é a italiana.**

Nessa esteira, sem jamais ter especificado em que consistiria o agravamento da situação pessoal do extraditando, em razão de sua legítima entrega à Justiça italiana, a incongruência do parecer suicida utilizado como fundamento do ato presidencial ora impugnado atinge as raias do paroxismo quando o risco de perseguição e de discriminação de Battisti, em razão de alegado clamor consubstanciado em "manifestações da imprensa italiana" e de cogitada aparente "polarização ideológica", é atribuído ao "regime democrático exuberante" vigorante na Itália, "que autoriza que se intua que a situação do extraditando possa ser agravada, por força de sua condição pessoal". Ufa! Veja-se o exato teor do item 110 do parecer em que se descobriu que a culpa é da exuberante democracia italiana:

"Não se trata de nenhuma dúvida para com as perfeitas condições democráticas que presentemente vigem na Itália. Cuida-se, tão somente, do reconhecimento de circunstância que inegavelmente se evidencia, no que se refere à situação pessoal de Cesare Battisti. É justamente a plena convicção que regime democrático exuberante vigora na Itália que autoriza que se intua que a situação do extraditando possa ser agravada, por força de sua condição pessoal" (não há destaques no original).

Concessa venia, essa conclusão nuclear do parecer é de causar estupefação. Afinal, se a situação de Battisti houver de ser definida em razão do baixo coeficiente de exuberância de uma democracia, o Brasil certamente também não seria o lugar ideal para a sua permanência; mais aconselhável seria a sua entrega a certos outros países...

Não há dúvida possível: a inconsistente alegação de que a situação de Battisti poderia se agravar na Itália encontra-se vinculada ao noticiário da imprensa italiana sobre o protesto de autoridades do Poder Executivo e do Parlamento italiano **à concessão de refúgio ao extraditando** pelo Ministro Tarso Genro à consideração de que ele correria risco de perseguição política se entregue à República Italiana, como se colhe das notícias colacionadas nos itens 111 a 123 do capítulo VI do parecer. Aliás, registre-se, protesto que também foi registrado de forma enfática e em grande medida na Europa, através do Parlamento Europeu¹⁰, e no Brasil, através dos mais expressivos veículos de comunicação do país e de maciça manifestação de importantes segmentos da opinião pública.

Vale dizer, trata-se de matéria já considerada e superada por essa colenda Suprema Corte por ocasião do julgamento com que, exercitando a competência privativa e originária inscrita no art. 102, I, g, da CF, desconstituiu o refúgio concedido ao extraditando, e com que, por via de consequência, concedeu a extradição requerida pela República Italiana, **sob o fundamento da absoluta improcedência da alegação de risco de perseguição ou de discriminação de Battisti por qualquer dos motivos contemplados no art. 3, 1,**

¹⁰ O Parlamento Europeu, através da Resolução de 05.02.2009, expedida a propósito da decisão com que o Ministro da Justiça Tarso Genro havia concedido refúgio a Cesare Battisti, manifestou profunda preocupação e insatisfação com a desconfiança lançada sobre as instituições da União Europeia, “a qual se funda, nomeadamente, no respeito dos direitos fundamentais e do Estado de Direito, que inclui os direitos dos detidos, princípios esses que são partilhados por todos os Estados-membros” (European Parliament resolution of 5 February 2009 on the refusal to extradite Cesare Battisti from Brazil).

f, do Tratado de Extradicação vigente entre Brasil/Itália, como se colhe do voto do eminente Ministro Cezar Peluso, condutor da corrente majoritária no ponto. Isso é o quanto basta para retirar-se o caráter de razoabilidade da alegação, absolutamente desprovida de base empírica idônea, de que por esses mesmos motivos insubsistentes Battisti poderá ter a sua situação agravada se entregue à República Italiana.

Sempre ignorando **que quem julga, absolve ou condena e executa penas num Estado Democrático de Direito como o Brasil ou a Itália é o Poder Judiciário (contra o qual jamais se cogitou de falta de isenção ou parcialidade)**, o parecer da AGU procura extrair daquelas referências periféricas às matérias jornalísticas noticiadas o fundamento para "a recusa da extradição" já deferida pela Suprema Corte com a expressa consideração de que a causa de recusa do pedido contida no art. 3, 1, **f**, do Tratado Brasil/Itália não se aplicava ao caso dos autos. Ainda assim, o aludido parecer da AGU consignou:

"124. As referências acima parcialmente reproduzidas, a título de exemplo, dão conta de que há estado de animo que justifica preocupações para como 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 justificativa 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 Extradicação formalizado por Brasil e Itália. E tem competência para tal. O que estaria vedado ao Presidente do Brasil seria a concessão de indulto (o que não é hipótese) conforme se decidiu na Ext. 736/República Federal da Alemanha...".

Não há negar, o que aí se tem consubstancia rematado absurdo, *concessa maxima venia*: o parecer sugeriu -- e o ato presidencial impugnado acatou -- que o então Excelentíssimo Senhor Presidente da República usurpasse a competência da Suprema Corte e afrontasse o aresto com que esta concedeu a extradição de Cesare Battisti dizendo que não incidia no caso a causa de recusa de extradição contida no art. 3, 1, f, do Tratado Brasil-Itália. E mais: incutiu na convicção do Senhor Presidente que, se assim procedesse, estaria protegido de qualquer irresignação que a República Italiana pretendesse veicular perante o Poder Judiciário, pois, ao ver do parecer, ter-se-ia aí juízo subjetivo insuscetível de qualquer tipo de controle, conforme teria registrado o eminente Ministro Eros Grau no voto que proferira no julgamento em comento. Não. Não é bem assim.

Mas não é só. Quando se imaginava que o parecer teria alcançado a sua conclusão final, isso não ocorreu. Dos itens 127 a 170 do capítulo sob análise, o parecer padece de grave crise de incoerência lógico-jurídica: ora se esforça em tentar reforçar o fundamento de que existiria temor de perseguição política a Cesare Battisti na Itália, ora afirma que "concretamente, há temores de que a situação de Battisti poderá ser agravada na Itália, por razões pessoais", ora, em franca postura diversionista, muda de fundamento para considerar razões humanitárias para "a decisão a ser tomada" (já agora versando matéria só admissível no âmbito do tratado para fins de "entrega diferida", art. 15, III, b), ora para registrar que "a exigência de que se realize a detração, em

favor do extraditando, é múnus do Poder Executivo", ora para consignar que "compromissos [podem] ser tomados pelo Estado requerente, quando da entrega do extraditando", como a detração e a exigência de comutação de pena, etc.

Nos itens referidos no parágrafo anterior, o parecer embaralha fatos e precedentes relativos a matérias diversas, que ora parecem servir ao objetivo de negar a extradição, ora parecem servir ao propósito de entregar o extraditando à República Italiana, mediante a colheita dos compromissos de detração e comutação de penas, para não falar nas alegadas razões humanitárias que deveriam também pautar a decisão a ser tomada, pois, segundo o parecer, por razões de política criminal humanitária, não seria razoável permitir-se que o extraditando, contando com mais de cinquenta anos de idade, devesse ser entregue à Itália para cumprir pena de aproximadamente trinta anos, já considerada a comutação imposta pelo STF -- hipótese em que a sua prisão assemelhar-se-ia à prisão perpétua (itens 128, 129 e 130).

Nesse particular aspecto, o Senhor Presidente da República, que adotou o parecer em comento como fundamentação *per relationem*, viola o tratado e **comete mais um grave atentado à soberania italiana: tudo se passa, na proposta do parecer acolhido pelo ato presidencial ora impugnado, como se o Senhor Presidente da República Federativa do Brasil pudesse conceder anistia, indulto ou perdão judicial ao extraditando Cesare Battisti relativamente aos gravíssimos crimes de homicídio pelos quais foi condenado soberanamente pela Justiça italiana. Desnecessário dizer, execução de pena na Itália com os benefícios que o sistema propicia¹¹ é matéria reservada soberanamente à Justiça italiana.**

¹¹ Os benefícios de execução de pena na Itália, inclusive quanto aos condenados à prisão perpétua, são muitos no sistema jurídico penal italiano, sendo de salientar-se que todos os coautores ou partícipes dos crimes pelos quais Battisti foi condenado pela Justiça italiana foram beneficiados por liberdade condicional após o cumprimento de parcela de suas penas -- vivendo muitos deles hoje livremente na Itália (assim, Maria Cecilia Barbeta, Diego Giacomini, Giuseppe Memeo, Gabrielle

O parecer também não se encerrou por aí. Como se lê no item 139 do capítulo de que se cuida, o parecer passa a se reportar a uma manifestação do Professor Nilo Batista, "em defesa da tese de não extradição", bem como a um "documento endereçado ao Senhor Presidente da República, e subscrito por Celso Antonio Bandeira de Mello, José Afonso da Silva, Nilo Batista, Dalmo de Abreu Dallari, Paulo Bonavides e Luís Roberto Barroso", cujo conteúdo integral encontra-se ali transcrito e veicula velada crítica ao aresto com que a Suprema Corte desconstituiu o refúgio concedido a Cesare Battisti e concedeu a sua extradição à República Italiana, deduzindo, a propósito, considerações equivocadas e absolutamente desprovidas de base empírica para ver revista a decisão concessiva da extradição ou, quando não, para que se negue a extradição por fundamento já considerado e superado pela Suprema Corte no exercício de sua incontornável competência inscrita no art. 102, I, g, da Constituição Federal.

É nesse contexto que vai aparecer, a partir de uma leitura absolutamente distorcida e equivocada do aresto com que a Suprema Corte concedeu a extradição requerida pela República Italiana, o fundamento invocado no ato presidencial, mediante fundamentação *per relationem*, para "negar a extradição" de que se cuida. Como se verá da transcrição a seguir feita em cotejo com o aresto publicado no DJe de 16.04.2010, na verdade os ilustres autores do "documento" acima mencionado equivocaram-se quanto aos fatos e terminaram por reescrever a decisão da Suprema Corte para dar-lhe o sentido e o alcance que bem entenderam, como se colhe a seguir:

"(...)

4. O requerente obteve refúgio do governo de Vossa Excelência, em decisão corajosa do Ministro da

Grimaldi, Arrigo Cavallina, Luigi Bergamin, Pietro Mutti, Silvana Marelli, Sante Fantone, entre outros), como documentado por Walter Maierovitch, in *CartaCapital* - <http://cartacapital.com.br> (matéria veiculada em 03.08.2010).

Justiça, Tarso Genro, que lhe fez justiça, finalmente. A concessão de refúgio foi anulada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, por voto de desempate, contra o parecer do então Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Souza, enfaticamente reiterado por seu sucessor, Dr. Roberto Gurgel¹². Na sequência, a extradição foi autorizada, também por voto de desempate. Não havia precedente de deferimento de extradição por maioria assim apertada. Além disso, a quase totalidade dos pedidos de extradição deferidos no Brasil acompanham a manifestação do Ministério Público Federal.

5. De qualquer forma, o Egrégio Supremo Tribunal Federal deliberou expressamente que a competência para a decisão final é do Presidente da República. Nessa parte, prevaleceu o voto do Ministro Eros Grau. A decisão do Tribunal apenas autoriza a entrega do súdito estrangeiro, cabendo ao Chefe do Poder Executivo realizar um juízo próprio sobre o pedido de extradição, em que deverá levar em conta os princípios constitucionais, o sistema internacional de proteção aos direitos humanos e o eventual tratado de extradição firmado entre o Brasil e o Estado estrangeiro, no caso a República Italiana.

(...)

7. Na verdade, o próprio Ministro Eros Grau - cujo voto conduziu a decisão da Corte na questão relacionada à competência do Presidente da República para a decisão final - identificou um dispositivo do Tratado bilateral de extradição que permite claramente a não-entrega na hipótese, segundo avaliação do Chefe de Estado que não se sujeita a reavaliação por parte do Supremo Tribunal Federal. Cuida-se do art. 3º, I, f, que admite a recusa da extradição quando haja 'razões ponderáveis para supor que a situação da pessoa reclamada poderia ser agravada por razões políticas'. Como se vê, o próprio Tratado prevê a proteção ao indivíduo nos casos de mera dúvida, bastando que haja motivos para supor uma possibilidade de agravamento da situação pessoal do extraditando. Nos termos da decisão proferida pelo Tribunal, cabe a Vossa Excelência verificar a existência de tais razões, segundo sua própria convicção.

¹² Relembre-se que o parecer da Procuradoria-Geral da República foi pela concessão da extradição de Cesare Battisti à consideração de que se encontravam presentes todos os requisitos do Tratado bilateral de extradição, com destaque para a consideração de que os crimes pelos quais o extraditando foi condenado são comuns e de especial gravidade, não concorrendo qualquer causa legal, convencional ou constitucional de recusa da extradição. O parecer a que alude a petição em referência foi emitido por ocasião da concessão do refúgio ao extraditando, oportunidade em que a PGR, com base em precedente do STF, então vigente, a ele se rendeu para sustentar que o processo de extradição, com a concessão do refúgio, estaria prejudicado. Todavia, destacou enfaticamente que, eventualmente superada essa questão, **reiterava o parecer pela concessão da extradição**.

(...)

9. De qualquer forma, veja-se que o voto do Ministro Eros Grau e a decisão do Egrégio Tribunal Federal não vincularam o Presidente da República propriamente ao art. 3º, I, f do acordo bilateral, mas sim ao Tratado de Extradicação em seu conjunto. Assim, embora o artigo em questão já seja suficiente para fundamentar a recusa de extradição, é possível ainda destacar pelo menos outros dois dispositivos que também permitem e até recomendam eventual decisão de não-entrega. (...)."

Logo após, o parecer que embasou o ato presidencial ora atacado volta a lançar grave desafio ao aresto de concessão da extradição de Cesare Battisti à Itália: num contexto em que **o aresto da Suprema Corte repudiou a alegação de caráter político da extradição em comento**, o aludido parecer insiste em dizer que "[a] **natureza política** e o cunho sensacionalista **que envolvem a extradição de Cesare Battisti** podem ser comprovadas com a recorrência que o extraditando é requisitado enquanto preso" (v. item 140 - capítulo VI). E segue relacionando "os pedidos de entrevista com Battisti" que foram formulados por diversos jornalistas nacionais e estrangeiros.

Não há negar, embora em alguns trechos afirme não poder contrariar a orientação contida no aresto do Supremo Tribunal Federal (itens 144 a 147 - capítulo VI)¹³, fato é que o parecer invocado pelo ato presidencial como fundamentação *per relationem* sugere que o caso Battisti, diversamente da conclusão a que chegou a Suprema Corte, consubstanciaria caso de "extradição política disfarçada" -- matéria repelida veementemente pelo aresto de julgamento da extradição de Cesare Battisti. E mais, perseverando na ofensiva à autoridade e à eficácia do referido aresto, proclama no item 148:

¹³ O parecer reconhece que o Senhor Presidente da República não pode afrontar a decisão da Suprema Corte quanto às questões que se relacionam à procedência da extradição, como, v.g., as causas de sua eventual recusa. Nada obstante, incidindo em invencível contradição, mais adiante afirma que a competência para julgar e conceder a extradição é privativamente do Chefe do Executivo, a quem incumbiria, discricionariamente, entregar (ou não) o extraditando.

"O que se tem, **concretamente**, é que a competência para autorização (ou não) da extradição é do Presidente da República. **Se o Supremo Tribunal Federal defere o pedido de extradição cabe ao Presidente da República, discricionariamente, entregar (ou não) o extraditando**" (não há destaques no original).

Na sequência, nos itens 149 e 150, cita acórdão da lavra da eminente Ministra Cármen Lúcia, cuja conclusão é manifestamente divergente da consignada no aresto de concessão da extradição do caso Battisti, e pondera que essa discricionariiedade "sofreria restrições e constrangimentos, decorrentes do cumprimento dos tratados", mas, já agora no item 152, acresce que,

"[c]omo já observado várias vezes, o Tratado 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**".

E arremata no item 153, sugerindo em texto confuso, obscuro e repetitivo que, pela sua condição pessoal, **o extraditando poderia ter a sua situação de alguma forma agravada em razão de perseguição política na Itália:**

"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".

Prossegue nos itens 154 a 157, dizendo que a Itália constitui uma democracia respeitável que "exerce imensa influência sobre nossa cultura" e que se trata de "uma das

pátrias fundadoras da identidade brasileira", **mas contraditoriamente conclui que não é confiável entregar-se Battisti à ora peticionária**, pois o seu caráter exuberantemente democrático não impede que o extraditando possa ter a sua situação pessoalmente agravada em razão de perseguição política, bastando, para tanto, "suposição, por parte do Chefe do Poder Executivo". E a partir deste ponto, no item 158, passa a falar de outro assunto, como se estivesse de forma abrupta e incompreensível a mudar a linha de fundamentação, para considerar razões humanitárias vinculadas a execução de pena como fundamento da recusa da extradição.

Veja-se o que consignou naquele item, em total dissintonia com o item imediatamente anterior:

"Entre outros, é veículo para reconhecimento de que a finalidade da pena seja a reinserção social do apenado. O que, no caso, registre-se, já se realizou ao longo dos anos. A condição pessoal do extraditando pode ser piorada com a extradição. Ainda que se tenha a comutação da pena, e ainda que se apliquem fórmulas de detração, o extraditando ficaria preso até momento longo, ao longo do qual temores do passado e resquícios de um tempo pretérito, e de triste memória, possam qualificar perigo real."

O imbróglio aí contido é total: para o parecer da AGU, ora o risco de agravamento da condição pessoal do extraditando repousa em perseguição política (matéria já examinada e afastada pela Suprema Corte no aresto de concessão da extradição), ora no próprio cumprimento da pena imposta pela justiça italiana (matéria absolutamente estranha ao âmbito convencional e privativa da soberania italiana, por consubstanciar execução de pena).

No que diz respeito ao cumprimento da pena, sustenta ser inadmissível a entrega de Battisti à Itália, porque já teria ocorrido a reinserção social do apenado, em

razão dos longos anos que se passaram desde os fatos geradores da condenação, sendo certo, destaca, que, mesmo com a comutação da pena e com a detração determinadas pelo aresto da Suprema Corte, o extraditando ficaria preso por muito tempo "ao longo do qual temores do passado e resquícios de um tempo pretérito, e de triste memória, possam qualificar perigo real".

Seja lá o que for isso, o certo é que a motivação apresentada revela claros e indubitáveis traços de desvio de poder -- tal o volume de incongruências e contradições na argumentação puramente retórica, desencontrada e vazia desenvolvida ao longo do parecer com o inequívoco fito de burlar o tratado e contornar o aresto da Suprema Corte. O que sobra disso tudo, a par do chapado ataque ao aresto do STF, é a clara constatação da ocorrência de grave ilícito interno e de grave ilícito internacional, decorrentes do descumprimento do Tratado de Extradicação Brasil-Itália.

A partir deste ponto, o parecer adotado como motivação *per relationem* pelo ato presidencial, para concluir pela negativa da extradicação, promove a mais ousada desconstrução do aresto proferido pela Suprema Corte na demanda extradicional de que se cuida, buscando apoio ora em excerto de **superado obiter dictum** contido em voto da lavra do eminente Ministro Eros Grau (veja-se transcrição no item 158 do parecer), ora em respeitável **voto vencido** da lavra do eminente Ministro Carlos Ayres Britto, em tema de discricionariedade do Presidente da República quanto à entrega do extraditando (v. transcrição no item 163 do parecer).

Sempre ignorando ou afrontando o aresto proferido pela Suprema Corte, o parecer da AGU transcreveu então excerto de *superado obiter dictum* contido em voto do eminente Ministro Eros Grau para estabelecer que, fundando-se no art. 3, 1, *f*, do Tratado de Extradicação Brasil-Itália, o ato

com que o Excelentíssimo Senhor Presidente da República viesse a negar a extradição não seria suscetível de controle jurisdicional pela Suprema Corte. Eis o teor da transcrição:

"Segundo o Ministro Eros Grau, em voto publicado em excerto de livro,

(...) o Presidente da República está ou não obrigado a deferir a extradição autorizada pelo Tribunal nos termos do Tratado. Pode recusá-lo em algumas hipóteses que, seguramente, fora de qualquer dúvida, não são examinadas, nem examináveis, pelo Tribunal, as descritas na alínea 'f' do seu art. 3.1. Tanto é assim que o art. 14.1 dispõe que a recusa da extradição pela Parte requerida - e a 'Parte requerida', repito, é representada pela Presidente da República - 'mesmo parcial, deverá ser motivada'. Pois esse art. 3.1, alínea 'f', do Tratado estabelece que a extradição não será concedida se a Parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a sua situação (isto é, da pessoa reclamada) 'possa ser agravada' - vale dizer, afetada, mercê de condição pessoal (...) -- Eros Roberto Grau, Sobre a Prestação Jurisdicional, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 223."

Omitiu, contudo, que, além do excerto suso transcrito consubstanciar superado *obiter dictum* contido em voto proferido pelo eminente Ministro Eros Grau no julgamento da extradição de que se cuida, quando Sua Excelência pareceu aderir à tese da discricionariedade do ato presidencial quanto à entrega do extraditando, aquele voto então pronunciado por Sua Excelência foi no ponto aclarado posteriormente, em questão de ordem, para assentar que, na linha do precedente consubstanciado na Extradição nº 272, Rel. Min. Victor Nunes Leal, concedida a extradição pela Suprema Corte, a entrega do extraditando deverá se dar nos limites do Tratado bilateral firmado entre Brasil e Itália, não se reconhecendo ao Chefe do Executivo qualquer discricionariedade quanto a isso. Trata-se, consoante restou definitivamente esclarecido, de ato regrado ou vinculado ao tratado de extradição.

Nada obstante isso, o parecer da AGU prosseguiu no seu intento de desconstruir o aresto da Suprema Corte, ao consignar que **"[a]o STF não cabe a apreciação do mérito do pedido.** Apenas, e tão somente, autoriza-se ao Presidente da República a efetivar a extradição. Isto é, na hipótese do STF comprovar que o pedido de extradição substancialize os requisitos indicativos da garantia dos direitos fundamentais do extraditando" (item 160). E complementa, fundando-se em voto vencido do eminente Ministro Carlos Britto e desconsiderando o teor do aresto desse colendo STF:

"É o Chefe do Poder Executivo Federal quem representa o Estado brasileiro nas relações internacionais. E é o (sic) Chefe do Poder Executivo Federal que a Constituição reservou a prerrogativa de expressão final nas questões de extradição. E é este o entendimento do STF, tal como se colhe em excerto de voto do Ministro Carlos Ayres Britto, justamente na extradição esmiuçada..." (item 163).

Ao chegar finalmente à conclusão, o parecer em comento desfecha o mais contundente ataque ao aresto com que a Suprema Corte concedeu a extradição de Cesare Battisti à Itália: num contexto em que o Tribunal assentou que o Excelentíssimo Senhor Presidente da República não teria poder discricionário para entregar, ou não, o extraditando após o deferimento do pedido extradicional, devendo, quanto à entrega, cumprir estritamente o tratado vigente, a AGU orientou o Chefe do Executivo a fazer exatamente o oposto.

Assim, veja-se que já no item 165, afirma categoricamente que a **"representação da soberania nacional por parte do Presidente da República, plasma fortemente a discricionariedade do prolator da decisão final, em tema de extradição"**, para arrematar no item 166, com clamorosa erronia e infidelidade ao exato teor do julgamento da Suprema Corte e do precedente consubstanciado na Extradição nº 272, da

Relatoria do Min. Victor Nunes Leal, como se demonstrará mais adiante, que:

"Esta orientação [a discricionariedade do ato presidencial quanto à entrega do extraditando] ganhou foros de permanência na dicção do então Ministro Eros Roberto Grau, em excerto de voto na extradição aqui estudada, para quem, com base em Victor Nunes Leal, as razões da negativa da extradição, por parte do Presidente da República não são examináveis pelo STF".

E mais: para burlar o aresto com que a Suprema Corte concedeu a extradição dizendo que os delitos pelos quais o extraditando foi condenado eram comuns, e não políticos (matéria de competência privativa do Tribunal), o parecer da AGU entendeu de superar essa questão proclamando que **"os crimes não são políticos"**, mas **"políticas são as dimensões dos fatos"**. Enfim, considerou, sem ter tido a coragem de afirmar, **tratar-se de extradição política disfarçada** (matéria já examinada e afastada peremptoriamente pela Suprema Corte no julgamento da extradição de que se cuida), a tanto equivalendo o pleito extradicionário quando revestidos de coloração política os fatos subjacentes à sua formulação, na precisa definição do eminente Ministro Celso de Mello, ao relatar a Extradição nº 524-DF (DJ de 08.03.91)¹⁴.

Para o parecer, as dimensões políticas dos fatos pelos quais o extraditando foi condenado revelar-se-iam pela "proliferação de entrevistas, passeatas, pareceres, manifestos, pedidos, súplicas, notícias" (item 168), sendo certo que "o nicho democrático italiano... sugere amplitude do debate, suscitando-se ponderáveis suposições de que o extraditando

¹⁴ Nesse contexto, interveio em notável voto o eminente Ministro Sepúlveda Pertence para observar que, segundo a doutrina da extradição política disfarçada (*extradition politique déguisée*), requerer extradição sob o color de motivação política consubstanciaria "uma das formas mais odiosas de perseguição política", constituindo mesmo "ampliação teleológica do conceito de juízo ou tribunal de exceção para fins extradicionais". Ao longo do voto, verifica-se tratar-se de matéria relacionada à verificação pelo Supremo Tribunal Federal da regularidade da organização judiciária do país requerente da extradição e o normal funcionamento de seus tribunais.

possa, em tese, enfrentar atos que agravem sua situação, por motivos de sua condição pessoal" (item 169).

Razão por que opinou no item 170:

"... 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".

Embora esse parecer tenha reconhecido a exuberância da democracia italiana, expressa no perfeito funcionamento harmônico e independente dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como na observância dos direitos e garantias dos apenados, foi ele aprovado mediante despacho do ilustre Advogado-Geral da União Substituto, cujas considerações reproduzem essencialmente os graves equívocos e distorções contidos na manifestação chancelada: interpreta o aresto de julgamento da extradição de que se cuida sob a ótica de votos vencidos e mediante equivocada consideração veiculada em superado *obiter dictum* contido em voto proferido pelo eminente Ministro Eros Grau e conclui que, a teor do art. 3, item 1, letra f, do Tratado de Extradição firmado entre o Brasil e a Itália, haveria razões ponderáveis para supor que a situação do extraditando possa ser agravada por sua condição social, política ou pessoal, tendo em conta "a inquestionável condição do Estado Italiano como Estado Democrático de Direito", circunstância reveladora de que "as decisões daquele Estado devem considerar aos anseios de seus cidadãos", num contexto em que "as opiniões polarizam-se e concretizam-se em

vários atos, a exemplo de entrevistas, manifestos e passeatas", configurando "substrato suficiente para configurar-se a suposição de agravamento da situação de Cesare Battisti caso seja extraditado para a Itália".

Com efeito, opinou pela não-concessão da extradição, "com base nos fundamentos trazidos pelo Parecer nº AGU/AG-17/2010, em dispositivo do Tratado e **dentro do juízo político que o Supremo Tribunal Federal expressamente atribuiu ao Presidente da República**" -- o que veio a ser acolhido pelo ato presidencial ora impugnado, com a conformação de ofensa à autoridade e à eficácia do aresto de concessão da extradição pela Suprema Corte e com os vícios de ilegalidade e desvio de poder já noticiados. Daí o ensejo ao presente pedido.

O ATO PRESIDENCIAL IMPUGNADO REVELA-SE INSUBSISTENTE, PER SE, E POR CONSUBSTANCIAR DESCUMPRIMENTO DO ARESTO DO STF

Como registrado anteriormente, na perspectiva do julgamento do processo de extradição e **após parecer com que o eminente Procurador-Geral da República opinou pelo seu deferimento**, o extraditando obteve o *status* de refugiado por ato do Senhor Ministro da Justiça, mediante recurso assestado em face de decisão denegatória desse benefício pelo Comitê Nacional para os Refugiados - CONARE. E, em consequência, requereu a extinção da extradição por aplicação de dispositivo da lei brasileira que instituiu mecanismos para a implementação da Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados -- o que levou a Suprema Corte a deliberar, incidentalmente, por provocação da República Italiana, ora peticionária, sobre a validade do aludido ato concessivo de refúgio, como preliminar do exame do pedido de extradição.

Daí decorreu o acórdão com que **o Plenário da Suprema Corte**, preliminarmente, desconstituiu o refúgio

ilegalmente concedido ao extraditando e, ao examinar a solicitação de extradição à luz do tratado bilateral firmado entre Brasil e Itália, no exercício da incontornável competência prevista no art. 102, I, g, da Constituição Federal, deferiu o pedido formulado pela ora peticionária, restando mantida a prisão para fins de extradição, nos precisos termos resumidos na precisa ementa publicada no DJe de 16.04.2010 (fl. 4196), cujo teor foi anteriormente transcrito.

Transitado em julgado o v. acórdão do Tribunal com essa conformação (v. certidão de fl. 4200), que bem sintetizou "o dispositivo final ou comando decisório (*iudicium*)" do julgado, expediu-se a devida comunicação ao Poder Executivo, através do Ministério das Relações Exteriores e do Ministério da Justiça, mediante as Mensagens n°s 2061 e 2060, respectivamente, para fins de seu cumprimento, em atenção às **atribuições que incumbem àquele Poder quanto à entrega do extraditando**, como expressamente se resumiu na ementa do aresto em comento, mais particularmente com relação aos atos do Senhor Presidente da República na terceira e última fase da demanda extradicional (fase da entrega).

Decorridos mais de sete meses dessas comunicações, sem qualquer manifestação formal do Senhor Presidente da República, malgrado toda a imprensa nacional noticiasse durante todo esse período que a decisão pela denegação da extradição já havia sido tomada politicamente, somente em data de 31.12.2010 a deliberação presidencial a respeito foi dada a conhecer: o Diário Oficial da União, em edição extra daquela data, veiculou o ato mediante o qual o Chefe do Executivo da República Federativa do Brasil, dizendo-se baseado em parecer da AGU, negou a extradição de Cesare Battisti à peticionária, a despeito de a Suprema Corte havê-la deferido após cumprida e profunda análise do Tratado bilateral

de extradição vigente entre os dois países, da Lei nº 6.815/80 e das condicionantes constitucionais aplicáveis à espécie.

Com efeito, o extraditando Cesare Battisti requereu ao eminente Presidente dessa Suprema Corte, no período de férias coletivas do Tribunal, a imediata expedição de alvará de soltura "tendo em vista a respeitável decisão proferida pelo Presidente da República", publicada na edição extraordinária do Diário da União de 31.12.2010, consoante fls. 4239/4244 dos autos.

A esse pedido opôs-se a República Italiana nos termos da impugnação de fls. 4246/4252, mediante a qual ponderou, em síntese:

"Inicialmente, destaque-se que o ato presidencial, ao que consta, ainda não teria sido comunicado oficialmente a esse colendo Supremo Tribunal Federal. Mas, **trata-se, como se demonstrará oportunamente, de ato consubstanciador de grave ilícito interno e internacional, que afronta a soberania italiana, insulta as suas instituições, principalmente as judiciárias, além de usurpar competência da Suprema Corte brasileira e atentar contra a autoridade e a eficácia do acórdão concessivo da extradição de que se cuida.**

De qualquer sorte, a par de o ato presidencial não guardar conformidade com o acórdão de concessão da extradição, ao contrário do que afirma o extraditando, como se colhe do seu simples cotejo com o que se contém na precisa e fidedigna ementa publicada no DJe de 16.04.2010 (matéria de que deverá se ocupar a Suprema Corte oportunamente), o pedido do extraditando, **concessa máxima venia**, não merece acatamento, porquanto, decretada a prisão de Cesare Battisti pelo Ministro Relator do processo e tendo sido a medida preventiva confirmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, somente este órgão tem a competência para revogá-la, após obviamente proceder, de ofício ou mediante provocação, ao exame da compatibilidade entre o ato presidencial de negativa da extradição e o acórdão de concessão da extradição proferido pela Suprema Corte -- não sendo certo, pois, que o exame dessa compatibilidade devesse ser feito solitamente por Vossa Excelência, na qualidade de Presidente

da Corte, relativamente a uma matéria que foi deliberada pelo seu Plenário, como se demonstrará a seguir."

Seguiu-se, então, a irreprochável decisão com que o eminente Ministro Cezar Peluso, Presidente do Tribunal, indeferiu o pedido do extraditando (fls. 4334/4337), cujo inteiro teor merece transcrição pela sua pertinência e relevância para o deslinde não apenas do pleito deduzido pelo extraditando, mas da própria extradição:

"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 da 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 de 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 o 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 justificativa 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 consequências jurídicas que convenham**, não me fica alternativa.

8. 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."

Incensurável a decisão proferida pelo eminente Ministro Cezar Peluso: como se colhe dos precisos termos dessa decisão e das razões de impugnação que a República Italiana deduziu no capítulo anterior, tem-se, no caso, indiscutível descumprimento do aresto proferido pela Suprema Corte no julgamento da extradição de que se cuida -- o que implica grave atentado à sua autoridade e eficácia, para não falar no fato de que, ao editar ato absolutamente desprovido de licitude e razoabilidade, tomando por base equivocado parecer da AGU, o Exmo. Sr. Presidente da República responsável por sua edição terminou por usurpar a competência da Suprema Corte ao considerar, para negativa de extradição, matéria afeta às atribuições privativas da Suprema Corte, a teor do art. 102, I, g, da Constituição Federal, e já examinada e superada pelo Tribunal por ocasião do julgamento em referência.

Não há dúvida possível: como se lê no item 8 da ementa do aresto em comento (fl. 4196), que bem traduz "o

dispositivo final ou comando decisório (*iudicium*)" do julgado, repita-se, o acórdão concessivo da extradição pela Suprema Corte **advertiu expressamente que o Chefe do Executivo**, no que diz respeito às suas **atribuições relativas à entrega** do extraditando (matéria consubstanciada nas regras do art. 89 e seu parágrafo único da Lei nº 6.815/80, com as alterações da Lei nº 6.964/81, e nas cláusulas contidas no art. XV, 1, 2 e 3, *a* e *b* do Tratado Brasil-Itália), **não dispõe de poder discricionário** -- devendo quanto a isso observar os termos do tratado celebrado com o Estado requerente ("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 propósito, como destacado no referido item 8 da ementa do acórdão, **em tema de execução e entrega do extraditando ao Estado requerente**, o resultado do julgamento, com a conformação acima exposta, foi "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", sendo que "quatro votos vencidos" concluíram "pelo caráter discricionário do ato do Presidente da República" quanto a esse tema.

Para essa proclamação, aplicou-se o critério do voto médio: como quatro votos davam pela obrigatoriedade da entrega do extraditando e um declarava encontrar-se o Presidente da República vinculado ao cumprimento do tratado, em tema de entrega, não se lhe reconhecendo qualquer discricionariedade quanto a isso, prevaleceu então este entendimento, não fazendo coisa julgada, nos termos do art. 469, I, do Código de Processo Civil¹⁵, o *obiter dictum* (mera opinião) consubstanciado na equivocada consideração incidental

¹⁵ Nesse sentido, confirmam-se os arestos proferidos pelo STF no RE nº 117.060-MG, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 133/1311, e pelo STJ no REsp nº 698.384, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 27.02.2009.

feita pelo eminente Ministro Eros Grau em seu voto sobre o art. 3, 1, *f*, do Tratado de Extradicação Brasil-Itália -- que notoriamente constitui matéria não só examinável pela Suprema Corte, mas concretamente examinada e superada no caso concreto, *ex vi* da incontornável regra de competência contida no art. 102, I, *g*, da Constituição Federal¹⁶.

Com efeito, conforme proclamado expressamente pelo Tribunal, no ponto, "o dispositivo final ou comando decisório (*iudicium*)" do acórdão encontra-se consubstanciado na síntese contida no multicitado item 8 da ementa retro transcrita (fl. 4196). E a decisão proferida com essa conformação não mereceu qualquer ressalva por parte do Plenário da Corte, nem foi objeto de embargos declaratórios pelas partes interessadas. Trata-se, pois, de coisa soberanamente julgada pela Suprema Corte do País, cuja inobservância desafia impugnação qualificada, inclusive mediante reclamação, nos termos do art. 102, I, *l*, da Constituição Federal.

Não faz, pois, o menor sentido pretender-se que o ato presidencial ora impugnado seja insuscetível de controle jurisdicional, salvo com grave afronta aos arts. 5º, XXXV, e 102, I, *l*, da Constituição Federal -- e muito menos faz sentido a alegação de que essa conclusão decorreria de prevalecente voto proferido pelo eminente Ministro Eros Grau no julgamento da extradicação, em que teria supostamente declarado a não sujeição de eventual ato denegatório da entrega do extraditando ao controle da Suprema Corte, desde que fundado no art. 3, 1, *f*, do Tratado, que não seria

¹⁶ Ao decretar a prisão preventiva de Cesare Battisti para fins de extradicação, o eminente Ministro Celso de Mello, antigo Relator do feito extradicional, examinou o art. 3 do Tratado para afirmar que, em *sumaria cognitio*, não lhe pareceu presentes os casos de recusa da extradicação ali elencados, entre eles o do inciso 1, alínea *f*. Da mesma forma, como destacado pelo eminente Ministro Cezar Peluso na recente decisão com que indeferiu o pedido de revogação da prisão do extraditando, o Plenário da Suprema Corte, para desconstituir o refúgio concedido ao extraditando e decretar a extradicação, examinou cumprida e profundamente o disposto no aludido art. 3, 1, *f*, do Tratado, não verificando a ocorrência de qualquer fato que pudesse sugerir a recusa da extradicação de que se cuida. Afinal, **a competência para apreciar a procedência ou improcedência da extradicação é do STF -- e não do Governo** (Extradicação nº 232-Cuba, Rel. Min. Victor Nunes Leal, RF 204/259, e Extradicação nº 524-Governo do Paraguai, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 08.03.91).

examinável pelo STF, mas exclusivamente pelo Presidente da República, a quem incumbiria privativamente conceder ou negar extradição.

Tanto não faz sentido essa assertiva que **a parte dispositiva do acórdão, consagrada do comando emergente do julgamento, se limitou a consignar a obrigatoriedade da observância do tratado, em tema de entrega do extraditando, uma vez decretada a extradição pela Suprema Corte.** Eventual consideração especulativa sobre conteúdo, alcance ou interpretação de cláusula do tratado a ser observado pelo Senhor Presidente da República, por ocasião da entrega do extraditando, não guarda nenhuma relação com a decisão então proferida, por não constituir premissa que não possa ser eliminada sem afetar o próprio conteúdo da decisão. Ou seja, constitui mera opinião do Ministro ou *obiter dictum*, absolutamente desinfluyente para a *ratio decidendi* do julgado.

Como anotado anteriormente, nesse ponto, o parecer da AGU transcreveu excerto de superado *obiter dictum* contido em voto do eminente Ministro Eros Grau para estabelecer que, fundando-se no art. 3, 1, *f*, do Tratado de Extradição Brasil-Itália, o ato com que o Excelentíssimo Senhor Presidente da República viesse a negar a extradição não seria suscetível de controle jurisdicional pela Suprema Corte, pois a matéria ali contida não seria examinável pelo Tribunal, mas exclusivamente pelo Presidente da República, que ao seu ver seria a "Parte requerida" no processo de extradição¹⁷.

¹⁷ A leitura *in actu oculi* do Tratado de Extradição Brasil-Itália revela que a parte requerida na extradição de Cesare Battisti é desenganadamente "a República Federativa do Brasil", o Estado brasileiro, e não o Governo, o Chefe do Executivo, como se colhe desde o introito dessa Convenção internacional. E cabe ao direito interno de cada parte envolvida no Tratado determinar quais os órgãos competentes que podem atuar no processo de extradição, compreendendo as suas três notórias fases (a primeira, administrativa; a segunda, judiciária; e a terceira, administrativa, concernente à entrega do extraditando, em caso de deferimento da extradição na fase judiciária). No Brasil, a teor do art. 102, I, *g*, da Constituição Federal e dos termos da Lei nº 6.815/80, com as alterações da Lei nº 6.964/81, compete ao Supremo Tribunal Federal **processar e julgar a extradição solicitada por Estado estrangeiro, incumbindo-se o Executivo da primeira fase da extradição (articulação entre governos das partes requerente e requerida para a transmissão do pedido e de documentos a ele relacionados), bem como da última fase, relacionada à entrega do extraditando, em caso de deferimento da extradição, com as condicionantes expressamente contidas na legislação infraconstitucional referida e no Tratado. Nada mais, nada menos.**

Sobremais, ainda segundo a AGU, essa cláusula do tratado, por envolver conceito indeterminado, permitiria interpretação de natureza subjetiva por parte do Senhor Presidente, insubstituível por pronunciamento jurisdicional de controle.

Ora, além do excerto suso referido constituir equivocada consideração veiculada em superado *obiter dictum*¹⁸ contido em voto proferido pelo eminente Ministro Eros Grau no julgamento da extradição de que se cuida, **quando Sua Excelência pareceu ter aderido à tese da discricionariedade do ato presidencial quanto à entrega do extraditando**, aquele notório equívoco foi posteriormente esclarecido e desfeito, **em questão de ordem** (fls. 4182/4188), para assentar-se que, na linha do precedente consubstanciado na Extradição nº 272, Rel. Min. Victor Nunes Leal, concedido o pedido pela Suprema Corte, a entrega do extraditando deverá se dar nos termos do Tratado bilateral firmado entre Brasil e Itália, não se reconhecendo ao Chefe do Executivo qualquer discricionariedade quanto a isso. Trata-se, consoante restou definitivamente esclarecido, de ato regrado ou vinculado ao tratado de extradição.

Não há dúvida possível: a referida questão de ordem suscitada pela República Italiana (fls. 3443/3474) foi acolhida pelo Plenário do Tribunal, na sessão de 16.12.2009, como se colhe dos debates travados às fls. 4131/4190, para esclarecer-se e retificar-se a proclamação do resultado do julgamento do processo extradicionário de que se cuida quanto ao equivocado registro de que, decretada a extradição de Cesare Battisti pela Suprema Corte, o Senhor Presidente da República teria poderes discricionários na entrega do extraditando.

¹⁸ A distinção entre *obiter dictum* e *ratio decidendi* encontra-se bem delineada na doutrina alemã, de todo aplicável em nosso sistema jurídico, consoante sintetizado pelo eminente Ministro Gilmar Mendes no julgamento dos EDcl no RE nº 194.662-8: “Aqui, afigura-se fundamental a distinção entre ‘*ratio decidendi*’ e ‘*obiter dictum*’, tendo em vista a necessidade ou a imprescindibilidade dos argumentos para a formação da decisão obtida (Cf., sobre o assunto, Winfried Schlüter, *Das Obiter Dictum*, Munique, 1973, p 77 s). Embora possa haver controvérsias sobre a distinção entre ‘*ratio decidendi*’ e ‘*obiter dictum*’, é certo que um critério menos impreciso indica que integra a ‘*ratio decidendi*’ premissa que não possa ser eliminada sem afetar o próprio conteúdo da decisão (Cf. Schütler, op. cit. p. 85).”

Naquela oportunidade, o eminente Ministro Eros Grau, cujo voto em tema de entrega do extraditando havia sido equivocadamente computado na proclamação do resultado como aderente à tese da discricionariedade presidencial, esclareceu de forma peremptória que ao votar sobre aquela matéria, ao contrário do que se havia consignado no resultado do julgamento, **"disse que acompanhava a jurisprudência anterior, o voto do Ministro Victor Nunes Leal"** e que **"o ato do Presidente da República é ato a ser praticado nos limites do direito convencional"**, sendo certo **não se tratar "portanto, de ato discricionário, porém, de ato regrado, ato vinculado ao que dispõe o Tratado"** (fl. 4143).

Com efeito, por larga maioria de votos (**seis votos a dois**)¹⁹, o Plenário do Tribunal acolheu a questão de ordem suscitada para determinar a retificação da proclamação do resultado -- o que possibilitou a lavratura do acórdão respectivo com a precisa especificação do comando decisório (*iudicium*), nos termos da ementa retro transcrita. **E essa decisão transitou em julgado.** Logo, a partir daí não se poderia considerar a existência de decisão da Suprema Corte no sentido de atribuir ao Senhor Presidente da República discricionariedade na entrega do extraditando, após haver o Supremo Tribunal Federal deferido o pedido de extradição. Nem se poderia cogitar idoneamente, a partir de *obiter dictum* contido em voto do Ministro Eros Grau (e *obiter dictum* inteiramente superado com a questão de ordem acima registrada), que o ato presidencial quanto à entrega, que deveria ser feita nos termos do Tratado, fosse insuscetível de controle jurisdicional pela Suprema Corte.

Prova inequívoca disto é que as declarações anteriores atribuídas ao eminente Ministro Eros Grau quanto à

¹⁹ Votaram pelo acolhimento da Questão de Ordem os eminentes Ministros Gilmar Mendes, Presidente, Cezar Peluso, Relator, Ellen Gracie, Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Cármen Lúcia, sendo vencidos os eminentes Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto, cf. Ata da Sessão Plenária de 16.12.2009 (fl. 4193).

discrecionariiedade do Presidente da República na entrega do extraditando (esta relacionada à *ratio decidendi* do julgamento) e quanto à impossibilidade de a Suprema Corte poder rever eventual decisão com que o Chefe do Executivo viesse a negar a entrega com base no art. 3, 1, f, do Tratado (esta relacionada a mera opinião incidental ao voto -- *obiter dictum*) restaram inteiramente superadas com o julgamento e acolhimento da questão de ordem noticiada, à vista de expressos esclarecimentos prestados por Sua Excelência.

Assim, veja-se que, feitos os esclarecimentos e as retificações que o caso reclamava, em face do erro na proclamação do resultado, o eminente Ministro Carlos Britto indagou ao eminente Ministro Eros Grau:

"O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: - Agora, se o Presidente da República não cumprir o tratado, **cabe reclamação para o Supremo Tribunal Federal?**" (fl. 4162).

Em resposta, advertiu o eminente Ministro Eros Grau que se isso viesse a ocorrer, a matéria poderia ser oportunamente apreciada pelo Tribunal, não competindo à Corte, naquele instante, fazer julgamento do futuro. Confirma-se o teor da resposta:

"O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Ministro Carlos Britto, vou lhe fazer a seguinte pergunta: se, em 2013, um deputado agredir o Vice-Presidente da República, o que fará? **Eu não posso dizer nada sobre o futuro.** E contra isso eu me insurgi aqui. **Ora, o Presidente da República que proceda como ele quiser. Cabe a ele cumprir ou não o Tratado. As consequências disso virão depois. Não estamos fazendo nenhum julgamento do futuro**" (fl. 4162).

Nada obstante, o eminente Ministro Carlos Britto insistiu na discussão dizendo que quem dá a última palavra na extradição é o Presidente da República (fl. 4162). O eminente Ministro Eros Grau, por sua vez, replicou dizendo: **"Só que ele**

[o Presidente da República] tem que obedecer, respeitar o Tratado. Isso ficou mais do que claro" (fls. 4162/4163). Após o que se seguiu o debate abaixo transcrito, que também contou com a intervenção do eminente Ministro Cezar Peluso, Relator da extradição:

"O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: - **E se ele descumprir o Tratado?**

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - **É outro problema.**

O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO: - **Não. Cabe ao Supremo, ou não.**

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR): - Isso discutiremos oportunamente, se ocorrer.

O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - **Se ocorrer isso, discutiremos"** (fl. 4163).

Mais adiante, o eminente Ministro Marco Aurélio, vencido no ponto, se insurgiu contra a orientação que estava sendo claramente firmada pela maioria naquele estágio do julgamento quanto a se consignar na parte dispositiva do acórdão que, decretada a extradição, o Senhor Presidente ficaria obrigado a observar o tratado de extradição, não se lhe reconhecendo qualquer discricionariedade quanto à entrega do extraditando (fl. 4169). A propósito, aquele eminente Ministro indagou e respondeu:

"Adentraremos essa matéria para, sem ouvir Sua Excelência o dirigente maior do país, assentar uma decisão que o obrigará? **Obrigará a quê? A cumprir o Tratado. Essa decisão desafiará, se não houver a observância [do Tratado] pelo Presidente da República, a reclamação**".

Essa intervenção levou o eminente Ministro Eros Grau a enfatizar, às fls. 4169/4170, que **as matérias efetivamente julgadas pelo Tribunal** podiam ser assim definidas, no que dizia respeito ao seu voto: **quanto ao**

cabimento da extradição, manifestou-se pela sua inadmissibilidade, no que restou vencido; e **quanto ao caráter vinculativo absoluto, ou não, da decisão concessiva da extradição pelo Supremo,** concluiu que, concedida a extradição, o Senhor Presidente da República devia obediência ao Tratado firmado entre Brasil e Itália, **nos termos do voto proferido pelo Ministro Victor Nunes Leal na Extradição nº 272,** sendo certo que eventual descumprimento do avençado pelas partes naquele instrumento convencional internacional poderia vir a ser objeto de nova discussão no Tribunal, pois o ato presidencial quanto à entrega do extraditando não é discricionário, "porém regrado pelo Tratado".

Sobre a vinculação ou não do Presidente da República à decisão de concessão da extradição pela Suprema Corte, o que restou subsistente do voto do eminente Ministro Eros Grau, com caráter de *ratio decidendi*, após a questão de ordem suscitada pela República Italiana e acolhida pelo Plenário do Tribunal, pode ser resumido na fundamentação a seguir transcrita -- que foi efetivamente considerada e incorporada ao aresto respectivo, com a explicitação unânime entre os integrantes da corrente majoritária de que não assistiria ao Senhor Presidente da República, em tema de entrega do extraditando, qualquer discricionariedade, como se viu do item 08 de sua respectiva ementa. É ler-se, então, o que no ponto expendeu o Ministro Eros Grau:

"Ao Supremo Tribunal Federal cabe processar e julgar, originariamente, a extradição solicitada por Estado estrangeiro (art. 102, I, g da Constituição do Brasil).

Lê-se na ementa da Extradição 272, relator o Ministro Victor Nunes Leal, o seguinte: '1) Extradição, a) O deferimento ou recusa da extradição é direito inerente à soberania, b) A efetivação, pelo governo, da entrega do extraditando, autorizada pelo Supremo Tribunal, depende do direito internacional convencional'.

No voto que então proferiu, o Ministro Victor Nunes Leal observou: 'Mesmo que o Tribunal consinta na extradição -- por ser regular o pedido --, surge outro problema, que interessa particularmente ao Executivo: saber se ele está 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''.

Ressalte-se que a conclusão do voto do eminente Ministro Eros Grau, fundada no voto proferido pelo Ministro Victor Nunes Leal na Extradição nº 272, não autorizava o parecer da AGU a dizer, como disse no item 165, que a **"representação da soberania nacional por parte do Presidente da República, plasma fortemente a discricionariedade do prolator da decisão final, em tema de extradição"**, e muito menos o autorizava a afirmar, como o fez no item 166, com clamorosa erronia e infidelidade ao exato teor do julgamento da Suprema Corte e do precedente consubstanciado no aresto de julgamento da extradição relatada pelo Ministro Victor Nunes, que:

"Esta orientação [a discricionariedade do ato presidencial quanto à entrega do extraditando] ganhou foros de permanência na dicção do então Ministro Eros Roberto Grau, em excerto de voto na extradição aqui estudada, para quem, com base em Victor Nunes Leal, as razões da negativa da extradição, por parte do Presidente da República não são examináveis pelo STF".

Ora, como se viu, o eminente Ministro Eros Grau desautorizou a alegação de que ele advogara a discricionariedade do ato presidencial quanto à entrega do extraditando, tendo sustentado, ao revés, no julgamento da questão de ordem suscitada pela República Italiana, **tratar-se de ato regrado ou vinculado ao tratado de extradição, cujo eventual descumprimento poderia vir a ser discutido pelo Supremo Tribunal Federal.** Por outro lado, como restou demonstrado, também não procede a alegação de que teria prevalecido, no julgamento da extradição, o entendimento de

que, "com base em Victor Nunes Leal, as razões de negativa da extradição, por parte do Presidente da República não são examináveis pelo STF".

De qualquer sorte, a par de o dispositivo do aresto de concessão da extradição de Cesare Battisti pelo Supremo Tribunal Federal bastar para a solução da questão, por consubstanciar coisa soberanamente julgada, como se vem demonstrando ao longo desta petição, impende esclarecer o real significado e o verdadeiro alcance do notável voto proferido pelo saudoso Ministro Victor Nunes Leal na referida Extradição nº 272 e que norteou o aresto unânime da Suprema Corte no respectivo julgamento.

Tratava-se do famoso "Caso Stangl" (Extradição nº 272 - República Federal da Áustria, sendo extraditando Franz Paul Stangl). No contexto do complexo julgamento então levado a cabo em 07.06.1967 pelo Plenário da Suprema Corte, o eminente Relator fez interessante estudo sobre a natureza e os efeitos do pedido de extradição formulado por Estado estrangeiro com base em promessa de reciprocidade ou com base em tratado extradicional específico. Buscava-se estabelecer as hipóteses em que a extradição seria facultativa ou obrigatória em face da soberania do Estado requerido e das regras de Direito Internacional. E isto tinha grande relevo no caso então examinado, por envolver extradição fundada em promessa de reciprocidade da República Federal da Áustria.

No que diz respeito à primeira hipótese, concluiu aquele notável Ministro que a extradição fundada em promessa de reciprocidade consubstancia caso facultativo de extradição, pelas razões a seguir expostas:

"A declaração de reciprocidade, na falta ou na deficiência de tratado, é fonte reconhecida do direito de extradição (André Mercier, 'L'Extradicion', Récueil des

Cours, 1930, III, p. 185). Esse princípio já fora adotado em nosso país, no Império, pela circular de 4.2.1847, do Ministério dos Negócios Estrangeiros; também foi mencionado, quanto à extradição de nacionais, na L. 2.416, de 28.6.1911 (art. 1º, § 1º), e a lei atual o consagra (Dl. 394, de 28.4.38, art. 6º, § 3º, c/c art. 9º), segundo o entendimento do Supremo Tribunal (Extr. 232, 9.10.61, D.J. 4.4.63, p. 70; Extr. 288, 7.12.62, R.F. 205/288, voto do Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira; Extr. 251, 30.9.63, D.J. 5.12.63, p. 1.238, voto do Sr. Ministro Evandro Lins). Não ficou derrogada a nossa lei nessa matéria, pois não tem esse alcance a circunstância de ser hoje necessário o **referendum** parlamentar para 'atos internacionais' (Const. 1967, art. 83, VIII), diferentemente da Constituição anterior, que só o exigia para Tratados e Convenções.

O melhor entendimento da Constituição é que ela se refere aos atos internacionais de que resultem obrigações para o nosso país. Quando muito, portanto, caberia discutir a exigência da aprovação parlamentar para o compromisso de reciprocidade que fosse apresentado pelo governo brasileiro em seus pedidos de extradição. Mas **a simples aceitação da promessa de Estado estrangeiro não envolve obrigação para nós.**

Nenhum outro Estado, à falta de norma convencional, ou de promessa feita pelo Brasil (que não é o caso), poderia pretender um direito à extradição, exigível do nosso país, pois não há normas de direito internacional sobre extradição obrigatórias para todos os Estados (Mercier, *ob.cit.*, p. 182)".

Já no tocante à segunda hipótese, esclareceu que **a extradição fundada em tratado bilateral consubstancia caso de concessão obrigatória, nos termos convencioneados pelas partes.** Assim, ponderou, ao estabelecer a um só tempo a relação e a diferença entre uma e outra hipóteses:

"Dar ou recusar a extradição é direito inerente à soberania do **Estado requerido** (Coelho Rodrigues, *A Extradição*, v. 1, 1930, p. 42). **Ele não tem obrigação internacional de a conceder senão no limite dos seus compromissos** (Mercier, *ob. cit.*, p. 180). Nem a Convenção sobre o Genocídio teria criado tal obrigação em face dos Estados não signatários (L.C. Green, '*Political Offences*,

War Crimes and Extradition', The International and Comparative Law Quarterly, abril, 1962, p. 329)".

Ao ensejo dessa consideração apresentada pelo Ministro Victor Nunes Leal, o também sempre lembrado Ministro Gonçalves de Oliveira interveio para destacar que, em caso de extradição facultativa, o Executivo pode simplesmente não submeter o pedido ao Supremo Tribunal Federal. Disse ele, no ponto:

"O SR. MINISTRO GONÇALVES DE OLIVEIRA: - Aí é para que o Executivo proponha o pedido ao Poder Judiciário, ao Supremo Tribunal Federal".

O Ministro Victor Nunes retomou a palavra para registrar que o seu objetivo era deixar explicitado que **só há obrigação de extraditar em caso de pedido fundado em tratado**, não existindo essa obrigação em caso de promessa de reciprocidade. Registrou, então, o seguinte:

"O SR. MINISTRO VICTOR NUNES (Relator): - Dizia eu que, **não havendo tratado, não há obrigação, para o Estado requerido, de conceder extradição**. Aceitar proposta de reciprocidade não pode criar para ele essa obrigação".

Seguiu-se a isso outra esclarecedora intervenção do Ministro Gonçalves de Oliveira quanto à competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar extradição solicitada por Estado estrangeiro com base em promessa de reciprocidade, num contexto constitucional idêntico ao hoje vigente²⁰. **Pontuando que a competência para conceder ou não extradição é do Supremo Tribunal Federal, e não do Governo brasileiro**, advertiu:

"O SR. MINISTRO GONÇALVES DE OLIVEIRA: - Digo o seguinte: **o Governo brasileiro não se pode comprometer a**

²⁰ Vigia à época a Constituição de 1967, cujo art, 114, I, g, estabelecia que competia privativamente ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente a extradição requisita por Estado estrangeiro.

dar extradição, porque a competência é do Supremo Tribunal. O que ele pode é submeter ou não ao Supremo Tribunal Federal o pedido do Estado estrangeiro".

Ao concordar plenamente com o Ministro Gonçalves de Oliveira, esclareceu então o Ministro Victor Nunes Leal que se referia, no contexto de uma **extradição fundada em promessa de reciprocidade** ofertada pela República Federal da Áustria, não ao "Governo no sentido estrito do Poder Executivo, mas ao Estado brasileiro, envolvendo todos os órgãos que interferem no procedimento da extradição". Confira-se o inteiro teor da conclusão do voto do Ministro Victor Nunes com relação ao tema enfocado, **com destaque para o fato de que se estava apreciando pedido de extradição fundado em promessa de reciprocidade:**

"O SR. MINISTRO VICTOR NUNES (Relator): - Não me referia ao Governo no sentido estrito do Poder Executivo, mas ao Estado brasileiro, envolvendo todos os órgãos que interferem no procedimento da extradição. A decisão favorável do Supremo Tribunal é, sem dúvida, condição prévia, sem a qual não se pode dar a extradição. Mas o Supremo 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: 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'.

Em consequência, a simples aceitação da oferta de reciprocidade não cria obrigação para o Brasil, não dependendo essa aceitação de referendum do Congresso. Da promessa de reciprocidade resulta obrigação para o Estado requerente, não para o Estado requerido.

Vou mais longe ainda: mesmo nos casos em que o Brasil seja o ofertante, uma vez que a reciprocidade já está prevista em lei e no costume internacional, que a nossa lei manda observar (Dl. 394/38, art. 9º, c/c art. 20, in fine; C.Pen., art. 4º), não se compreenderia fosse necessária nova chancela do Congresso para tal fim".

Essa a gênese da ementa do aresto de julgamento da Extradição nº 272, de que o Ministro Victor Nunes Leal foi Relator e a cujo teor aderiu em seu voto o eminente Ministro Eros Grau no julgamento da extradicação de Cesare Battisti. E o sentido e o alcance dessa ementa não podem ser determinados com pertinência e adequação sem o exame do voto de seu Relator e das intervenções nele incidentes, tendo-se bem presente que a solução apresentada no aresto e expressa em sua ementa está relacionada a uma extradicação solicitada com base em promessa de reciprocidade, sendo incidentais as referências a extradicação fundada em tratado, hipótese em que se registrou tratar-se aí de obrigação de extraditar.

Assim, no contexto de uma extradicação solicitada à base de promessa de reciprocidade pela República Federal da Áustria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, pelos votos do Relator e do Ministro Gonçalves de Oliveira, deixou claro que quem tem competência para conceder extradicação é o Poder Judiciário, no caso a própria Suprema Corte, e que, sendo "o deferimento ou recusa da extradicação... direito inerente à soberania", "a efetivação, pelo governo, da entrega do extraditando, autorizada pelo Supremo Tribunal Federal, depende do direito internacional convencional", pois, não existindo tratado, a extradicação seria facultativa -- não significando isso que, em casos como o dos presentes autos, o Chefe do Executivo pudesse menoscabar a decisão da Suprema Corte ou descumprir tratado de extradicação vigente, pois, na dicção daquele invocado precedente, a extradicação seria obrigatória.

Essa linha de entendimento sempre prevaleceu na doutrina e na jurisprudência da Suprema Corte. Por isso mesmo, na perspectiva do julgamento da extradicação de Cesare Battisti, Mirtô Fraga, uma das mais eminentes publicistas brasileiras versadas na matéria, fez publicar artigo no *Correio*

Braziliense, edição de 11.11.2009, sob o título "Colocando os pontos nos is", em que, na linha do citado precedente da lavra do Ministro Victor Nunes, estabeleceu clara distinção entre as hipóteses de extradição fundada em promessa de reciprocidade e em tratado bilateral específico de extradição. Naquela oportunidade, ponderou:

"(...) há que distinguir-se entre a obrigação convencional (baseada em tratado) e a discricionariedade governamental. Quando dois Estados firmam tratado, eles se obrigam a entregar, um ao outro, sempre que houver solicitação, pessoas procuradas pela Justiça do Estado requerente, mas desde que os órgãos jurisdicionais do Estado requerido decidam pela sua legalidade e procedência. Não havendo tratado, a extradição é facultativa e pode, inclusive, ser indeferida, sumariamente pelo governo, sem qualquer exame do Judiciário.

Há tratado de extradição entre Brasil e Itália. O Presidente da República é autoridade que mantém relações com Estados estrangeiros. Sua vontade em entregar, quando solicitado, quaisquer estrangeiros à Itália, já se manifestou na promulgação do tratado assinado.

A extradição pode ser instrutória (processo ainda em curso no país de origem) e executória (já há condenação a ser cumprida). Questões discutidas no processo penal italiano não são examinadas pela Justiça brasileira. A defesa do estrangeiro só se prende a aspectos de legalidade e procedência do pedido e à identidade do extraditando (ser ou não ser ele a pessoa procurada).

No caso Battisti, a extradição foi requerida com base em um tratado firmado entre os dois Estados (é, pois, obrigatório) e tem como objetivo a entrega do estrangeiro a seu país para que ali ele cumpra pena (é executória) já imposta pelos tribunais italianos. A vontade do Presidente da República já foi manifestada, obrigando-se, no tratado, a entrega, desde que o STF julgue legal e procedente o pedido. O direito é lógico e racional e, dentro desses princípios, deve ser interpretado. Não há que falar em segunda manifestação. E se a decisão for pela legalidade e procedência, o Brasil não pode, sob pena de violar o tratado, deixar de entregar o extraditando ao Estado requerente.

O Presidente da República é a autoridade maior do país. Mas, nem por isso está isento de seguir as leis, de observar os tratados internacionais e, sobretudo, de respeitar, cumprir e fazer cumprir as decisões dos tribunais. O atual ocupante do Palácio do Planalto é um cidadão que viveu situações difíceis e, por méritos próprios, atingiu o mais alto patamar da hierarquia brasileira. Tem conhecimento, tem vivência, graduou-se na escola da vida. Sabe das consequências de seus atos. Não creio que venha a fazer o que dizem ser intenção dele. Não maculará sua passagem pela Presidência. Um ato como o que se diz ter ele a intenção de fazer só é admissível numa ditadura, quando o governante sobrepõe sua vontade às decisões emanadas de outros Poderes constituídos”.

Pois bem. Ao longo de quase quatro décadas, aquele notável precedente da lavra do Ministro Victor Nunes Leal sempre foi invocado com a conformação acima exposta para justificar a concessão de numerosas extradições pela Suprema Corte brasileira e a sua consequente efetivação pelos Chefes do Poder Executivo que se alternaram ao longo dos anos, inclusive na fase ditatorial, sem que jamais se tivesse desvirtuado o seu sentido em ordem a negar-se consequência a qualquer extradição anteriormente deferida pelo Supremo Tribunal Federal. Aliás, nunca antes na história do Brasil um Presidente da República havia negado uma extradição concedida pela Suprema Corte²¹ e, com isso, descumprido um tratado de extradição, incidindo em graves ilícitos interno e internacional. E tudo isso em razão da equivocada e infeliz orientação que lhe foi transmitida pelo parecer da Advocacia-Geral da União, *concessa maxima venia*.

De feito. O exame do acervo jurisprudencial da Suprema Corte sobre o tema em análise deixa claro que a competência para conceder extradições é da Suprema Corte, **incumbindo ao Chefe do Executivo a prática dos atos relacionados com a entrega**, segundo os preceitos da lei

²¹ Nesse sentido, vide a observação da eminente Ministra Ellen Gracie no sentido de que em duzentos anos de existência da Suprema Corte “nunca houve qualquer hipótese de desatenção pelo Senhor Presidente da República de decisão que este Tribunal tenha tomado em matéria extraditacional” (fl. 4106).

brasileira (Lei nº 6.815/80, com as alterações da Lei nº 6.964/81) e/ou de tratado de extradição eventualmente existente e que tenha sido invocado como base para o pleito extradicional. No exercício dessa competência constitucional, a Suprema Corte não fica vinculada a qualquer juízo do Poder Executivo em torno dos fatos e das causas fundantes da extradição, como é de obviedade plena.

Tanto é assim que, desde o antigo e notável precedente consubstanciado no aresto proferido na Extradição nº 232-Cuba, julgada em 09.10.1961 e relatada pelo Ministro Victor Nunes Leal, a Suprema Corte vem proclamando que:

"A concessão de asilo diplomático ou territorial não impede, só por si, a extradição, cuja procedência é apreciada pelo Supremo Tribunal, e não pelo governo" (RF 204/259).

O voto condutor dessa orientação unânime do Plenário da Suprema Corte naquele julgamento, fundado em dispositivos legais (Dl. 394, art. 2º, § 3º, e art. 10) e constitucionais (arts. 101, I, g, 141, §§ 4º e 33 da Constituição de 1946) correspondentes a normas correlatas hoje vigentes no Brasil (Lei nº 6.815/80, art. 77, § 2º; e Constituição Federal, arts. 5º, XXXV e LII, e 102, I, g), não deixa margem à dúvida quanto a não sujeição do julgamento do Tribunal ao pronunciamento do Poder Executivo em matéria de extradição. Nessa esteira, ponderou o Ministro Victor Nunes Leal que, "[q]uando se reclama a extradição de um asilado, o que se pede, afinal, é a cassação do asilo, sendo, pois, de toda pertinência recorrer, em tal caso, à doutrina do asilo", e, ao admitir a desconstituição de asilo, sustentou:

"Não compartilho, porém, da opinião da defesa, no sentido de que a concessão do asilo acarreta um

compromisso irrevogável para o nosso país²². Em primeiro lugar, podendo o asilo ser dado, não apenas a quem comete crime político, mas também aos perseguidos políticos, não envolve necessariamente um pronunciamento do agente diplomático sobre a natureza política do delito porventura atribuído ao asilado. Em segundo lugar, a lei reserva ao Supremo Tribunal dizer a última palavra sobre a qualificação política do delito (Dl. 394, art. 2º, § 3º, e art. 10) para efeito de caracterizar a excludente de extradição prevista no art. 141, § 33, da Constituição. **Aliás, se a lei dissesse o contrário, subordinando o julgamento do Supremo Tribunal ao prévio pronunciamento do executivo, seria manifestamente ofensiva dos arts. 101, I, letra g, e 141, § 4º, da própria Constituição**".

Esse entendimento foi reafirmado mais recentemente, já na vigência da Constituição de 1988 e da Lei nº 6.815/80 (com as alterações da Lei nº 6.964/81), pelo Plenário da Suprema Corte no julgamento do "Caso Stroessner", consubstanciado na Extradição nº 524-Governo do Paraguai, de que foi Relator o eminente Ministro Celso de Mello. O aresto unânime então proferido restou encimado por ementa que, no ponto, proclamou:

"Não há incompatibilidade **absoluta** entre o instituto do asilo político e o da extradição passiva, na exata medida em que **o Supremo Tribunal Federal não está vinculado ao juízo formulado pelo Poder Executivo na concessão administrativa daquele benefício regido pelo Direito das Gentes**. Disso decorre que a condição jurídica de asilado político não suprime, só por si, a possibilidade de o Estado brasileiro conceder, presentes e satisfeitas as condições constitucionais e legais que a autorizam, a extradição que lhe haja sido requerida. O estrangeiro asilado no Brasil só não será passível de extradição quando o fato ensejador do pedido assumir a qualificação de crime político ou se opinião ou as circunstâncias subjacentes à ação do Estado requerente demonstrarem a configuração de inaceitável extradição política disfarçada".

²² No voto em comento há referência a um "famoso julgado da Corte de Justiça Internacional de Haia, de 20 de novembro de 1950", sustentando que "o asilo não protege contra a aplicação regular das leis e a jurisdição dos tribunais legalmente constituídos".

No voto conducente dessa firme orientação plenária da Suprema Corte, **destacou o eminente Ministro Celso de Mello, ao defender a possibilidade jurídico-constitucional de extraditar asilados políticos, que o exame da procedência da extradição é de competência da Suprema Corte, e não do Governo, como proclama a jurisprudência do Tribunal desde o paradigmático precedente consubstanciado na Extradição nº 232-Cuba, relatada pelo Ministro Victor Nunes Leal, cujo julgamento ocorreu em 09.10.61:**

"O próprio Supremo Tribunal Federal, em decisão plenária proferida na Extr. 232, de que foi Relator o Ministro **Victor Nunes Leal**, deixou positivado, no tema, que a mera condição jurídica de asilado não constitui óbice ao eventual deferimento do pedido extradicional, caso este tenha por fundamento fato configurador de ilícito penal **comum**:

\.....
A concessão do asilo diplomático ou territorial não impede só por si a extradição, cuja procedência é de apreciação do STF e, não, do Governo.
.....'
(RF 204/259)".

E não poderia ser diferente, pois, tanto nas Constituições de 1946 e 1967, quanto na vigente Carta de 1988, outorgou-se ao Supremo Tribunal Federal a competência para processar e julgar, originariamente, a extradição solicitada por Estado estrangeiro, incumbindo-lhe, pois, de forma privativa fazê-lo com estrita observância do tratado de extradição em que fundado o pedido e das condicionantes constitucionais. Nada mais, nada menos.

Deferir ou eventualmente negar extradição mediante interpretação e aplicação de cláusulas de tratado e das condicionantes constitucionais é matéria reservada à competência do órgão incumbido do processo e do julgamento do pedido extradicional. O que não é admissível, à luz do tratado, das regras e princípios de Direito Internacional e da

Constituição, é, uma vez deferido o pedido de extradição, poder o Chefe do Executivo negar-lhe consequência.

A propósito, não se alegue a existência de um certo poder discricionário do Senhor Presidente da República para dar ou não execução à decisão com que a Suprema Corte concede a extradição de súdito estrangeiro fundada em tratado. *Concessa venia*, não procede tal entendimento, seja porque não há lei que atribua ao Chefe do Executivo esse poder extraordinário²³, seja porque a lei que assim dispusesse estaria em conflito com o tratado bilateral de extradição, seja porque afrontaria o disposto no art. 102, I, g, da Constituição Federal, **seja porque tal orientação atentaria contra a autoridade e eficácia da decisão concessiva de extradição pela Suprema Corte como no caso concreto.**

Destarte, no caso concreto em análise, o Chefe do Executivo não poderia ter negado consequência à decisão concessiva da extradição de Cesare Battisti porque, além de haver dado trânsito ao pedido da República Italiana, a recusa de cumprimento da decisão da Suprema Corte implica grave violação da Constituição Federal (art. 102, I, g) e inaceitável descumprimento do tratado bilateral que o próprio Presidente da República promulgou após a sua aprovação pelo Congresso Nacional, dando-lhe *status* de lei especial²⁴, para ser “executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém”, nos termos dos arts. 49, I, e 84, VIII, da

²³ A Lei nº 6.815/80 (o Estatuto do Estrangeiro) não contém qualquer norma que autorize o Senhor Presidente da República a negar execução a decisão concessiva de extradição, máxime de extradição fundada em tratado incorporado ao ordenamento jurídico nacional nos termos dos arts. 49, I, e 84, VIII, da Constituição Federal, sendo certo, ao revés, que o tratado bilateral de extradição firmado entre Brasil e Itália assegura ao Estado requerente a entrega da pessoa reclamada (art. 14, 2). O que se admite tanto no tratado (art. 15) quanto na Lei nº 6.815/80 (art. 89) é a entrega diferida ou temporária -- jamais a negativa de entrega, sob pena de violação do tratado e do disposto no art. 102, I, g, da Constituição Federal, pois incumbe ao STF “processar e julgar, originariamente, a extradição solicitada por Estado estrangeiro”, e não apenas autorizar que o Chefe do Executivo possa extraditar, ao seu nuto, a pessoa reclamada.

²⁴ No julgamento da Extradição nº 795-EUA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, decidiu a Suprema Corte que: “**É consolidada da jurisprudência do Tribunal no sentido de que os tratados bilaterais de extradição, incorporados ao ordenamento nacional, nele constituem leis especiais, que prevalecem no eventual conflito com a lei nacional** (v.g., PPEX. 193, Néri, 13.04.94, DJ de 13.06.97; PPEX. 194, Pertence, 13.04.94, RTJ 162/822)” -- DJ de 06.04.2001.

Constituição Federal (v. Decreto Legislativo nº 78, do Congresso Nacional, e Decreto nº 863, do Senhor Presidente da República).

Nesse contexto, seria incompreensível que se reconhecesse em favor do Senhor Presidente da República a prerrogativa de descumprir, a um só tempo, decisão concessiva da extradição pelo Supremo Tribunal Federal²⁵ e o tratado de extradição firmado com o Estado estrangeiro requerente, após havê-lo firmado, após havê-lo ratificado, após a sua aprovação pelo Congresso Nacional e após havê-lo promulgado para ser "executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém" (art. 1º do Decreto nº 863, de 09 de julho de 1993). Afinal, como parece óbvio, o fato de o Chefe do Executivo ser o responsável "por manter relações com Estados estrangeiros" (art. 84, VII, da CF) não o autoriza a violar os tratados internacionais que o país haja firmado e incorporado ao ordenamento nacional -- e a que todos os Poderes devem respeito e observância na órbita de suas respectivas competências.

Pois bem. Embora seja do Executivo a competência para declarar internacionalmente a vontade do Estado (declarar, meramente declarar a vontade pré-constituída do Estado), em se tratando de tratado incorporado à ordem jurídica interna, com a conformação suso explicitada, não poderá fazê-lo em desconformidade com os compromissos nele consubstanciados, pois, além de ter assumido internamente o *status* de lei federal, em face dos princípios e das regras vigentes de Direito Internacional, tem-se que o tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé (*pacta sunt servanda*).

²⁵ Veja-se, a propósito, a contundente objeção do em. Ministro Sepúlveda Pertence, com apoio na lição especializada de Francisco Rezek, à superada tese de que "o deferimento da extradição traduz, para o Poder Executivo, mera autorização para a entrega do extraditando" (voto proferido na Extradição 785 - Estados Unidos Mexicanos, Rel. Min. Carlos Velloso). Nesse voto, o em. Min. Pertence mostra e demonstra que se trata de matéria inteiramente superada, pois, relativamente ao julgamento proferido pelo STF, a teor do art. 102, I, g, da CF, não se trataria de uma intervenção judiciária de colaboração simplesmente consultiva, não vinculante do poder governamental.

Ou por outra, transportando todos esses conceitos para o caso concreto, concedida a extradição pela Suprema Corte, a não-entrega do extraditando pelo Senhor Presidente da República, nas circunstâncias dos autos, implica descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal e violação substancial do tratado bilateral, com a completa negativa de sua vigência, e, com efeito, grave afronta aos princípios do livre consentimento e da boa-fé e à regra *pacta sunt servanda* -- universalmente reconhecidos e observados no Direito Internacional como deveres jurídicos indeclináveis dos Estados contratantes.

Isto, aliás, é o que se colhe da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (arts. 26 e 27) e das reiteradas decisões com que a Suprema Corte brasileira tem enfrentado o tema da prevalência do tratado bilateral de extradição, incorporado ao ordenamento nacional, sobre a lei nacional com ele incompatível, conforme precedentes retro referidos. Por isso mesmo, pode-se afirmar que, no caso concreto dos autos, não há discricção governamental quanto à entrega ou não do extraditando, uma vez deferido o pedido de extradição fundado em Tratado bilateral. **E não há por expressa determinação contida no dispositivo do aresto de concessão da extradição de Cesare Battisti.**

Em outro precioso artigo publicado no *Correio Braziliense*, edição de 17.11.2009, sob o título "Entrega de Battisti à Itália", Mirtô Fraga²⁶ escreveu:

"(...) 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

²⁶ A doutora Mirtô Fraga é autora do consagrado *Estatuto do Estrangeiro Comentado* e da notável obra *O Conflito entre Tratado Internacional e Norma de Direito Interno (Estudo Analítico da Situação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira)*, ambas publicadas pela editora Forense.

governamental. E a recusa pode ser sumária, quando os elementos nem serão enviados ao Supremo Tribunal Federal (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 STF.

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. Na 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 da decisão favorável do STF, para que assinar o acordo? Qual o objetivo do tratado?

Havendo tratado, a manifestação presidencial pela a 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 discricionariedade 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.

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."

Com relação ao tema abordado, revela-se incensurável o aresto de concessão da extradição de Cesare Battisti à República Italiana, em cujo dispositivo, expresso na ementa constante das fls. 4194/4197, consignou-se que, **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, não se reconhecendo ao Chefe do Executivo discricionariedade quanto a isso.** E ainda assim esse aresto transitado em julgado com tal conformação resultou afrontado pelo ato presidencial ora impugnado, que a um só tempo ofende

a soberania e as instituições italianas e consubstancia grave ilícito interno e internacional.

Como enunciado na introdução e demonstrado no capítulo anterior, o ato presidencial ora impugnado não está conforme a lei, a Constituição e o aresto proferido por essa Suprema Corte, porquanto "negou o pedido de extradição" sem sequer poder definir o *status* jurídico do extraditando no Brasil: não se trata de refugiado, nem de asilado político, nem de imigrante legal; cuida-se, ao revés, de imigrante ilegal condenado pela Justiça Federal pelo cometimento de fraude em sua entrada e permanência no Brasil, sujeitando-se, *pour cause*, a expulsão (art. 65, paragrafo único, a, da Lei nº 6.815/80). Esse fato, *per se*, dá a exata dimensão da superlativa ilegalidade do ato presidencial de "negativa da extradição" requerida pela República Italiana e concedida pela Suprema Corte.

A rigor, a manifesta ilegalidade do ato ora atacado, veiculada em forma de desvio de poder²⁷, projeta a convicção de que, na realidade, Cesare Battisti teria sido beneficiado por uma espécie de "refúgio disfarçado", vale dizer, de um refúgio concedido com inconcebível fraude à lei, à Constituição, ao tratado de extradição vigente entre Brasil e Itália e, finalmente, com menoscabo ao aresto com que essa Suprema Corte desconstituiu refúgio formalmente concedido pelo Executivo e, ao depois, concedeu a extradição declarando que o Senhor Presidente da República não teria poderes discricionários na entrega do extraditando, devendo, ao revés, cumprir o tratado.

²⁷ Cretella Junior, em seu notável "A Prova no Desvio de Poder", in *Revista de Direito Administrativo*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2002, págs. 197/216, destaca que, **entre as mais evidentes condutas caracterizadoras de desvio de poder, estão a motivação contraditória, a ilogicidade manifesta e a inexistência, de fato, dos motivos apresentados para justificar a decisão tomada.**

A incrível e inconsistente alegação de que a situação de Battisti poderia se agravar na Itália encontra-se relacionada ao noticiário da imprensa italiana sobre o protesto de autoridades do Poder Executivo e do Parlamento italiano à concessão de refúgio ao extraditando pelo Ministro Tarso Genro à consideração de que ele correria risco de perseguição política se entregue à República Italiana, como se colhe das notícias colacionadas nos itens 111 a 123 do capítulo VI do parecer. Aliás, registre-se, protesto que foi manifestado de forma enfática e em grande medida também na Europa, através do Parlamento Europeu, e no Brasil, através dos mais expressivos veículos de comunicação do país e de maciço pronunciamento de importantes segmentos da opinião pública, como é notório.

Vale dizer, trata-se de matéria já considerada e superada por essa colenda Suprema Corte por ocasião do julgamento com que, exercitando a competência privativa e originária inscrita no art. 102, I, g, da CF, desconstituiu o refúgio concedido ao extraditando, e com que, por via de consequência, concedeu a extradição requerida pela República Italiana, **sob o fundamento da absoluta improcedência da alegação de risco de perseguição ou de discriminação de Battisti por qualquer dos motivos contemplados no art. 3, 1, f, do Tratado de Extradição vigente entre Brasil e Itália, como se colhe do notável voto do eminente Ministro Cezar Peluso, Relator, que mereceu a adesão dos eminentes Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Ellen Gracie e Gilmar Mendes nesse capítulo.**

No ponto, aliás, ao indeferir o pedido de revogação da prisão de Cesare Battisti, em razão do ato presidencial ora impugnado, o eminente Ministro Cezar Peluso lembrou às fls. 4334/4335 que:

"... nos termos claros do acórdão, a Corte negou toda a legitimidade 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.

De nenhum relevo ao propósito a opinião isolada que, integrando o 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. (...)."

Mas não é só. Ao examinar o pedido de extradição à luz do tratado bilateral de extradição, da Lei nº 6.815/80 e da Constituição Federal, fez expressa referência aos precedentes com que os Tribunais franceses, o Conselho de Estado da República Francesa e a Corte Europeia de Direitos Humanos examinaram e decidiram pedido de extradição requerido pela República Italiana àquele país, pelos mesmos fatos e com a mesma conformação do pedido de extradição formulado perante a República Federativa do Brasil -- a eles aderindo, especialmente no que diz respeito à matéria que consubstancia

o contido no art. 3, 1, f, do Tratado de Extradicação Brasil-Itália. Assim, registrou em fundamentação *per relationem* que:

"A decisão proferida pelo Tribunal de Recursos de Paris em 30.06.2004 considerou que **os crimes pelos quais se pedia a extradicação 'não são de natureza política e militar'** e, mais, que **'não consta que o pedido de extradicação tenha sido formulado por motivo de raça, de religião, de cidadania ou de opiniões políticas ou que a situação do mesmo [o extraditando] possa agravar-se em consequência de qualquer um dos motivos acima'** (fl. 12 do doc. 02, em anexo com a respectiva tradução)" (fl. 2430)" -- fls. 3663/3664.

Na sequência, também em fundamentação *per relationem*, transcreveu os trechos das decisões do Tribunal de Recursos de Paris, do Supremo Tribunal de Justiça da França e da Corte Europeia de Direitos Humanos contendo expressas referências ao fato de que a extradicação requerida pela República Italiana não consubstanciava perseguição ou discriminação de qualquer natureza com relação a Cesare Battisti, sendo certo, ao revés, que a iniciativa da ora peticionária era consentânea com a convenção europeia sobre direitos e liberdades fundamentais e com a convenção europeia sobre extradicação, que contêm cláusulas de proteção aos direitos e garantias do extraditando (v. fls. 3664/3667).

Isso é o quanto bastaria para retirar-se o caráter de razoabilidade da alegação, absolutamente desprovida de base empírica idônea, de que por esses mesmos motivos insubsistentes haveria razões ponderáveis para supor que Battisti poderá ter a sua situação agravada se entregue à República Italiana. No ponto, a incongruência do parecer suicida utilizado como fundamento do ato presidencial ora impugnado atinge às raias do paroxismo quanto o risco de perseguição e de discriminação de Battisti, em razão de alegado clamor consubstanciado em "manifestações da imprensa italiana" e de cogitada aparente "polarização ideológica", é

atribuído ao "regime democrático exuberante, vigorante na Itália", "que autoriza que se intua que a situação do extraditando possa ser agravada, por força de sua condição pessoal".

O que aí se tem consubstancia rematado absurdo, verdadeiro desvio de poder, *concessa maxima venia*: o parecer sugeriu -- e o ato presidencial impugnado acatou -- que o então Presidente da República usurpasse a competência da Suprema Corte e afrontasse o aresto com que esta concedeu a extradição de Cesare Battisti dizendo que não incidia no caso a causa de recusa de extradição contida no art. 3, 1, *f*, do Tratado Brasil-Itália. E mais: incutiu na convicção do Senhor Presidente que, se assim procedesse, estaria protegido de qualquer irresignação que a República Italiana pretendesse veicular perante o Poder Judiciário, pois, ao ver do parecer, ter-se-ia aí juízo subjetivo insuscetível de qualquer tipo de controle, porque exercitado relativamente a conceito indeterminado (razões ponderáveis para supor que o extraditando pudesse vir a ter a sua situação agravada em razão de perseguição política na Itália), conforme teria supostamente registrado o eminente Ministro Eros Grau no voto que proferira no julgamento em comento.

Nada mais inconsistente e equivocado, afirma a peticionária com o sempre elevado respeito:

- a uma, porque toda a matéria relacionada ao art. 3, 1, *f*, do Tratado de Extradição firmado entre Brasil e Itália constitui causa fundante da procedência ou improcedência do pedido de extradição -- matéria já examinada e afastada pela Suprema Corte no exercício de sua competência (art. 102, I, *g*, da CF), sendo certo que, apesar dessa matéria haver sido ventilada em *obiter dictum* contido em voto do Ministro Eros Grau em tema de execução da decisão do Supremo (o que bastaria para não considerá-la consubstanciadora de

ratio decidendi), resultou completamente superada com a questão de ordem suscitada pela República Italiana e acolhida pelo Plenário da Suprema Corte;

- a duas, porque, ao desconstituir o refúgio concedido ao extraditando e julgar a extradição, deferindo-a, o STF declarou que não vislumbrava nos autos risco de perseguição ou discriminação do extraditando por qualquer dos motivos constantes do art. 3, 1, *f*, do Tratado em questão, concluindo por determinar que o Senhor Presidente da República, **quanto à entrega**, observasse os termos do Tratado celebrado com o Estado requerente, não lhe assistindo qualquer espaço de discricionariedade quanto a isso;

- a três, porque, conforme reconhecido e proclamado pelo próprio parecer da AGU, a Itália constitui "exuberante democracia", não havendo como duvidar da solidez de suas instituições, fato que inviabiliza, por razões lógicas e jurídicas, qualquer ideia de risco de que o extraditando possa lá ser submetido a atos de perseguição ou discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, condição social ou pessoal -- ou mesmo ter a sua situação agravada por um dos elementos antes mencionados;

- a quatro, porque, em razão dos princípios da razoabilidade e da pertinência, não se pode considerar como "razão ponderável para supor que o extraditando possa ter sua situação agravada" por um dos elementos mencionados no art. 3, 1, *f*, do Tratado, **em caso de sua entrega à Itália para cumprimento de pena**, fato ou fatos periféricos não relacionados às atribuições dos Órgãos Judiciários italianos incumbidos de tal mister.

Não tem senso nem nexos afirmar-se que determinado Estado consubstancia "exuberante democracia", o

que implica reconhecimento do regular e hígido funcionamento de seus Poderes, máxime no que diz respeito ao Judiciário que tem os atributos da isenção e da imparcialidade, e ao depois, com base em notícias de jornal já superadas pelo julgamento de extradição pela Suprema Corte, pretender-se que haja razões ponderáveis para supor que não se devesse entregar o extraditando ao país reclamante à conta de **risco de perseguição política por ocasião da execução da pena** -- **matéria reservada privativamente à competência dos órgãos do Poder Judiciário da República Italiana**, contra os quais nada se alegou que pudesse comprometer, ainda que remotamente, a sua isenção e a sua imparcialidade. É muito importante repetir que a matéria contida no art. 3, 1, f, do Tratado Brasil-Itália relaciona-se às condições de independência e regular funcionamento dos órgãos judiciários do país reclamante da extradição, não guardando qualquer relação com fatores outros estranhos à persecução penal, como se colhe de todos os precedentes que até hoje se ocuparam da matéria.

Aliás, para afastar a inaceitável conjectura veiculada no ato presidencial ora impugnado, quanto à suposição (que não encontra razões ponderáveis como sustentação) de que o extraditando possa vir a ter sua situação agravada em razão de perseguição política pelo Estado italiano, basta verificar que, **além de no caso concreto essa ideia de risco haver sido de todo afastada pelo aresto proferido pela Suprema Corte na extradição de que se cuida**, o Tribunal, em vários outros precedentes, já havia afastado alegação como a contida no ato presidencial, frequentemente invocada por defesas de extraditados, como se verifica exemplificativamente do contido na **Extradição nº 678/República Italiana**, de que foi Relator o em. Ministro Celso de Mello e de cujo voto, condutor do aresto unânime, então proferido, colhe-se essa evidente constatação:

"Impende ressaltar, por necessário, que o ordenamento constitucional italiano revela-se claramente hostil a qualquer tipo de persecução estatal instaurada por razões de ordem política, pois, no Estado requerente, ninguém poder ser privado de seus direitos por motivos políticos (art. 22), além de não poder sofrer extradição por crimes de natureza política (art. 26), sempre respeitada, sem qualquer restrição - e em favor de todos - a garantia do juiz natural, imparcial e independente (art. 25 e arts. 101/102).

Bem por isso, a douta Procuradoria-Geral da República, ao afastar a alegação de criminalidade política invocada pela Defesa, salientou (fls. 94): 'Trata-se, a toda evidência, de crime comum, não havendo qualquer razão plausível para supor que o extraditando esteja sendo submetido a perseguição ou discriminação por motivo ideológico ou para por em dúvida a imparcialidade da Justiça estrangeira'²⁸ (DJ de 06.09.1996).

Diante disso, a pretensão de impedir-se o controle jurisdicional do ato presidencial, por fundado em alegado juízo subjetivo quanto à existência de razões ponderáveis para supor que o extraditando possa vir a ter a sua situação agravada em razão de perseguição política na Itália "exuberantemente democrática", constitui invencível contradição lógica, soando como afirmar-se que edifício de um único pavimento é arranha-céu, para usar uma expressão contida em antigo precedente da Suprema Corte para designar situações abarcadas pelo vício da irrazoabilidade e do absurdo -- e ainda assim advogar-se que tal afirmação, absurda e irrazoável, seria insuscetível de revisão ou controle, por consubstanciar juízo de natureza puramente subjetiva. Ou por outra, tal motivação do ato presidencial, extraída do equivocado parecer da AGU, equivaleria a dizer que a terra é redonda, nas palavras do observador, mas se ele quiser dizer

²⁸ O tema do art. 3, I, f, do Tratado Brasil-Itália consubstancia causa de recusa da extradição, aferível pelo Supremo Tribunal Federal no exercício de sua competência privativa prevista no art. 102, I, g, da Constituição Federal, e se relaciona às condições de funcionamento e de isenção dos órgãos judiciários do país requerente da extradição -- nada tendo a ver com outros fatores como opinião pública, manifestação de imprensa ou de autoridades de outros Poderes. Na casuística dos tratados, jamais se examinou essa matéria fora do âmbito judiciário e com conformação distinta da contida no voto condutor deste acórdão unânime relatado pelo eminente Ministro Celso de Mello -- especialmente no que diz respeito à República Italiana.

que ela é quadrada, isso expressaria a sua subjetividade e, portanto, não comportaria contestação ou revisão.

Como anotado anteriormente, Cretella Junior, em seu notável "A Prova no Desvio de Poder", *in Revista de Direito Administrativo*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2002, págs. 197/216, destaca que, **entre as mais evidentes condutas caracterizadoras de desvio de poder, estão a motivação contraditória, a ilogicidade manifesta e a inexistência, de fato, dos motivos apresentados para justificar a decisão tomada.** Isto é precisamente o que se tem no ato presidencial ora impugnado, como se vem demonstrando cumpridamente.

De outra parte, não é demais lembrar que até os atos discricionários comportam controle, como se extrai das teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes, sendo certo que, quando discricionário o ato praticado, fica ele vinculado aos motivos, bem como à congruência e à razoabilidade da motivação que venha a adotar. E, no caso, não se reconheceu qualquer discricionariedade ao Chefe do Executivo quanto ao cumprimento do Tratado de extradição, em tema de entrega do extraditando à República italiana, sendo certa a possibilidade de controle sobre esse ato. Na expressão do invocado voto do Ministro Eros Grau, tem-se aí ato regrado ou vinculado ao Tratado de extradição.

De qualquer forma, ainda quando num caso ou noutro se tenha de trabalhar com os chamados conceitos indeterminados, nem aí a matéria pode fugir de controle por via do princípio da razoabilidade -- princípio que não vincula apenas o administrador, aqui tomado *lato sensu*, mas até o legislador, como se colhe da jurisprudência da Suprema Corte. Assim, não se pode, sem incidir em invencível contradição lógica e em chapada irrazoabilidade, dizer que um Estado é exuberantemente democrático, o que pressupõe completa e

absoluta normalidade na atuação de seus órgãos judiciários incumbidos da persecução penal, para ao depois sustentar a incapacidade desses órgãos em garantir os direitos dos acusados ou condenados em matéria penal. E com maior razão quando há prévio pronunciamento jurisdicional sobre a matéria, infirmando as conclusões do ato presidencial, como ocorre no caso da extradição de Cesare Battisti.

Acresça-se a isso o fato de o **Estado italiano**, fundador do Conselho da Europa, encontrar-se submetido à jurisdição da Corte Europeia de Direitos Humanos, concebida e instituída para implementar os direitos humanos e as liberdades fundamentais no âmbito territorial dos Estados-membros da **Comunidade Europeia**, em face dos tratados e das convenções de que são partes, bem como de seus respectivos ordenamentos jurídicos internos. Não é demais lembrar, como o fez Celso de Albuquerque Mello, em seu *Curso de Direito Internacional Público*, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2000, pág. 831, que segundo Antonio Augusto Cançado Trindade, "o maior especialista brasileiro em Direitos do Homem na ordem jurídica internacional":

"A região do continente europeu abrangida pelo Conselho da Europa é a parte do globo que se encontra mais adiantada no tocante aos direitos do homem e à sua proteção. **Nela está em vigor a convenção internacional sobre o assunto. Ela foi concluída em 4 de novembro de 1950 e entrou em vigor em 1953.**

A grande vantagem desta convenção é que, além de enunciar em uma convenção internacional os direitos do homem, ela também determina as garantias de execução desses direitos. Esta convenção contém uma restrição à soberania estatal, entendida no seu sentido clássico, como não houve em nenhum outro texto internacional sobre a **matéria**. É preciso lembrar que se aplica aqui a regra do esgotamento dos recursos internos antes de se recorrer aos órgãos internacionais.

O aspecto mais importante desta convenção são os órgãos que garantem a sua execução, isto é, a proteção internacional dada aos direitos do homem.

A convenção prevê a existência de dois órgãos destinados a realizar a proteção acima mencionada: a Comissão Europeia de Direitos do Homem e a Corte Europeia de Direitos do Homem."

Daí decorre a enorme reação interna (todos os grandes jornais e revistas do país, em editoriais, reprovaram a equivocidade do ato e clamam pela sua desconstituição) e internacional (principalmente no âmbito do Conselho da Europa, que foi também duramente atingido pela declaração de desconfiança nas instituições europeias) contra a injusta e insubsistente alegação de que, se entregue à Itália, o extraditando poderá vir a ter sua situação agravada em razão de perseguição política.

No âmbito interno, são incontáveis as matérias jornalísticas editadas pelos mais importantes e influentes jornais e revistas do país (inclusive veiculadas em forma de editoriais) revelando radical protesto e reprovação ao ato presidencial, por estimado contrário ao tratado internacional firmado com a Itália e principalmente por afrontar a decisão da Suprema Corte brasileira. Essa estupefação, manifestada pela imprensa brasileira, também alcançou os meios jurídicos especializados do país.

Sobre o assunto, a Professora Janaina Conceição Paschoal, da Universidade de São Paulo, na perspectiva da decisão presidencial a respeito do caso de que se cuida, após a decretação da extradição pelo Supremo Tribunal Federal, fez publicar artigo na Folha de São Paulo, edição de 13.07.2010, sob o título "Acolher Battisti não é escolha jurídica". Lamentou que assunto dessa gravidade e relevância, no plano interno e no plano internacional, pudesse vir a ser decidido

com base em parâmetros de natureza política pela Presidência da República, conforme anunciava unissonamente a imprensa nacional.

Maristela Basso, Professora de direito internacional da USP, também se manifestou em artigo publicado no mesmo jornal, edição de 08.01.2011, após a prática do ato ora impugnado, sob o título "STF foi claro no Caso Battisti, mas Executivo não entendeu", em cuja conclusão destacou que, "não obstante a clareza e a correção da decisão do STF, o Executivo não entende o comando e segue por caminhos que dão arrepios de medo só de pensar no que pode vir", acrescentando, todavia, que a recente decisão proferida pelo eminente Ministro Peluso "(re)acende nova esperança de que o Brasil volte a ser um país cumpridor das normas jurídicas internas e internacionais".

Francisco Rezek, uma das maiores autoridades brasileiras em direito internacional, com a reconhecida e qualificada experiência de ter sido Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ministro das Relações Exteriores da República Federativa do Brasil e Juiz do Tribunal Internacional de Justiça das Nações Unidas -- a Corte de Haia, expressou, em entrevista concedida ao programa "Sem Fronteiras", exibido em 07.01.2011, no canal a cabo Globo News, profunda preocupação e estupefação com o ato presidencial ora impugnado. E a respeito ponderou:

"O Presidente da República não tem competência constitucional para decidir coisa alguma sobre a extradição. Isso é uma competência que, desde que se começou a trabalhar com isso no nível da Constituição do Brasil, é uma competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal. Em outros países há Tribunais inferiores envolvidos nisso. Em nenhum país hoje é o governo que decide sobre a extradição. O que acontece é que em alguns países, quando não há tratado de extradição, o Tribunal se manifesta, concedendo ou não, achando válida ou não a

medida, e aí sim, o Chefe de Estado, porque não há Tratado, tem o direito de efetivar ou não uma extradição que o Tribunal julgou legítima²⁹.

No caso brasileiro, em relação à Itália, e, portanto, no exato contexto do Caso Battisti, a situação é claríssima: há um Tratado. Por força desse Tratado, o Brasil, quando recebeu da Itália o pedido de extradição tinha que encaminhá-lo ao Supremo. E uma vez concedida a extradição pelo Supremo, ainda que por maioria, foram inúmeras no passado as decisões no sentido de extraditar determinada pessoa, tomadas por maioria. Uma vez tomada essa decisão pelo Supremo, o Presidente da República não tinha outra coisa a fazer senão efetivar a extradição.

O que me espanta nessa fala de dezenas de páginas da Advocacia-Geral da União é que ali onde o Tratado diz "O Brasil, a parte contratante do Tratado" eles leem o Presidente da República, esquecidos de que o Brasil, neste caso, é o Supremo Tribunal Federal, conforme o art. 102 da Constituição. Não é nenhuma repartição palaciana que decide aquilo que o Supremo Tribunal Federal já decidiu.

A Advocacia-Geral da União pretendeu que o Presidente da República se arvorasse em revisor da decisão do Supremo. Isso é uma calamidade sem nenhum precedente no Direito brasileiro."³⁰

No plano judicial, o Partido Democratas-DEM ajuizou ação direta de inconstitucionalidade contra o ato presidencial ora questionado (ADI 4538-DF) e Fernando Destito Francischini, Deputado Federal eleito pelo PSDB/PR, assestou ação popular contra o mesmo ato, divisando não apenas a ocorrência de patente ilegalidade, mas de inequívoca lesividade (Ação Cível Originária 1722-DF). Ambos os feitos encontram-se submetidos à relatoria de Vossa Excelência, por prevenção da extradição de que se cuida e dos feitos que lhe são correlatos.

²⁹ Esta foi a questão debatida e resolvida na Extradição nº 272, relatada pelo Ministro Victor Nunes Leal, invocada pelo eminente Ministro Eros Grau em seu voto e cujo sentido não foi alcançado pelo parecer da AGU.

³⁰ Disponível em: <http://www.globonews.com/jornalismo/GN>. Acesso em 07.01.2011.

Ainda no plano interno, e para estabelecer um mínimo de contraditório, manifestou-se em entrevista ao jornal O Globo, edição de 28.01.2011, o eminente Advogado-Geral da União, Ministro Luís Inácio Adams, que, ao defender o ato presidencial, ponderou que realmente, embora não dispusesse de "elementos para demonstrar a perseguição" a Battisti na Itália, seria lícito ao Senhor Presidente da República fazer juízo de suposição de agravamento da situação do extraditando a partir da existência de "um ambiente hostil a Battisti". Confira-se excerto dessa entrevista veiculada sob o título **"Extradição de Battisti foi negada por suposição. Luís Inácio Adams, advogado-geral da União, reconhece que não há elementos que provem que italiano seria perseguido":**

"•O parecer da AGU menciona reportagens, mas não traz prova concreta de que Battisti corre riscos se for devolvido à Itália.

ADAMS: Suposição é um juízo hipotético. Se você for ao dicionário, a suposição admite até imaginação pura. Mas não é o caso. A suposição se faz por elementos, que podem ser frágeis, não importa, qualquer elemento para formar sua convicção. O fato é que a suposição é a convicção daquele que decide.

•O senhor acha frágeis os elementos da AGU no parecer?

ADAMS: Acho que são elementos que permitem formar uma suposição. Se o tratado exigisse a demonstração cabal de perseguição, de fato eu não teria como demonstrar, porque não tenho elementos para demonstrar a perseguição. Mas não se trata de demonstrar a perseguição. Trata-se de demonstrar se existem eventos factuais que possam fornecer algum tipo de ilação, algum tipo de suposição sobre o assunto. O presidente tem autoridade de tomar a decisão final e está fazendo uma suposição no âmbito do tratado."

Pois bem. Foi justamente pelo fato de a extradição de Battisti haver sido negada "por suposição" (e sem razões ponderáveis) de perseguição -- contra fatos

incontestes como o de que a Itália consubstancia, na expressão do parecer da AGU, "exuberante democracia" -- e em desconformidade com a decisão com que a Suprema Corte brasileira deferiu o pedido extradicional que, no âmbito externo, também houve grande perplexidade e estupefação com relação ao ato presidencial ora impugnado. Nada mais lógico, nada mais natural.

Assim, no âmbito do Conselho da Europa, merece destaque a Resolução adotada pelo Parlamento Europeu em data de 20.01.2011, mediante a qual declarou que o ato presidencial ora impugnado afrontou o princípio segundo o qual **"o respeito da legalidade e da independência do Poder Judiciário, incluindo um tratamento justo das pessoas que foram condenadas, é um dos valores fundamentais da União Europeia e dos seus Estados membros, assim como do Brasil"** e que, ademais, encontra-se em descompasso com o firme entendimento de que **"a parceria entre União Europeia e República Federativa do Brasil é fundamentada no reconhecimento recíproco que ambas as partes respeitem a legalidade e os direitos fundamentais, dentre os quais o direito à defesa e o direito a um processo justo e imparcial"**. E, em consequência, expressou "a confiança que, com base nas considerações mencionadas, as competentes autoridades brasileiras exercitem o seu direito - e cumpram o seu dever - de considerar a nova solicitação do Governo italiano para rever a decisão sobre a extradição de Cesare Battisti e estudem as modalidades para garantir que o Tratado bilateral sobre extradição seja corretamente interpretado".

Na mesma linha, com respeito e sobriedade, manifestaram-se a Câmara e o Senado da República Italiana, ambos deixando evidente que o pedido de extradição de Cesare Battisti tem sido confirmado indistintamente por todos os Governos italianos que se sucederam nos últimos anos. E que, positivamente, não se trata de perseguição política, mas de

legítima persecução judicial para execução de penas criminais decorrentes de graves crimes comuns, absolutamente desvinculados de qualquer base político-ideológica, como, aliás, reconhecido e proclamado pelo Comitê Nacional para os Refugiados - CONARE/MJ, ao indeferir o pedido de refúgio do extraditando, e pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, ao conceder a extradição de que se cuida.

Sobremais, trata-se de execução de condenações impostas soberanamente por Tribunais ordinários da República Italiana com estrita obediência às garantias do devido processo legal ali operante e consentâneas com os tratados e as convenções sobre direitos humanos e liberdades fundamentais vigentes em todos os Estados-membros do Conselho da Europa. Trata-se, ainda, de execução de condenações que passaram pelo crivo de todas as instâncias da Justiça francesa, em sede de pedido de extradição ali deferido por fundamentos idênticos aos submetidos à Justiça brasileira, bem como pelo julgamento da Corte Europeia de Direitos Humanos, que manteve a extradição de Cesare Battisti da França para a Itália, por absolutamente congruente com a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais e com a Convenção Europeia sobre Extradição.

CONCLUSÃO E PEDIDO

Ante o exposto, requer a República Italiana que o pedido de revogação da prisão do extraditando Cesare Battisti seja indeferido, na linha da judiciosa decisão proferida pelo eminente Ministro Cezar Peluso, Presidente do Tribunal, às fls. 4334/4337, porquanto o ato presidencial em que se funda tal pedido, *concessa maxima venia*, revela-se absolutamente insubsistente por usurpar a competência dessa Suprema Corte e por atentar contra a autoridade e a eficácia

do aresto de julgamento da extradição de que se cuida (fls. 3523/4197), a par de consubstanciar, *per se*, grave ilícito interno e grave ilícito internacional, que ofende a soberania italiana e suas instituições.

E, com efeito, impende declarar-se incidentalmente a sua nulidade, para dar-se pela subsistência da extradição já concedida pelo Tribunal com a expressa determinação da entrega do extraditando à República Italiana, nos termos do Tratado e mediante os condicionamentos veiculados na decisão (comutação de pena e detração) -- a que a peticionária aderirá formalmente no momento oportuno.

Pede deferimento.

Brasília-DF, 01 de fevereiro de 2011.

A. Nabor A. Bulhões

OAB/DF 1465-A