

EXTRADIÇÃO Nº 1.085 - PETIÇÃO AVULSA

REQUERENTE: Governo da Itália

EXTRADITANDO: Cesare Battisti

RELATOR: Min. Gilmar Mendes

VOTO: Min. Ricardo Lewandowski

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

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

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

Nesse sentido, Ronaldo Rebello de Brito Poletti assenta que:

"(...) andou bem a lei brasileira ao estabelecer sistema próximo do misto na apreciação e efetivação do pedido extraditório. De um lado submeteu ao Judiciário o julgamento da legalidade e procedência do pedido e, de outro, erigiu o Executivo em juiz absoluto da conveniência e interesse em executar a extradição. Noutras palavras, o STF julga se a extradição é, ou não, proibida pela lei; e o Executivo a concede, ou não, se ela não proibir. A decisão judicial vincula apenas pela negativa: então não se poderá extraditar; não vincula, todavia, pela possibilidade, ou seja, pela declaração de não se proibir".¹

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

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

Em outras palavras, o arbítrio presidencial no tocante à presente extradição encontra-se limitado ao quanto pactuado no referido Tratado, sob pena de sujeitar-se o País às sanções vigentes no Direito Internacional, que decorrem da vetusta regra pacta sunt servanda, a qual encontra expressão no art. 26 da

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

Convenção de Viena de 1969: "Todo o tratado em vigor obriga as partes e deve ser executado de boa fé."

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

"(...) seria possível ao Presidente da República, dentro dos quadros do tratado, eventualmente, recusar-se ao cumprimento, amparado numa ou noutra cláusula desse tratado. Mas não poderá invocar (...) que a Itália não tem condições de garantir os direitos fundamentais do extraditando. De outro lado, eu ousaria acrescentar que também não poderá pronunciar-se novamente sobre a natureza do crime cometido pelo extraditando, porque o Supremo Tribunal Federal já afastou a hipótese de cometimento de crime político".

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

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

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

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

Desde a nossa primeira Carta republicana, promulgada em 1891 - que teve como paradigma, por inspiração de Ruy Barbosa,⁴ o modelo da Constituição dos Estados Unidos, datada de 1787 -, compete privativamente ao Presidente da República, "*manter relações com Estados estrangeiros*" (art. 48, 14º), em nome da União Federal. É dizer, incumbe-lhe, dentre outras atividades, entabular negociações com outros países, celebrar tratados, *ad referendum* do Parlamento, e dar-lhes a devida execução. Enfim, cabe-lhe externar, de

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

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

forma privativa e unipessoal, a vontade política do Brasil no plano internacional.

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

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

"Como o Presidente é o único canal de comunicação entre os Estados Unidos e as nações

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

⁶ *Idem*, p. 179.

estrangeiras, é apenas por meio dele que as nações estrangeiras ou seus agentes hão de saber qual é ou qual foi a vontade da nação, e, com relação a qualquer coisa que tenha sido comunicada como tal, elas têm o direito e estão obrigadas a considerá-la como a expressão da nação, não sendo permitido a nenhum agente estrangeiro questioná-la".⁷

Não é por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, resolvendo Questão de Ordem na Extradução ora sob exame, decretou que competiria, exclusivamente, ao Presidente da República decidir sobre a entrega do extraditando ao Governo Italiano, respeitados os limites do Tratado, segundo consta, de modo expresse, do item 8 da Ementa do julgamento, *in verbis*:

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

⁷ *Idem, loc. cit.*

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

"Art. 3 -

1. A extradição não será concedida:

(...)

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

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

institucional, ou seja, na qualidade de representante da soberania nacional perante o Estado requerente.

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

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

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

À tal suposição, motivadamente expressa pelo Chefe do Executivo, que consubstancia verdadeira *raison d'État*, não

se afigura lícito, segundo penso, contrapor-se outra, em sentido diverso, emanada do Judiciário, qual seja, a de que a situação pessoal do extraditando não seria agravada no país de origem.

Essa razão qualificada, denominada pelos italianos de *ragione di stato*, permite aos governantes, até, se necessário for, "violar normas jurídicas, morais, políticas e econômicas que consideram imperativas", segundo assentam Bobbio, Mateucci e Pasquino, recordando que o conceito tem origem em vetustas considerações que visavam à preservação da segurança do próprio Estado.⁸

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

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

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

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

*"(...) contrapondo-se ao ato vinculado (...) aproxima-se o ato de governo, sob certos aspectos, do ato discricionário, que se movimenta numa área bem mais ampla e flexível, a que poderíamos chamar de discricionariedade política ou discricionariedade governamental."*⁹

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

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

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

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

"A concessão do refúgio, no Brasil, compete, em primeira instância, ao Comitê Nacional para Refugiados - CONARE, de cujas decisões cabe recurso ao Ministro da Justiça. ¹¹ Este, ao referendar ou rever as decisões do CONARE não pratica, por evidente, inclusive por cuidar-se de agente estatal demissível ad nutum pelo Presidente da República, qualquer ato de soberania, mas mero ato administrativo, ainda que qualificado, de

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

¹¹ Art. 40 da Lei 9.474/97.

caráter vinculado - e não discricionário -, por isso mesmo passível de exame pela Justiça quanto à correspondência entre a sua motivação e o substrato legal ou fático que lhe serve de arrimo.

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

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

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

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

Os atos políticos ou de governo, todavia, conforme já observei anteriormente, e amparado, ainda, na sempre abalizada lição de André de Laubadère, "*não são suscetíveis de recurso perante os tribunais*", mostrando-se impossível, em particular, imputar-lhes a eiva de excesso de poder para o fim de anulá-los.¹² O festejado autor francês reforça o argumento acrescentando que "*tais recursos são inadmissíveis, quer dizer, o juiz os descartará de plano sem examinar-lhes mérito*".¹³

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

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

pedidos de extradição feitos pela República Italiana. Entre os vários casos, vale destacar aqueles relacionados à solicitação de entrega de indivíduos suspeitos de envolvimento com a Máfia (Marisa Merico/Reino Unido; Vito Roberto Palazzolo/África do Sul e Vito Bigione/Namíbia), acusados de homicídio

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

¹³ *Idem*, loc.cit.

(Mario Lozano/Estados Unidos) e sequestro (agentes da CIA/Estados Unidos), bem como ex-militante das 'Brigadas Vermelhas' (Marina Petrella/França).

(...)

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

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

Constato, assim, que o não acolhimento de pedido de extradição, exatamente por constituir manifestação da

¹⁴ TIBURCIO, Cármen. *Itália não pode acionar o Brasil na Corte de Haia*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jan-08/battisti-italia-nao-acionar-brasil-corte-haia>>. Acesso em: 20 jan. 2011.

soberania estatal, configura prática rotineira e amplamente admitida no concerto internacional das nações.

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