

EXTRADIÇÃO Nº 1.085

DA MANIFESTA OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO

I. PRESSUPOSTOS DE FATO

1. Data do trânsito em julgado para a acusação: 13.12.1988
2. Data da consumação da prescrição vintenária: 13.12.2008

II. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

1. A ocorrência da prescrição impede a extradição (Lei nº 6.815/80, art. 76, VI).
2. O termo inicial da prescrição penal executória é o trânsito em julgado para a acusação (HC 81.150/MG, Rel. Min. Nelson Jobim).
3. Prisão preventiva em extradição não interrompe nem suspende o curso da prescrição (HC 80.828/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão).
4. Anulação de sentença por recurso da defesa não modifica o termo *a quo* da prescrição (HC 75907/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).
5. Prisão preventiva não se equipara a início de cumprimento da pena (HC 99.289/RS, Rel. Min. Celso de Mello).

Brasília, 16 de novembro de 2009.

Excelentíssimo Senhor
Ministro Gilmar Mendes

Ref. Ext nº 1085

Excelentíssimo Sr. Ministro:

CESARE BATTISTI, já qualificado no feito epigrafado, pede vênua a V. Exa. para apresentar o presente memorial a fim de demonstrar a **MANIFESTA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA SEGUNDO O DIREITO BRASILEIRO**. Como se sabe, a prescrição é causa que impede a extradição (art. 76, VI, da Lei nº 6.815/80). **As questões descritas abaixo são objetivas e ainda não foram apreciadas pelo Plenário dessa Eg. Corte.**

1. É incontroverso que o prazo prescricional aplicável à hipótese é o de 20 anos: o maior no Direito brasileiro. Também é fato que a condenação à prisão perpétua lhe foi imposta em 13 de dezembro de 1988, de modo que a prescrição teria ocorrido em 13.12.2008. Ainda que se desejasse descontar o período durante o qual tramitou administrativamente o processo de refúgio no Brasil (de 27.06.2008 a 13.01.2009), a prescrição já teria se consumado em meados de junho de 2009.

2. Nada obstante, o Ministro Cezar Peluso pretendeu afastar a prescrição por entender:

(i) que o termo inicial da prescrição seria 31.03.1993, data em que foi *confirmada* a condenação relativa ao homicídio Torregiani (note-se que não houve qualquer recurso em relação às demais condenações e nem qualquer alteração na pena final, que era e continuou a ser a de prisão perpétua); e

(ii) que teria incidido uma causa de suspensão/interrupção do decurso do prazo prescricional. Nesse ponto, o eminente Ministro formulou dois raciocínios, aparentemente por eventualidade. Segundo ele, a prisão preventiva para extradição seria uma causa interruptiva da prescrição. E, de qualquer modo, caso assim não se entendesse,

sustentou o Ministro Relator que essa prisão preventiva deveria ser considerada *início do cumprimento de pena*, o que também produziria interrupção do prazo prescricional.

3. *Data maxima venia*, nenhuma das duas teses encontra respaldo na legislação brasileira e ambas colidem com a jurisprudência desse Eg. STF, como bem demonstrou o Ministro Marco Aurélio. Aos argumentos do eminente Ministro, somam-se outros, inclusive e notadamente o que veda a *reformatio in pejus*, lembrada pelo Professor Afrânio da Silva Jardim, em artigo enviado para o site Consultor Jurídico.

1. O termo inicial da prescrição é a condenação de 1988 que impôs a pena de prisão perpétua, nunca modificada

4. No que diz respeito ao termo *a quo* do prazo prescricional, o argumento do ilustre Ministro Relator não se sustenta por duas razões autônomas. **Em primeiro lugar**, a jurisprudência desse Eg. STF reconhece pacificamente que o termo inicial da prescrição penal executória é o momento em que a sentença transita em julgado *para a acusação*¹. E não há dúvida ou controvérsia acerca do momento em que a decisão transitou em julgado para a acusação: 13.12.1988. **Como destacou o próprio Ministro Peluso, a acusação nunca teve, sequer, interesse processual para recorrer, uma vez que a pena de prisão perpétua sempre foi mantida**².

5. **Em segundo lugar**, um recurso da defesa nunca poderia resultar em prejuízo para o próprio réu, retardando em cinco anos (!) a consumação da prescrição

¹ A título de exemplo, v. STF, DJU 04 abr. 2003, HC 81150/MG, Rel. Min. Nelson Jobim: “A prescrição da pretensão executória verifica-se após o efetivo trânsito em julgado da sentença, para ambas as partes (CP, art. 110). **Começa a fluir, entretanto, da data do trânsito em julgado para a acusação (CP, art. 110, § 1º). Regula-se pela pena concretizada na sentença. No caso, a sentença condenatória transitou em julgado para o Ministério Público em 14 de outubro de 1997. Para a defesa, em 13 de janeiro de 1998. Em 14 de outubro de 1997, o prazo prescricional começou a fluir**”. No mesmo sentido, dentre outros, v. STF, DJE 28 nov. 2008, RE 46931 AgR/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa; STF, DJU 04 dez. 1998, HC 77519/SP, Rel. Min. Carlos Velloso; e STF, DJU 31 out. 1996, HC 74141/RS, Rel. Min. Carlos Velloso.

² Com efeito, na p. 86 de seu voto, o Ministro relator registrou que “não tivesse sido aplicada a pena de prisão perpétua”, a acusação poderia ter recorrido da decisão de 1991 – que remeteu para confirmação a condenação pelo homicídio Torregiani. Cabem aqui duas observações: em primeiro lugar, a verdade é que a acusação nunca pôde recorrer, como reconhecido pelo eminente relator. Em segundo lugar, nem faria sentido em recorrer contra uma “remessa para confirmação”, que acabou ocorrendo, e que, de qualquer forma, não apresentava nenhuma idoneidade para produzir efeito sobre a condenação à prisão perpétua.

(sobretudo quando já se cuida do maior prazo prescricional admissível no sistema). **Tal possibilidade violaria um dos princípios mais básicos do direito penal, o que impede a reformatio in pejus a partir de recursos da defesa.** Como se sabe, a vedação à *reformatio in pejus*, ainda que indireta, é reconhecida pacificamente pela doutrina³ e também por reiterada jurisprudência desse Eg. STF. Em hipótese idêntica à dos autos, a Corte decidiu que a eventual anulação de decisão condenatória por recurso exclusivo da defesa não poderia produzir o reinício do prazo prescricional, ainda que o juízo *a quo* fosse absolutamente incompetente:

“Reformatio in pejus indireta: aplicação à hipótese de consumação da prescrição segundo a pena concretizada na sentença anulada, em recurso exclusivo da defesa, ainda que por incompetência absoluta da Justiça de que promanou. I. Anulada uma sentença mediante recurso exclusivo da defesa, da renovação do ato não pode resultar para o réu situação mais desfavorável que a que lhe resultaria do trânsito em julgado da decisão de que somente ele recorreu: é o que resulta da vedação da reformatio in pejus indireta, de há muito consolidada na jurisprudência do Tribunal. II. Aceito o princípio, é ele de aplicar-se ainda quando a anulação da primeira sentença decorra da incompetência constitucional da Justiça da qual emanou”⁴.

2. A prisão preventiva para extradição não suspende ou interrompe o curso da prescrição executória

6. Também não tem razão o ilustre Ministro Relator ao pretender visualizar na prisão preventiva para extradição causa de suspensão ou interrupção do prazo

³ Sobre o ponto – e especificamente acerca do caso de Cesare Battisti –, veja-se a manifestação espontânea do Professor Afrânio Silva Jardim, um dos maiores processualistas penais do Brasil: **“Tal vedação se estende a quaisquer prejuízos, inclusive a aqueles que podem ocorrer por via indireta, evitando-se a indesejada reformatio in pejus indireta.** Desta forma, a pena aplicada na primeira condenação limita a nova aplicação da pena na segunda decisão judicial. Em nada poderá ser o réu prejudicado em razão de ter ele próprio recorrido e conseguido anular a sua condenação anterior. Isto resulta, ainda, que a segunda condenação não pode interromper, novamente, o prazo prescricional. O Estado não pode se beneficiar por ter praticado atos processuais que foram anulados, vale dizer, o Estado não pode se beneficiar por ter atuado ilegalmente no processo. Neste caso, se o réu não tivesse exercido o seu direito constitucional de recorrer, a pena primitivamente aplicada estaria prescrita. Não é justo que o recurso do réu (procedente) o venha prejudicar, ainda que indiretamente. É até mesmo intuitivo. **Em conclusão, anulada uma condenação, em razão de recurso da defesa, eventual segunda condenação não poderá interromper a prescrição, pois isto viria em desfavor daquele que recorreu, caracterizando a vedada reformatio in pejus”.**

⁴ STF, DJ 09.abr.1999, HC 75907/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

prescricional. Como é corrente, a **prisão preventiva para extradição não é considerada pela legislação brasileira (que, no ponto, é taxativa⁵) evento que interrompa ou suspenda a fluência do prazo prescricional. Essa Eg. Corte tem jurisprudência específica e expressa sobre a matéria⁶**. Os dois argumentos trazidos pelo Ministro Relator para afastar essa regra, com a devida vênia, não devem ser acolhidos.

7. *Em primeiro lugar*, o voto de S. Exa. pretende fazer crer que a prisão preventiva na hipótese não estaria associada à extradição mas a “outro motivo”, o que atrairia a incidência do art. 116, parágrafo único, do Código Penal⁷. Com todo o respeito devido e merecido, é certo que a efetividade da eventual decisão no processo de extradição não é “outro motivo”, diverso da própria extradição. Tanto assim que todas as prisões preventivas ostentam tal finalidade e nem por isso fazem incidir o art. 116 do Código Penal. A rigor, a prevalecer esse entendimento, todas as prisões processuais seriam causas suspensivas da prescrição, o que evidentemente não procede.

8. O *segundo argumento* desenvolvido pelo ilustre Ministro Relator, de forma eventual, foi o de que a prisão preventiva, como impõe a detração, deveria ser considerada antecipação da pena e, por isso, interromperia a prescrição (art. 117, V, do Código Penal⁸). O argumento igualmente não se sustenta: como é corrente, a detração é devida em todos os casos de prisão processual, não guardando qualquer relação necessária com a hipótese de cumprimento antecipado de pena. Tanto assim que prisões processuais podem ocorrer antes mesmo que haja qualquer condenação. A detração é uma medida de

⁵ STF DJU 29 set. 2006, HC 6959/SP, Rel. Min. Celso de Mello: “As causas interruptivas da prescrição penal - definidas, taxativamente, em *“numerus clausus”*, no art. 117 do Código Penal - estão sujeitas a regime de direito estrito, não comportando, em consequência, ampliação nem extensão analógica. Inadmissibilidade da analogia *“in malam partem”* em matéria de prescrição penal”. No mesmo sentido, v. Rogério Greco, *Curso de direito penal – Parte geral*, 2007, p. 746: “O art. 117 do Código Penal, de forma taxativa, enumera as causas interruptivas da prescrição (...)”.

⁶ STF, HC 80.828/SP, Inf. STF nº 231, Rel. Min. Ilmar Galvão: “O Tribunal, julgando pedido de *habeas corpus* contra a prisão preventiva do extraditando, deferiu-o de ofício pela superveniência da prescrição da pretensão punitiva do crime de estelionato perante a legislação brasileira, uma vez que a prisão preventiva não é fato interruptivo da prescrição, e, quanto ao crime de quebra de fiança, concedeu a ordem por falta de simetria com a lei brasileira”.

⁷ Código Penal brasileiro, art. 116, parágrafo único: “Parágrafo único - Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo”. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

⁸ Código Penal brasileiro, art. 117: “O curso da prescrição interrompe-se: (...) V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena” (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996).

justiça básica. Tendo o indivíduo permanecido preso, por qualquer fundamento, o tempo de detenção deve ser debitado do posterior cumprimento de pena, sob pena de se banalizar a restrição à liberdade antes imposta.

9. Em suma, a prisão preventiva para extradição é uma típica prisão processual. Dessa forma, não suspende o curso da prescrição executória, nos termos da já citada jurisprudência específica da Corte. Apenas dois registros finais.

3. Dois registros finais. Pena única pelo conjunto de delitos (inclusive delitos políticos puros): indeferimento da extradição. Por eventualidade: redução proporcional da pena em relação aos três homicídios prescritos.

10. Cabe apenas fazer duas observações finais da maior relevância. Caso esse Eg. Tribunal entendesse – o que se admite apenas para argumentar – que a anulação parcial, posteriormente desfeita, teria impedido o curso da prescrição em relação ao caso Torregiani, seria necessário segregar as penas, já que em relação aos outros três homicídios nenhuma controvérsia existe acerca da consumação da prescrição. Na realidade, desde o início do presente processo extradicional o ora suplicante destacou esse vício da maior gravidade: **a sentença italiana impôs uma só condenação, com pena unitária (prisão perpétua) não apenas pelos quatro homicídios, mas também por diversos delitos políticos puros⁹, assim reconhecidos pela própria Itália¹⁰.**

⁹ V. fls. 477 e 478. O trecho que trata especificamente da condenação tem a seguinte dicção: **“DECLARA: BATTISTI responsável de todos os outros crimes que lhe foram atribuídos**, incluído o crime que consta no item 88) (na epígrafe 81) naquele do item 89) (na epígrafe 82) e **unificados todos esses crimes pelo vínculo de continuidade**, julgando ainda a continuidade entre os crimes objeto deste juízo e os julgados na Sentença em data 8 de Junho de 1983 pelo Tribunal do Júri de Apelação de Milão, que se tornou irrevogável, e tendo sido considerado mais grave o crime ao qual se refere o item 41) (na epígrafe 46) do presente decreto de citação. **CONDENA: Na pena da prisão perpétua, com isolamento diurno por seis meses, incluída nessa pena a infligida pelos crimes já julgados”.**

Veja-se que a condenação unitária encontra-se expressa de forma inequívoca também na fundamentação, como demonstra o seguinte trecho da sentença (fls. 389): “Se retém além do mais de poder unificar-se sob o vínculo da continuação, todos os crimes atribuídos a cada um dos imputados, sendo evidente que os mesmos foram crimes programados e cometidos na execução de um mesmo desenho criminoso. Tal desenho, como esclarecido nesta sentença, emerge, além de tudo, em maneira inequívoca nos panfletos reivindicativos das primeiras ações cumpridas pelos P.A.C. – em particular, vide aquela relativa aos atentados Fava e Rossanigo – ações das quais resulta com clareza o programa de ação da banda armada: um só desenho criminoso- antecipadamente

11. Veja-se bem. Esse Eg. STF considera indispensável que a pena associada a cada uma das imputações feitas ao extraditando seja especificada de forma clara, notadamente para que se possa fazer o cálculo da prescrição em relação a cada uma delas. O não-cumprimento dessa exigência é, por si só, causa para o indeferimento do pedido. A título de exemplo, veja-se a seguinte decisão:

“MERA INDICAÇÃO DA PENA GLOBAL, SEM REFERÊNCIA INDIVIDUALIZADORA DAS SANÇÕES PENAIS IMPOSTAS A CADA UM DOS DELITOS EM CONCURSO - NECESSIDADE DE DISCRIMINAÇÃO DAS DIVERSAS PENAS APLICADAS AO EXTRADITANDO, PARA EFEITO DE CÁLCULO DA PRESCRIÇÃO PENAL. - Impõe-se, ao Estado estrangeiro, demonstrar, relativamente aos delitos em concurso, o "quantum" penal a eles abstratamente cominado (extradição instrutória) ou efetivamente imposto (extradição executória), em ordem a permitir, na perspectiva da legislação brasileira e/ou do ordenamento positivo do Estado requerente, o cálculo separado da prescrição penal concernente a cada delito individualmente considerado. Precedentes. - Exigência não atendida pelo Estado requerente, não obstante a reiteração, pelo Brasil, por via diplomática, de tal solicitação. **Conseqüente indeferimento parcial do pedido de extradição**, acolhido, unicamente, quanto aos delitos de tráfico de entorpecentes e de associação criminosa para a prática desse ilícito penal”¹¹.

12. No caso concreto, o requisito descrito acima simplesmente não foi cumprido: **a pena perpétua foi imposta por todo o conjunto de imputações, incluindo os quatro homicídios, não havendo qualquer segregação do “quantum” penal associado a cada delito. A extradição, por essa razão, já deveria ter sido indeferida nos termos da jurisprudência dessa Eg. Corte. Há mais que isso, no entanto.**

determinado- que reconduz à uma unidade os danos, aos atentados, às varias ações delituosas que os P.A.C. se aprestavam a cumprir”.

¹⁰ V. fls. 2422. Vale transcrever reconhecimento literal, contido em uma das petições juntadas pelo Estado requerente, de que a sentença – indivisível, como visto – referia-se também a muitos outros delitos, incluindo crimes políticos puros: “Sim, é certo que as sentenças condenatórias que dão suporte ao presente pedido extradicional cuidam de muitas imputações nas quais efetivamente se configuram crimes políticos, posto que decorrentes de ações realizadas ‘com a finalidade de subverter a ordem do Estado’, como se lê nos itens transcritos pela defesa as fls. 2363/2372”

¹¹ STF, DJ 22.abr.2005, Extr 909-Israel, Rel. Min. Celso de Mello.

13. **Ainda que o óbice que se acaba de registrar pudesse ser superado, e mesmo que se admitisse que não ocorreu a prescrição em relação a um dos homicídios, é certo que tal ocorreu em relação aos outros três.** Seria logicamente impossível e juridicamente aberrante deferir a extradição por um único delito para o cumprimento da pena global que foi aplicada pelo conjunto de todos os crimes, unidos pela continuidade, dentre os quais, não custa repetir, crimes políticos puros. Ou seja: **caso se entenda que a prescrição não alcançou o homicídio Torregiani, seria imperativo no mínimo decompor a pena aplicada, subtraindo o *quantum* referente aos crimes já prescritos.**

14. **Assim, desconsiderando as outras imputações a que se refere a pena única – para levar em conta apenas os quatro homicídios – e tendo em vista que a pena máxima aplicável no Direito brasileiro é de 30 anos, ao menos tal pena máxima deveria ser dividida por quatro, sendo $\frac{1}{4}$ dela – 7 anos e 6 meses – o máximo que se poderia admitir como pena a ser cumprida na hipótese, já que não há dúvida que três dos quatro homicídios encontram-se prescritos.** Tais considerações são feitas apenas por eventualidade, uma vez que a solução dada pela jurisprudência desse Eg. STF – correta e intuitiva – é o indeferimento da extradição em relação aos crimes que não tenham pena individualizada.

15. Por todo o exposto é que se pede que esse Eg. STF julgue improcedente a extradição, dentre outros fundamentos já expostos pela defesa, também pela manifesta prescrição da pretensão executória.

LUÍS ROBERTO BARROSO

OAB/RJ nº 37.769