

**EMENTA** Extradução. República italiana Supremo Tribunal Federal. Discricionariedade do Presidente da República..Interdisciplinar. Aplicação de Tratado.Teoria do diálogo institucional. Natureza jurídico-política da extradição. Teoria da Pena.

Exmo. Sr. Presidente da Comissão Permanente de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) Dr Bernardo Cabral, sob a indicação nº 012/2011, de autoria do seu consórcio Dr Fernando Fragoso, solicita que seja atendida a seguinte consulta..

### **CONSULTA**

“A não efetivação da Extradução nº 1085 pelo não cumprimento de dispositivos do Tratado de Extradução Brasil-Itália por parte do Sr. Presidente da Republica encontraria respaldo normativo mesmo diante do conflito com a exigência de compatibilidade da decisão emanada pelo plenário do Supremo Tribunal Federal nos termos da ementa do Acórdão publicado no DJe 16.04.2010 no julgamento do citado pedido de extradição de que a atribuição do Poder Executivo teria de estar limitado aos parâmetros do mencionado tratado”

Ao questionamento, responde-se nos seguintes termos.

### **PARECER**

#### **1.Delimitação dos fatos e os aspectos metodológicos da consulta**

A presente consulta está restrita e relacionada ao processo de Extradução nº 1.085 requerido pela República Italiana referente ao ato presidencial de recusa de seu cumprimento. Esta decisão do Poder Executivo foi comunicado ao Supremo Tribunal Federal em 04.01.2011, através do Aviso nº 0003/2011, emanado do Senhor Ministro de Estado da Justiça, tendo sido publicado originariamente no DOU de 31.12.2010 - Seção I - Edição Extra - pág. 11. O não atendimento a citada extradição lastreou-se no Parecer AGU/AG-17/2010 considerando o seguinte excerto do Acórdão:

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

A resposta desta consulta ao resumir-se a um universo analítico restrito a compatibilidade da decisão do Sr. Presidente da República ao referido acórdão da Extradução nº

1085 representa, também, uma busca de objetividade para o caso. Pondera-se que os denominados casos difíceis resultariam da possibilidade de um conjunto de interpretações viáveis. Na realidade, a demarcação desses casos decorrem, segundo o entendimento deste parecer, mais das formas variadas de compreensão dos fatos

Assim, o pedido de Extradicação nº 1085 do cidadão italiano Cesare Battisti nesse tormentoso mundo fático abriu o caminho para imersão de um feixe de subjetividades, dificultando o estabelecimento de uma adequada e legítima solução.

Com a limitação de análise propiciada pela consulta pontuada nos mencionados acordão., parecer e nos termos do Tratado de Extradicação Brasil Itália (artigo III, alínea f) acrescida de padrões metodológicos, abre, concretamente, a oportunidade do exame objetivo desse citado caso difícil. A consulta respalda-se, dessa forma, na teoria constitucional nos seus desdobramentos do diálogo institucional e na teoria da pena enquadrada pelo Direito Penal contemporâneo.

## **1.O instituto da extradição no campo interdisciplinar**

O estudo da extradição está, classicamente, disciplinarizado no campo do Direito Internacional Público. A doutrina como demonstra o embasamento em Celso de Albuquerque Mello<sup>1</sup> encontra-se pacificada no tocante a essa questão. Entretanto, o próprio citado internacionalista reconhece que há uma crescente interface do denominado Direito das Gentes com o surgimento do Direito Constitucional Internacional. Para Celso de Albuquerque Mello, esse campo disciplinar estaria materializado como “normas constitucionais que regulamentam as relações exteriores dos estados”<sup>2</sup>

A iniciativa do citado internacionalista em estabelecer as intersecções entre o Direito Internacional Público e o Direito Constitucional Internacional, pela própria natureza política contida nas noções de poder e na conceituação de constituição, potencializa a ruptura das fronteiras da segurança da positividade. Centra Celso de Albuquerque Mello suas atenções nos desdobramentos do processo interpretativo. Recorre, para o Direito Internacional Público, por exemplo, nas lições de Richard Falk nos parâmetros do alcance da interpretação. Observa Falk, assim, que “nenhum intérprete pode alegar que a sua interpretação é correta”, “só pode ser resolvida politicamente”. E arremata o autor sul-africano citado por Celso de Albuquerque de Mello “uma interpretação desinteressada é ficção”<sup>3</sup>

A imersão do instituto da extradição nesse contexto de sua politização em decorrência dessa natureza interdisciplinar ganha outros contornos com as observações de Mirtô Fraga<sup>4</sup> secundada, também, por Valério de Oliveira Mazzuoli<sup>5</sup> no sentido de que “a extradição é um instituto de Direito Processual Penal Internacional que serve de instrumento na repressão à criminalidade”. Com esse raciocínio e defrontando com as disciplinas de Direito Internacional Público com a força dos Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional com forte base principiológica, a perspectiva meramente criminológica seria única alternativa para delimitar o instituto da extradição hoje?

## **2. A extradição e a teoria do diálogo institucional**

---

<sup>1</sup> Mello, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 2º volume. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2002. 14ª. Edição pág. 983

<sup>2</sup> Mello, Celso D. de Albuquerque **Direito Constitucional Internacional**. Rio de Janeiro. Editora Renovar. 2000. 2ª.edição revista. Pág. 6

<sup>3</sup> Ibidem, pág. 30

<sup>4</sup> Fraga, Mirtô. **O novo Estatuto do Estrangeiro comentado**. Rio de Janeiro. Forense. 1985, pág. 302

<sup>5</sup> Mazzuoli, Valério de Oliveira **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2006.pág. 417.

O debate constitucional anglo-saxônico com destaque para a contribuição canadense na segunda metade do século XX foi na direção de questionar a concepção da última palavra do Poder Judiciário. Assim, em 1982, foi aprovada a Carta de Direitos canadense na qual ficavam estabelecidos, entre outros pontos, o instituto do “overriding” e a autorização para os limites dos Direitos Fundamentais. Assim, o Parlamento no Canadá pode revogar uma decisão de sua Corte Suprema ou estabelecer restrições a respeito de Direitos Fundamentais firmados por jurisprudência.<sup>6</sup>

A amplitude da discussão da teoria dos diálogos institucionais em sociedades como a australiana, canadense, inglesa e neozelandesa instigou os constitucionalistas americanos a respeito dessa temática. A resposta da contribuição constitucional dos Estados Unidos foi de um lado reconhecer que há várias formas de diálogos institucionais como a do minimalismo de Cass Sunstein. E de outro lado, percebeu-se que a prática institucional americana já traduzia um exemplo histórico dessa articulação entre os poderes na forma de departamentalismo<sup>7</sup>. Haveria, assim, uma coordenação entre os poderes no sentido de respeitar as suas competências constitucionais. Vale lembrar que, em 1893, James Bradley Thayer lecionava nessa direção no tocante ao Poder Judiciário:

The judicial function is merely that of fixing the outside border of reasonable legislative action, the boundary beyond which the taxing power, the power of eminent domain, Police power, and legislative power in general cannot go without violating the prohibitions of the constitution or crossing the line of its grants.<sup>8</sup>

E arremata Thayer:

And again, they must not act unless the case is so very clear. Because the consequences of setting deslegislation many be serious<sup>9</sup>

Mirtô Fraga ao comentar a Lei nº 6.815 (Estatuto do Estrangeiro) disciplinadora da extradição aponta com acuidade para o fato de seu desenho institucional apresentar uma estrutura dialógica: “O procedimento relativo à extradição comporta, no Direito brasileiro, três fases, sendo duas administrativas e uma judiciária, esta mediando as outras duas”.<sup>10</sup>

Valério de Oliveira Mazzuoli delimitando esses procedimentos referentes a extradição no Brasil não só pontua uma dinâmica administrativa, como também, a forma inapropriada de caracteriza-la como judiciária: “Sem embargo de a fase judiciária encontrar-se entre duas fases administrativas, o sistema ainda assim é chamado de sistema judiciário de extradição”.<sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> Vide Silva, Cecília de Almeida e outros autores. **Diálogos institucionais e ativismo** Curitiba. Editora Juruá 2010.

<sup>7</sup> A respeito da visão dialógica com base no departamentalismo, indica-se a leitura de **Between Judicial and Legislative Supremacy: a cautious defense of constrained Judicial Review** de autoria de Alon Harel e Adam Schinar acesso em <http://ssrn.com/abstract=1760963> em 17 de fevereiro de 2011. Na página 9, destaque-se “as such, each branch is bound by the Constitution (or its own vision of the Constitution) but not by another branch’s interpretation of the Constitution”. Na página seguinte, os dois estudiosos de uma perspectiva de um Poder Judiciário limitado observam, no entanto, para as severas críticas ao departamentalismo. Isto é, para o perigo de um processo caótico e difuso, de ignorar as outras determinações constitucionais de outro poder e de não haver, próprio, uma autoridade para resolver as disputas institucionais.

<sup>8</sup> Thayer, James Bradley. **The American Doctrine of Constitutional Law** acesso em 10 de fevereiro de 2011 <http://www.archive.org/stream/originandscopea00thaygoog#page/n8/mode/2up> pág. 24

<sup>9</sup> Ibidem, pág. 26.

<sup>10</sup> Fraga, Mirtô. Op.cit. pág. 336

<sup>11</sup> Mazzuoli, Valério Oliveira op cit. . pág. 419

Quanto ao exame do poder de discricionariedade por parte do Poder Executivo no tocante a Extradução nº 1085 fica patente de que não resulta da imperiosidade do Supremo Tribunal Federal respeitar, propriamente, o princípio da separação de poderes. Demonstra-se, como resposta a consulta formulada, é de que o desenho institucional da extradição no Brasil, apesar de sua denominação inadequada de modelo judiciário, apresenta uma forma dinâmica de teoria do diálogo institucional. Despontando este com forte conotação dos limites do departamentalismo esboçado por Thayer. Não há dúvida que, nesse marco político-normativo, não há espaço para a concepção da última palavra do Poder Judiciário.

### **3. A natureza jurídico-política do instituto da extradição:**

Os fundamentos dos marcos da extradição no sistema jurídico brasileiro não devem restringir-se, apenas, a argumentação exarada no Parecer AGU/AG-17/2010 no sentido de que há uma tradição dos tratados de extradição de conter cláusulas de discricionariedades para o seu cumprimento

Vale, também, registrar que, além dessas cláusulas de discricionariedades nos referidos tratados, é de ser lembrada a lição de Valério de Oliveira Mazzuoli de que: “ Os tratados de extradição celebrados entre os Estados interessados não criam direito que preexiste à extradição, mas apenas condições para sua efetivação”.<sup>12</sup>

Há, dessa forma, uma imperiosidade de destacar a característica central do processo extraditório na sua “práxis” para compreender a justificativa da presença do Poder Executivo emolduradas nas condicionantes acima demarcadas. No item anterior, foi destacado o caráter híbrido institucional do processo de extradição. Sublinhou-se, com base no doutrinamento de Valério de Oliveira Mazzuoli o equívoco de denomina-la de judiciária. Em realidade, o que a doutrina reconhece é o peso político-institucional do Poder Executivo. A lição de Celso de Albuquerque de Mello é cristalina nesse ponto: “A doutrina (Anor Butler Maciel) tem afirmado que a extradição no Brasil é um ato misto, isto é, judiciário e administrativo. Entretanto, é o Executivo que tem a atuação decisiva”.<sup>13</sup>

Neste mesmo alinhamento doutrinário segue Mirtô Fraga ao comentar o dispositivo do artigo 83 da Lei nº 6.185/1980 (Estatuto dos Estrangeiros) normatizador do instituto da extradição: “A concessão de extradição, já foi dito, é ato de Poder Executivo subordinado, entretanto ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal quanto à legalidade e procedência”.<sup>14</sup>

Reforçando a conclusão do peso institucional do Poder Executivo no sistema brasileiro de extradição, doutrinariamente, recorre-se, mais uma vez, as lições de Mirtô Fraga ao comentar o artigo 91 do citado Estatuto dos Estrangeiros estabelecendo as condições para o cumprimento da extradição:

“Penso que a questão pode ser bem equacionada: o destinatário da norma inscrita no art. 91 é, na verdade, o Poder Executivo, que deve, portanto, ser o depositário do compromisso, incumbe-lhe, em

---

<sup>12</sup> Ibidem, pág. 416.

<sup>13</sup> Mello, Celso Albuquerque op.cit. pág. 999..

<sup>14</sup> Mirtô Fraga, op.cit. pág. 336

consequência, velar, pelo cumprimento da exigência, reclamando do Estado requerente a assunção dos compromissos referidos”<sup>15</sup>

Se há esse reconhecimento doutrinário da participação ativa do Poder Executivo no processo de extradição brasileiro, a jurisprudência do STF sacramenta tal posição no voto da relatoria da Ministra Carmen Lucia na Extradição 1114- Chile cuja o Acórdão apresenta a seguinte ementa:

“EMENTA: **EXTRADIÇÃO.** ATENDIMENTO DOS REQUISITOS FORMAIS. IMPROCEDÊNCIA DAS ALEGAÇÕES DO EXTRADITANDO. **EXTRADIÇÃO DEFERIDA.** 1. A transmissão da Nota Verbal por via diplomática basta para conferir-lhe autenticidade, sendo dispensável a tradução por profissional juramentado. Ademais sequer cabe discutir eventual vício na Nota Verbal se os documentos que a acompanham contêm narração dos fatos que deram origem à persecução criminal no Estado requerente, viabilizando-se, assim, o exercício da defesa. 2. Assente a jurisprudência deste Supremo Tribunal no sentido de que o modelo que rege, no Brasil, a disciplina normativa da **extradição** passiva não autoriza a revisão de aspectos formais concernentes à regularidade dos atos de persecução penal praticados no Estado requerente. 3. O Supremo Tribunal limita-se a analisar a legalidade e a procedência do pedido de **extradição** (Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 207; Constituição da República, art. 102, Inc. I, alínea g; e Lei n. 6.815/80, art. 83): indeferido o pedido, deixa-se de constituir o título jurídico sem o qual o Presidente da República não pode efetivar a **extradição**; se deferida, a entrega do súdito ao Estado requerente fica a critério discricionário do Presidente da República. 4. **Extradição** deferida, nos termos do voto da Relatora.”

### 3. A Teoria da pena e a extradição

O Tratado de Extradição Brasil Itália no artigo III disciplina os casos de recusa de extradição, notadamente, na alínea f assim dispendo: 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.

Foi, como já foi mencionado anteriormente, neste dispositivo em que o Sr. Presidente da República recusou a efetivação do pedido de Extradição nº 1085. Nesta consulta, é importante lastrear mais ainda essa cláusula de discricionariedade pelo Estado requerido considerando, também, o debate da teoria da pena e suas modalidades.

Luigi Ferrajoli observa de forma crítica a respeito da função social da pena:

A prisão é, portanto, uma instituição ao mesmo tempo antiliberal, desigual, atípica, extralegal e extrajudicial, ao menos em parte, lesiva para a dignidade das pessoas, penosa e inultimente aflitiva.

---

<sup>15</sup> Ibidem, páginas 374 a 375.

Por isso resulta tão justificada a superação ou, ao menos uma drástica redução de duração, tanto mínima quanto máxima, da pena privativa de liberdade, instituição mais carente de sentido que produz um custo de sofrimento não compensado por apreciáveis vantagens para quem quer seja.

O instituto da extradição deve adequar-se as variáveis como a delimitação de uma adequada teoria da pena lembra, assim, Artur de Brito Gueiros Souza ao gizar:

Em resumo, diante do perfil apresentado sobre a prisão enquanto pena, parece que a sua forma prolongada ou mesmo perpétua, não se coaduna com o momento atual da Teoria da Pena, nem tampouco com os postulados de dignificação humana que vêm impressos nas Cartas Políticas e em convenções internacionais sobre Direitos Humanos.<sup>16</sup>

A postura defendida pelo citado autor no sentido de que o Estado deve atuar na ordem internacional com humanismo e equidade desenhando um quadro de compreensão a respeito da decisão do Sr. Presidente da República pelo não prosseguimento dos tramites da Extradição nº 1085 é, também, justificado nos delineamentos da finalidade do cumprimento de pena pelo referido parecer da Advocacia Geral da União (AGU):

É ainda, há um certo conteúdo humanitário que deve informar a decisão ser tomada. A pena imposta é superior a 30 anos. E deverá ser mitigada. Porém condenado que conta com mais de 50 anos de idade a pena assemelha-se perpétua.

Nesse sentido, com essas ponderações, de fato a aplicação do artigo III, alínea f do Tratado de Extradição Brasil-Itália deve ser considerado na sua perspectiva humanitária para afastar uma concepção de Direito Penal do inimigo:

Resumo lo expuesto hasta el momento respecto de esta evolución, que no es precisamente nueva: el Derecho penal dirigido contra terroristas; tiene mais bien el cometido de garantizar seguridad que el de mantener la vigencia del ordenamiento jurídico, como cabe inferir del fin. El Derecho penal del ciudadano, a garantía de la vigencia del Derecho, muta para convertirse - ahora viene el término anatémizado - Derecho penal del inimigo<sup>17</sup>

**ISTO POSTO E CONSIDERADO**, responde-se ao questionamento da consulta.

**Demonstra-se que o instituto da extradição nos dias atuais não pode ser reduzido a um mero tratamento disciplinar processual penal repressivo. As intersecções entre o Direito Internacional Público com o Direito Constitucional Internacional impõem uma dinâmica de Direitos Humanos e principiológica (devido processo legal). Nesse denso contexto interdisciplinar, o sistema brasileiro de extradição por seu desenho institucional híbrido deve ser delimitado pela teoria dos diálogos. A força da participação do Poder Executivo no processo de extradição impõe limites lógicos e objetivos da noção da última palavra do sistema jurisdicional. A discricionairidade do Sr. Presidente da República na Extradição nº 1085 é compatível com as determinações do Acórdão emanado do Supremo Tribunal Federal não só pelos condicionantes do**

<sup>16</sup> Souza, Artur de Brito Gueiros *As Novas Tendências do Direito Extradicional*. Rio de Janeiro. Editora Renovar/coleção Biblioteca de Teses. 1998. pág. 94

<sup>17</sup> Jakobs, Günther e Cancio Meliá, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid. Thomson/Civitas. Segunda edição. 2006. páginas 71 a 72

**artigo III, alínea f do Tratado de Extradicação Brasil Itália, como também, pelo sentido valorativo não repressivo, com conseqüências humanitárias, como deve ser, no presente momento histórico, efetivado o instituto da extradicação.**

É o parecer

Rio de Janeiro, 17 de fevereiro de 2011

José Ribas Vieira