



Maria Luiza Brandão Moritz Atem

**Os Atos Administrativos e o Instituto da
Extradição à Luz do caso Cesare Battisti**

Dissertação de Mestrado

Dissertação apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Mestre pelo programa de Pós-
Graduação em Direito na PUC-Rio.

Orientadora: Prof^a. Nadia de Araujo

Rio de Janeiro
Maio de 2018



Maria Luiza Brandão Moritz Atem

**Os Atos Administrativos e o Instituto da
Extradição à Luz do caso Cesare Battisti**

Dissertação apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de Mestre pelo Programa de Pós-
graduação em Direito do Departamento de Direito da
PUC-Rio. Aprovada pela Comissão Examinadora
abaixo assinada.

Prof^a. Nadia de Araújo

Orientadora

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof^a. Daniela Trejos Vargas

Departamento de Direito – PUC-Rio

Prof. Artur de Brito Gueiros Souza

Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

Prof. Augusto César Pinheiro da Silva

Vice-Decano Setorial de Pós-Graduação do

Centro de Ciências Sociais - PUC-Rio

Rio de Janeiro, 09 de maio de 2018

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial do trabalho sem autorização da universidade, da autora e do orientador.

Maria Luiza Brandão Moritz Atem

Graduou-se em Direito no ano de 2012 pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio; Pós graduou-se pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) em 2015.

Ficha Catalográfica

Atem, Maria Luiza Brandão Moritz

Os atos administrativos e o instituto da extradição à luz do caso Cesare Battisti / Maria Luiza Brandão Moritz Atem ; orientadora: Nadia de Araujo. – 2018.
155 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado)–Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Direito, 2018.

Inclui Referências bibliográficas

1. Direito – Teses. 2. Cesare Battisti. 3. Extradição. 4. Direito constitucional. 5. Direito internacional. 6. Direito administrativo. I. Araujo, Nadia de. II. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. III. Título.

CDD: 340

Agradecimentos

Ao CNPq, à CAPES e à PUC-Rio, pelos auxílios concedidos, os quais permitiram este trabalho;

À professora Nadia, pela orientação, pela gentileza e paciência, sempre disponível para ajudar, por despertar meu interesse pelo o direito internacional.

Aos professores do Departamento de Direito pelos ensinamentos, em especial à professora Caitlin Sampaio Mulholland pelas melhores e mais divertidas aulas ao longo desse mestrado.

A todos os funcionários do departamento de Direito, em especial ao Anderson e Carmem, por toda a ajuda que prestaram ao longo dos últimos anos.

Ao meu amigo e companheiro de viagem, Bernardo, que me fez sentir menos sozinha nas discussões em sala de aula.

Às minhas amigas e companheiras sobreviventes da EMERJ, Fabiana e Roberta, sem as quais eu não teria ingressado no mestrado e, menos ainda, concluído esta etapa.

Aos meus pais pelo carinho, compreensão e apoio e ao Victor Morete pela paciência e incentivo.

Resumo

Atem, Maria Luiza Brandão Moritz; Araujo, Nadia de. **Os Atos Administrativos e o Instituto da Extradicação à Luz do Caso Cesare Battisti**. Rio de Janeiro, 2018. 155p. Dissertação de Mestrado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

O caso Cesare Battisti ficou amplamente conhecido dentro e fora da esfera jurídica, tornando-se um caso de grande interesse público. Dentro do meio jurídico, o caso despertou diversas questões, tais como a concessão de refúgio para criminosos condenados, a possibilidade de cassação da condição de refugiado e possibilidade de negativa do Chefe do Executivo de efetivar a extradicação como uma decisão política e uma questão de soberania nacional. Ainda, o presente caso permanece suscitando questões, tendo o Supremo Tribunal Federal sido novamente provocado a se manifestar sobre a prescrição e decadência do ato administrativo que negou a entrega de Cesare Battisti para as autoridades italianas e sobre a possibilidade de sua expulsão e deportação. A presente pesquisa pretende, com base em estudos doutrinários, na análise do caso de Cesare Battisti e dos julgados do Supremo Tribunal Federal sobre extradicação, analisar a possibilidade de revogação do ato administrativo do Chefe do Executivo que decidiu pela não entrega de Cesare Battisti ao Estado Italiano.

Palavras-chave

Cesare Battisti; Extradicação; Direito Constitucional; Direito Internacional; Direito Administrativo; Ato Administrativo; Refúgio; Revogação; Anulação.

Abstract

Atem, Maria Luiza Brandão Moritz; Araujo, Nadia de (Advisor). **The Administrative Acts and the Extradition Institute in Light of the Cesare Battisti Case.** Rio de Janeiro, 2018. 155p. Dissertação de Mestrado - Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

The Cesare Battisti case became wildly known within and outside the legal scope, becoming a case of great public interest. Within the legal atmosphere, the case raised a number of issues, such as granting refugee status for convicted criminals, the possibility to cancel the refugee status and the possibility of the Chief of the Executive Branch to refuse the enforcement of extradition as a political decision and a matter of national sovereignty. Moreover, the present case is still raising questions, and the Federal Supreme Court has once again been called upon to rule on the statute of limitations regarding of the administrative act which denied Cesare Battisti's surrender to the Italian authorities and on the possibility of his expulsion and deportation. Based on doctrinal studies, the analysis of the Cesare Battisti case and the Supreme Court trials on extradition, the present work intends to study the possibility of repealing the administrative act of the Chief of the Executive Branch, who ruled that Cesare Battisti would not be surrendered to the Italian State.

Keywords

Cesare Battisti; Extradition; Constitutional Law; International Law; Administrative Law; Administrative Act; Refugee; Revocation; Annulment.

Sumário

Introdução	8
1. O Caso Cesare Battisti	12
1.1.Histórico do Caso que Levou ao Pedido de Extradicação	13
1.2.O Processo no CONARE	20
1.3.Os Processos no Supremo Tribunal Federal	26
1.3.1.O Processo de Extradicação n. 1.085	26
1.3.1.A Reclamação n. 11.243	43
1.3.3.O Habeas Corpus n. 136.898	47
1.3.4.A Reclamação n. 29.066	49
1.4.A Ação Civil Pública na Justiça Federal	54
2.Extradicação	57
2.1.Conceito do Instituto da Extradicação	57
2.2.Requisitos e Princípios da Extradicação	63
2.3.Hipóteses de não Concessão da Extradicação	73
2.3.1.Refúgio	77
2.3.2.Crimes Políticos	84
2.4.Das Hipóteses Aplicadas à Extradicação de Cesare Battisti	92
3. Os Atos Administrativos e o Caso Cesare Battisti	100
3.1.O Ato Administrativo Praticado Pelo Presidente do CONARE	108
3.2.O Ato Administrativo Praticado Pelo Presidente da República	117
3.3.Da Possibilidade de Revogação do Ato que Negou a Entrega de Cesare Battisti	127
4.Conclusão	140
5.Referências bibliográficas	145

Introdução

O processo de extradição de Cesare Battisti teve início no ano de 2007 e tornou-se emblemático não apenas pelas questões jurídicas que foram suscitadas, mas também por questões políticas. Ainda, este caso trouxe novos desdobramentos em 2016, quando foi impetrado novo *Habeas Corpus* em favor de Cesare Battisti, o qual teve seu trânsito em julgado apenas em 12 de setembro de 2017 e, igualmente no final de 2017, quando foi impetrado mais um Habeas Corpus em seu favor, convertido, este último, em Reclamação, pendente de julgamento até a data da conclusão deste trabalho.

A metodologia adotada para o presente estudo será a análise bibliográfica de textos doutrinários relacionados ao tema da extradição, a legislação aplicada à época e nova Lei de Migração, bem como de temas relacionados ao direito administrativo, em especial os atos administrativos praticados pelo Poder Executivo no âmbito das atuações por parte do Comitê Nacional para os Refugiados e do Ministro de Estado da Justiça sobre a concessão de refúgio e do Chefe do Poder Executivo, em matéria de extradição, quando do seu deferimento pelo Supremo Tribunal Federal. Ademais, serão analisadas as possibilidades de sua revisão e revogação dos atos administrativos praticados por cada uma destas autoridades.

A metodologia utilizará, ainda, o estudo de caso, em especial, de Cesare Battisti, sendo realizada uma análise de cada um dos processos, judiciais e administrativos que o envolvem, relevantes ao estudo.

Cumprе esclarecer que, após extensa pesquisa de jurisprudência, não foi encontrado qualquer caso semelhante, no que diz respeito, especificamente, à

recusa de entrega de extraditando por parte do Chefe do Poder Executivo, e à sua motivação, sendo o presente caso, *sui generis*. Por essa razão, o presente estudo foca, exclusivamente, na análise do caso Cesare Battisti.

Outras decisões serão analisadas e destacadas com o objetivo de se proceder à uma comparação, a fim de se demonstrar a peculiaridade do caso objeto do estudo.

Destaca-se que o presente trabalho pretende analisar apenas as questões jurídicas do caso concreto, de forma que não será objeto do estudo as questões políticas que envolvem o caso. Eventuais menções a tais questões, ao longo do trabalho, terão por objetivo apenas a contextualização e descrição do caso, eventualmente sendo proposta uma reflexão ao leitor e, portanto, não será feita qualquer análise ou juízo de valor sobre as mesmas.

Assim, neste contexto, é importante compreender, mais do que questões políticas, que este trabalho é recheado de questões do Direito, de modo a analisar, mais do que pormenorizadamente, as reminiscências jurídicas do caso, bem como, igualmente, os efeitos jurídicos dele decorrentes.

Cabe salientar, justamente por isso, que, por mais que trabalho se digne ao estudo de apenas um caso, decerto que a sua análise contemplativa é demasiadamente essencial ao próprio arcabouço do estudo, uma vez que o caso é paradigmático, o que pode desaguar em diversos outros ramos de estudo e de questionamento.

Portanto, este trabalho será dividido em três partes principais, com o fito de que, de forma sistemática, os estudos possam ser realizados, sobremaneira de forma ímpar.

A primeira parte tem por objetivo apresentar o caso concreto, desde os fatos que fundamentaram o pedido de extradição formulado pelo Estado Italiano, até o último Habeas Corpus impetrado em favor de Cesare Battisti em 2017, convertido em um processo de Reclamação Constitucional.

O primeiro capítulo é então dividido em cinco partes, com o objetivo de destacar, individualmente, cada um dos processos judiciais e administrativos, relevantes para o estudo, envolvendo Cesare Battisti, no Supremo Tribunal Federal, no Comitê Nacional para os Refugiados – CONARE e na Justiça Federal. A compreensão dos elementos de cada um destes processos é fundamental para o estudo que se propõe, para a análise das questões jurídicas relativas à extradição e

aos atos administrativos de concessão de refúgio e entrega do extraditando para a autoridade requerente.

A segunda parte, constante no capítulo 2, proporrá um estudo sobre o instituto da extradição, seus requisitos e hipóteses de impedimento. Tendo em vista a extensão e amplitude das questões relacionadas às diversas hipóteses de impedimento, escolhemos, no presente trabalho, limitar o estudo ao impedimento gerado pela concessão de refúgio e ao impedimento à extradição por crimes políticos. O primeiro depende da análise da qualificação de crimes como políticos ou comuns, de forma que também será feita uma análise sobre a questão, estando os dois impedimentos intimamente relacionados. Esta parte proporrá um estudo mais abrangente do instituto da extradição com a posterior análise das suas aplicações ao caso concreto, de Cesare Battisti.

Ainda, serão analisadas como a mudança legislativa, decorrente da entrada em vigor da Nova Lei de Migração pode vir a afetar futuras decisões e resolver algumas das questões controvertidas que se apresentaram no processo de extradição de Cesare Battisti.

A terceira parte, constante no capítulo 3, terá por objetivo a realização de um estudo sobre os atos administrativos, especificamente a conceituação de atos administrativos discricionários e vinculados, e atos exclusivamente políticos, de governo, com as possibilidades de anulação, revisão e revogação destes.

Neste capítulo, iremos propor um estudo sobre os atos administrativos praticados pelo Presidente do Comitê Nacional para os Refugiados - CONARE e pelo Presidente da República, especificamente no caso de Cesare Battisti. Esta parte do estudo terá foco, principalmente, mas não exclusivamente, nas decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidas ao longo dos anos nos processos envolvendo Cesare Battisti, tais como o processo de Extradição, os Habeas Corpus impetrados e as Reclamações Constitucionais feitas por ambas as partes interessadas.

O objetivo será demonstrar que os atos praticados pelos referidos agentes não são imutáveis e o ato de soberania, o poder discricionário do Presidente da República, não vincula seu sucessor quanto à possibilidade de entrega de extraditando para a autoridade requerente. Ainda, pretende-se analisar a possibilidade de deportação, ante a sentença proferida pela Justiça Federal que a determinou.

Por fim, a conclusão irá demonstrar as repercussões do caso concreto, no ordenamento jurídico, e as possíveis interpretações das normas relativas ao instituto da extradição e o ato definidor do Chefe do Poder Executivo Nacional, para se determinar a possibilidade de entrega de Cesare Battisti para as autoridades italianas.

1.

O Caso Cesare Battisti

Antes de adentrarmos no relato sobre o caso, cumpre destacar que Cesare Battisti esteve envolvido ou permanece envolvido, somente no Brasil, em 18 (dezoito) processos, judiciais e administrativos, dentre originários e recursos, no âmbito no Comitê Nacional para os Refugiados – CONARE, no Supremo Tribunal Federal, no Superior Tribunal de Justiça, na Justiça Federal do Rio de Janeiro e na Justiça Federal do Distrito Federal¹.

Nem todos os processos e recursos são relevantes para o presente estudo, razão pela qual somente serão analisados, detalhadamente, aqueles que julgamos necessários, quais sejam, o processo no CONARE, o processo de Extradicação n. 1.085, a Reclamação n. 11.243, o Habeas Corpus n. 136.898 e a Reclamação n. 29.066, todos no Supremo Tribunal Federal e a Ação Civil Pública na Justiça Federal do Distrito Federal.

¹ São os processos envolvendo Cesare Battisti no Brasil: 1) no CONARE: Processo Administrativo nº. 08000.011373/2008-8; 2) na Justiça Federal do Rio de Janeiro: Ação Penal nº. 0804297-04.2007.4.02.5101, na qual Battisti foi condenado por falsificação de documento. 3) na Justiça Federal do Distrito Federal: 3.1) Ação Civil Pública nº. 0054466/75.2011.4.01.3400; e 3.2) Exceção de Suspeição nº. 0008957-82.2015.4.01.3400, no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (exceção rejeitada); 4) no Superior Tribunal de Justiça: Recurso Especial nº. 42.537/RJ, contra a sentença na Ação Penal que o condenou por uso de documento falso (originalmente negado seguimento, em sede de Embargos de Divergência em Agravo no Recurso Especial, declarou-se extinta a punibilidade, reconhecendo-se a prescrição intercorrente) e Agravo em Recurso Especial nº 990.383/DF contra a decisão que negou seguimento ao Recurso Especial contra decisão do TRF1 que rejeitou a Exceção de Suspeição (o AREsp foi negado em 11/12/17, ainda sem trânsito em julgado); 5) no Supremo Tribunal Federal: 5.1) Prisão Preventiva para Extradicação PPE nº. 581; 5.2) Extradicação - Ext. nº. 1085/República Italiana; 5.3) Mandado de Segurança – MS nº. 27.875 (julgado prejudicado ante a decisão da matéria no Acórdão proferido na Extradicação nº. 1085); 5.4) Habeas Corpus – HC nº. 92.251, contra o Departamento Penitenciário (arquivado por não ter Battisti se manifestado sobre o interesse em dar prosseguimento ao feito); 5.5) Ação Civil Originária – ACO nº. 1722 e 5.6) Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº. 4.538 (ambas contra a decisão do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva em não entregar Cesare Battisti para as autoridades Italianas, ambas foram julgadas prejudicadas pela Reclamação nº. 11.243); 5.7) Reclamação - Rcl nº. 11.243/República Italiana; 5.8) Habeas Corpus – HC nº. 107.140 (contra decisão do Ministro Cezar Peluso que negou pedido de relaxamento da prisão preventiva, foi negado seguimento e o recurso julgado prejudicado, ante a expedição de Alvará de Soltura na Petição Avulsa nº. 26.688/11 juntada aos autos da Extradicação nº. 1085); 5.9) Recurso Extraordinário com Agravo – ARE nº. 820.744 (julgado prejudicado ante a decisão do STJ nos Embargos de Divergência em Agravo no Recurso Especial nº. 42.537/RJ); 5.10) Habeas Corpus – HC nº. 136.898 (negado em 2016 pelo Ministro Luiz Fux); e 5.11) Habeas Corpus – HC nº. 148.408, recebido como Reclamação e reatuado como Rcl nº. 29.066 (pendente de julgamento até 22/03/18).

1.1.

Histórico do Caso que Levou ao Pedido de Extradicação

Inicialmente, convém esclarecer que, apesar dos diversos meios de comunicação nacionais se referirem a Cesare Battisti como “terrorista”, sendo popularmente conhecido como tal, os crimes pelos quais foi condenado, objeto do requerimento de extradição e deste estudo, não se tratam de crimes classificados como terrorismo. Conforme será demonstrado, tais condenações se deram, exclusivamente, por crimes de homicídio, não havendo qualquer relação com a prática de atos terroristas, frise-se, no que diz respeito ao pedido de extradição.

Sobre o caso a ser estudado, tem-se que em 1983 Cesare Battisti foi condenado, na Itália, pela prática de “ações subversivas”, juntamente com outros membros do PAC – Proletários Armados pelo Comunismo, não sendo, neste primeiro julgamento, acusado de praticar homicídio². No entanto, esta condenação não fundamentou o pedido de extradição que será objeto deste estudo.

Destacamos a existência deste julgamento apenas para fins de melhor contextualização do caso e compreensão dos elementos do processo de extradição, não podendo ser confundidos os fatos anteriores com os fundamentos do pedido feito pela Itália ao Brasil.

Posteriormente, em 1988, Cesare Battisti foi levado a um novo julgamento, no qual o I Tribunal do Júri de Milão o condenou pela prática de quatro homicídios dolosos, premeditados, quais sejam^{3/4}:

² A sentença condenatória de 1983 não foi juntada ao processo de Extradicação n. 1085, uma vez que o pedido não foi fundamentado na referida condenação, mas apenas nas sentenças condenatórias posteriores, sem relação com a primeira condenação.

³ A sequência de fatos de cada um dos crimes foi descrita no processo de Extradicação 1085 e consta às folhas 65/73. Estas também foram narradas no Acórdão da Corte de Apelações de Paris e no Parecer de Carlos Mario da Silva Velloso, encomendado pela República Italiana (folhas 3.279/3.332): “Em primeiro lugar, no que diz respeito ao homicídio contra o Agente penitenciário ANTONIO SANTORRO (sic!), as circunstâncias da prática do crime são as seguintes: em 6 de junho de 1978, enquanto se dirigia a pé ao local de trabalho, na Penitenciária de Udine, o Agente penitenciário SANTORRO (sic!) cruzava com um casal de jovens abraçados na esquina entre rua Spalato, que comunicava com sua residência, e a rua Albona. Ao aproximar-se do casal, foi assassinado pelo jovem que simulava o abraço. As investigações realizadas no âmbito do inquérito relativo a este crime permitiram descobrir que CESARE BATTISTI foi o autor material dos disparos fatais. Junto a ENRICA MIGLIORATI encontrava-se nas vizinhanças do edifício em que morava a vítima, enquanto dois cúmplices, PIETRO MUTTI e CLAUDIO LAVAZZA, permaneciam dentro de um carro à espera da vítima. Após a passagem do agente penitenciário, BATTISTI, que havia se disfarçado com barba e bigodes postiços, afastou-se da MIGLIORATI, com a qual estava abraçado e, correndo atrás de ANTONIO SANTORRO (sic!), atirou primeiro nas costas, disparando em seguida mais dois tiros na vítima caída no chão. O casal de agressores fugiu a bordo de um automóvel

1) do agente de custódia Antonio Santoro, na cidade de Udine, em 6 de junho de 1978, tendo a vítima sido assassinada por dois tiros de arma de fogo, disparados por Cesare Battisti que, por sua vez, aguardava a vítima passar, sentado em um banco da rua, disfarçado com barba e bigode postiços, fingindo abraçar Enrica Migliorati, sua cúmplice. Após os disparos, Battisti e a cúmplice fugiram em um veículo roubado⁵, onde se encontravam outros dois cúmplices;

2) do açougueiro Lino Sabbadin, na cidade de Mestre, em 16 de fevereiro

SIMCA 1300, roubado.

Em segundo lugar, no que diz respeito ao homicídio contra LINO SABBADIN, as circunstâncias nas quais ocorreu a execução do crime são as seguintes: aos 16 de fevereiro de 1979, por volta das 16:50 horas, dois homens, sem máscara, com barba e bigodes, entraram na loja de açougue administrada por LINO SABBADIN em Caltana de Santa Maria di Sala, perto de Mestre. Após se certificar da identidade do homem, um dos agressores extraiu uma pistola e atirou duas vezes contra o comerciante, que caiu no chão, sendo aí atingido por mais dois tiros. Os autores da agressão fugiram a bordo de um carro no qual os esperava um cúmplice.

O inquérito apurou que estes fatos podiam ter relação com o envolvimento da vítima no homicídio praticado em sua loja em resposta a uma tentativa de assalto.

As investigações estabeleceram que as características físicas dos agressores correspondiam às de CESARE BATTISTI e de DIEGO GIACOMINI e que foi este último a atirar com uma pistola semi-automática calibre 7,65 mm. A execução material do crime devia ser reivindicada por BATTISTI.

Em terceiro lugar, no que diz respeito ao homicídio de PIERLUIGI TORREGIANI, as circunstâncias desse crime são as seguintes: aos 16 de fevereiro de 1979, às 15,00 horas, enquanto se dirigia para sua loja junto a seus dois filhos, PIERLUIGI TORREGIANI, joalheiro de Milão, foi agredido por dois jovens que caminhavam à sua frente e que, de repente, ao virar-se, atiraram duas vezes na sua direção. TORREGIANI, que vestia um colete a prova de balas e estava armado, tentou responder ao fogo antes de desmaiar, tendo sido atingido na região do fêmur; um tiro mortal o atingiu na cabeça, enquanto um dos filhos foi atingido por uma bala, tornando-se por essa razão paraplégico.

Como resulta das investigações relativas a esse crime, praticado duas horas antes do homicídio de Mestre, tanto a agressão do joalheiro milanês, bem como o crime anterior, haviam sido decididos durante as reuniões do grupo formado por PIETRO MUTTI, LUIGI BERGAMIN, CESARE BATTISTI. Ainda que este último não tenha participado da execução material desse crime, contudo havia participado da decisão colegiada para sua realização.

Em quarto lugar, no que diz respeito ao homicídio de ANDREA CAMPAGNA e à tentativa de homicídio de LORENZO MANFREDI, as circunstâncias desse crime são as seguintes: em 19 de Abril de 1979, aproximadamente às 14:00 horas, o agente de Polícia ANDREA CAMPAGNA, que acabara de almoçar na casa de sua namorada e que tinha de acompanhar de carro seu futuro sogro para fazer compras, foi agredido por um jovem que estava escondido atrás de um veículo estacionado ao lado do automóvel do policial. O sujeito atirou cinco vezes contra o agente, agredindo em seguida também LORENZO MANFREDI, pai da namorada do agente, para dissuadi-lo de intervir.

Nesta circunstância, apesar de o agressor ter acionado duas vezes o gatilho do revolver, a arma travou. Fugiu a bordo de um Fiat 127.

As investigações apuraram que a decisão de matar ANDREA CAMPAGNA havia sido tomada de maneira colegiada pelo grupo formado por BATTISTI, LAVAZZA, MUTTI e BERGAMIN e que BATTISTI foi o autor das agressões.”

⁴ A sentença condenatória proferida pelo I Tribunal do Júri de Milão em 13/12/1988 foi juntada aos autos do processo de Extradicação n. 1085, traduzida, às folhas 108/400.

⁵ Conforme consta na sentença do I Tribunal do Juri de Apelações de Milão, juntada às folhas 403/ 536 do processo de Extradicação n. 1085, Cesare Battisti foi também acusado de diversos crimes de roubo, furto, porte de armas e sequestro, porém não foi condenado pelos mesmos, ante a inexistência de provas da autoria, bem como ante o reconhecimento da prescrição.

de 1979, no qual Battisti e um cúmplice entraram no açougue da vítima, mais uma vez disfarçado com barba e bigode postiços, e atiraram quatro vezes na vítima, fugindo em seguida, em um carro dirigido por um segundo cúmplice, que os aguardava. Consta no processo que este assassinato teria sido motivado por vingança, decorrente de uma tentativa de roubo, malsucedida, ao açougue (do qual Battisti não participou), na qual um dos membros do grupo PAC teria morrido, quando o açougueiro Lino Sabbadin, agindo em legítima defesa, reagiu ao assalto e atirou contra o agente que tentava praticar o roubo;

3) do joalheiro Pierluigi Torregiani, na cidade de Milão, em 16 de fevereiro de 1979, o qual andava na rua com colete a prova de balas e armado, quando dois jovens, cúmplices de Battisti, que andavam na rua, à sua frente, se viraram e atiram, tendo um tiro fatal atingido a cabeça da vítima. Com relação a este crime, Battisti não foi acusado de executar o crime, mas sim, foi acusado de participar da decisão colegiada, junto aos seus cúmplices, para que o crime fosse cometido e seu planejamento; e

4) do agente da polícia, Andrea Campagna, também na cidade de Milão, em 19 de abril de 1979, quando a vítima acompanhava o pai da namorada e foi surpreendido por um jovem que estava escondido atrás de um carro, estacionado ao lado do carro da vítima. Neste caso, Battisti também foi acusado de participar da decisão colegiada para cometer o assassinato e seu planejamento, não tendo sido acusado da execução material do crime⁶.

A Corte de Apelação de Milão confirmou a decisão e condenou-o à pena de prisão perpétua, com isolamento diurno por seis meses⁷. No entanto, este segundo julgamento ocorreu sem a sua presença, tendo sido declarado revel, uma vez que havia fugido para o México em 1981⁸.

Convém destacar que, apesar de se tratarem de homicídios cometidos em datas diferentes e em circunstâncias distintas, com exceção dos homicídios de Lino Sabbadin e Pierluigi Torregiani, os quais ocorreram, ambos, em 16 de

⁶ Quando do assassinato de Andrea Campagna, o pai de sua namorada também foi agredido, porém sobreviveu, com lesões corporais. Assim, Battisti foi também acusado de tentativa de homicídio e lesão corporal. Não obstante, este crime não fundamenta o pedido de Extradicação.

⁷ A sentença condenatória proferida pelo I Tribunal do Júri de Apelação de Milão em 30/09/1990 foi juntada aos autos do processo de Extradicação n. 1085, traduzida, às folhas 403/536.

⁸ Consta no relatório da sentença proferida pela Corte Europeia de Direitos Humanos que Battisti fugiu da penitenciária de Frosinone, em 5 de outubro de 1981, onde estava preso, tendo o mandado de prisão sido expedido no âmbito do inquérito para a apuração dos homicídios que fundamentam o pedido de extradição (folha 2.528 do processo de Extradicação 1085).

fevereiro de 1979, o julgamento, em grau de recurso, se deu no mesmo processo criminal. Ainda, neste mesmo processo, foram julgados outros membros do PAC, pelos mesmos crimes e por outros, sem relação com os referidos crimes de homicídio.

O fato de ter ocorrido um julgamento único e ter sido proferida uma única condenação (à pena de prisão perpétua) é motivo de controvérsia, afirmando a defesa que, em razão da continuidade delitiva que fundamentou tal julgamento, os crimes devem ser analisados em conjunto, para além dos homicídios, de forma a se reconhecer a natureza política dos mesmos⁹.

Todavia, conforme será visto adiante, tal argumento não prevaleceu, tendo o Supremo Tribunal Federal entendido pela necessidade de análise de cada um dos crimes, de forma individualizada.

Apesar do julgamento à revelia, consta nos autos dos processos criminais a nomeação, de ofício, de defensor para Cesare Battisti e, posteriormente, em 21 de maio de 1982, foi entregue à Autoridade Judiciária de Udine, carta assinada pelo réu, nomeando dois advogados, de sua confiança, para todos os processos criminais em curso¹⁰.

Das condenações, os advogados nomeados por Battisti recorreram, novamente, tendo o I Tribunal do Júri de Apelação de Milão, em 16/02/1990, acolhido parcialmente o recurso da defesa, absolvendo-o de crime de porte de arma e explosão, afastando ainda a agravante referente ao homicídio de Andrea Campagna¹¹, porém as condenações, pelos homicídios, foram mantidas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo II Tribunal do Júri de Apelações de Milão^{12/13}.

⁹ A explicação para a pena única foi demonstrada na Sentença proferida pela Corte de Apelações de Paris, porquanto a figura do “concurso material” não existe no direito italiano. O artigo 81 do Código Penal Italiano permite ao Juiz tomar como base a pena cominada pelo crime mais grave, aumentada em até três vezes, levando em conta os outros crimes, sem, contudo, que seja cominada mais de uma pena de prisão perpétua para a mesma pessoa. A pena única, trata-se de uma decisão do Ministério Público, sendo um “ato de administração judiciária” que não incide sobre a existência, o conteúdo e a autonomia das sentenças proferidas pelos órgãos judiciários. (folhas 2.452 do processo de Extradicação n. 1085)

Ainda que nos pareça estranha a forma adotada no processo penal italiano, temos que se trata de uma questão relativa à legislação interna, a qual deve ser respeitada, ainda que diferente das formas adotadas no Brasil, uma vez que tais regras não podem ser consideradas como regras de exceção violadoras de direitos individuais.

¹⁰ As cartas nomeando os advogados para sua defesa foram juntadas nos autos do processo de Extradicação n. 1085 às folhas 2017/2023.

¹¹ Sentença do I Tribunal do Júri de Apelação de Milão foi juntada aos autos do processo de Extradicação n. 1085 às folhas 403/528 e, especificamente o acolhimento parcial do recurso se encontra nas folhas 433 e 528.

¹² Cópias das sentenças proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, em 08/04/1991 e pelo II

Após a fuga para o México, lá permaneceu por quase nove anos, até 1990, quando então Cesare Battisti foi para a França, onde passou os 14 anos seguintes.

Inicialmente o Estado Italiano havia solicitado a sua extradição para o Governo Francês em 08 de janeiro de 1991. Porém, Battisti havia casado com uma cidadã francesa e havia tido dois filhos. Assim, obteve uma autorização de residência na França, pelo período de 10 (dez) anos¹⁴.

Em 03 de janeiro de 2003 o Estado Italiano formulou novo pedido de extradição para o Governo Francês e, desta vez, a Corte de Apelações de Paris deferiu o pedido. O recurso interposto pela defesa de Battisti para a Corte de Cassação Francesa, contra a decisão da Corte de Apelações de Paris foi rejeitado. Ainda, a defesa tentou recurso administrativo ao Conselho de Estado Francês, contra o decreto do Primeiro-Ministro que determinou a extradição, após o seu deferimento pela Corte de Apelações. Mais uma vez, o recurso foi rejeitado¹⁵.

Tendo sido esgotadas todas as possibilidades de recurso, inclusive administrativo, na França, Cesare Battisti fez um Requerimento à Corte Europeia de Direitos Humanos, o qual foi julgado improcedente¹⁶. Importante ressaltar que o referido pedido foi feito contra a decisão do Governo Frances, e não contra as sentenças condenatórias proferidas pela Justiça Italiana.

Apesar do pedido perante a Corte Europeia de Direitos Humanos ter

Tribunal do Júri de Apelação de Milão, em 31/03/1993, foram juntadas aos autos do processo de Extradicação n. 1085, traduzidas, às folhas 538/571 e 572/620, respectivamente. Os recursos mantiveram as condenações pelos homicídios, porém foi reconhecida a ocorrência de prescrição com relação à acusações de porte de armas e roubo, bem como o absolveu de outras condenações de roubo, por ausência de provas de que teriam sido cometidos por Battisti.

¹³ Cesare Battisti foi condenado, pelos referidos homicídios, com base nos artigos 575, 576 e 577 do Código Penal Italiano, cujas traduções dos artigos pertinentes foram juntadas aos autos do processo de Extradicação 1085 às folhas 74/95. Tais artigos se referem à prática de homicídio, suas agravantes e agravantes especiais, respectivamente. Os processos perante a Justiça Italiana não julgaram apenas Battisti, mas também aqueles que seriam seus cúmplices nos homicídios, acusados também de outros crimes, de roubo, posse de armas, sequestro, invasão de domicílio e “associações subversivas”. Contudo, Battisti não foi condenado pelos crimes de roubo, bem como não foi sequer acusado pelo crime de “associações subversivas”, previsto, o último no artigo 270 do Código Penal Italiano. Por este último, foram acusados e condenados apenas Giulio Wselmi, Adriano Carneluvì, Arrigo Cavallina, Francesca Cavattoni, Paola Filippi, Franco Fiorina, Maurizio Folini, Enrica Migliorati, Maurizio Mirra, Roberto Silvi e Roberto Veronesi, todos julgados no mesmo processo.

¹⁴ A primeira decisão que negou a extradição de Battisti na França foi juntada aos autos do processo de Extradicação n. 1085 às folhas 1987/1991, no original, em francês, e sua tradução juramentada às folhas 1193/2003.

¹⁵ As decisões da Corte de Cassação Francesa, da Corte de Apelações de Paris e do Conselho de Estado da República Francesa, foram juntadas aos autos do processo de Extradicação n. 1085, às folhas 1.261/1.262, 2.478/2.503 e 2.508/2.512, respectivamente.

¹⁶ A decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos foi juntada aos autos do processo de Extradicação n. 1085 às folhas 2.532/2.533.

questionado as decisões dos Tribunais Franceses e do Conselho de Estado Frances, o seu principal argumento era no sentido de que os processos criminais na Itália haviam sido julgados sem o seu conhecimento.

No entanto, assim como este argumento foi rejeitado por todas as instâncias Francesas, também o foi pela Corte Europeia de Direitos Humanos, tendo sido o entendimento pacífico, em todas as instâncias, de que Battisti tinha pleno conhecimento das acusações e dos processos tramitando perante as cortes de Udine e Milão, uma vez que havia enviado carta nomeando advogados de sua confiança para representa-lo¹⁷.

Cesare Battisti alegou em todos os recursos perante os Tribunais Franceses e Perante a Corte Europeia de Direitos Humanos que não havia nomeado os advogados para sua defesa e que se tratavam de documentos assinados em branco e, posteriormente preenchidos, sem o seu conhecimento¹⁸.

Tal argumento foi descartado nas decisões em todas as instâncias, tendo as Cortes entendido pela validade dos documentos.

A Corte de Apelações de Paris não se pronunciou, expressamente sobre o argumento da defesa de que Battisti não nomeou os advogados, razão pela qual

¹⁷ “En l'espèce, la Cour relève qu'alors qu'il était en fuite, le requérant a, par deux lettres manuscrites et signées, adressées respectivement aux parquets des tribunaux d'Udine et de Milan les 10 mai et 12 juillet 1982, désigné deux avocats pour le représenter dans les instances judiciaires en cours. La Cour note également que par une autre lettre, cette fois dactylographiée mais signée par lui, datée du mois de février 1990 et enregistrée au greffe de la cour d'assises d'appel de Milan le 19 février 1990, il a confirmé le choix de Me P. comme défenseur dans la procédure pendante. Dans cette lettre, le requérant désignait la procédure en cours devant les juridictions italiennes par son numéro d'enregistrement et donnait mandat à l'avocat désigné par lui pour exercer, en son nom, un pourvoi en cassation contre l'arrêt rendu par la cour d'assises d'appel de Milan le 16 février 1990. Il ressort du dossier, au vu des arguments présentés par le requérant devant les juridictions françaises, qu'il était également informé du rejet de son pourvoi par la cour suprême de cassation italienne le 8 avril 1991. La Cour constate dès lors, au vu des circonstances de l'espèce, que le requérant était manifestement informé de l'accusation portée contre lui, ainsi que du déroulement de la procédure devant les juridictions italiennes et ce, nonobstant sa fuite. Par ailleurs, le requérant, qui avait délibérément choisi de rester en situation de fuite après son évasion de 1981, était effectivement assisté de plusieurs avocats spécialement désignés par lui durant la procédure. Sur ce dernier point, la Cour observe au demeurant qu'il n'a pas porté à l'attention des autorités concernées d'éventuelles difficultés qu'il aurait rencontrées dans la préparation de sa défense avec ses conseils désignés”. Decisão no Requerimento n. 28796/05. Corte Europeia de Direitos Humanos. Data do Julgamento: 12/12/2006, presidido por A.B. BAKA. (folhas 2.521/2.522 do processo de Extradicação 1085). Também disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-78690>. Acessado em 05/02/18.

¹⁸ Nos autos do processo de Extradicação n. 1085 não foram juntados de forma integral os processos perante as Cortes Francesas e perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, de maneira que as alegações de Cesare Battisti são extraídas dos relatórios das sentenças, estas sim, juntadas aos autos da extradicação, às folhas 1.261/1.262 (Corte de Cassação Francesa), 2.478/2.503 (Corte de Apelações de Paris), 2.508/2.512 (Conselho de Estado da República Francesa) e 2.532/2.533 (Corte Europeia de Direitos Humanos).

entendemos que houve o afastamento do argumento de forma implícita, na medida em que a sentença estabeleceu que os processos ocorreram com a intervenção de um ou mais defensores que atuaram nos atos processuais ou que o representaram nas audiências, bem como que foram efetuados controles para garantir que o interessado não estivesse na impossibilidade de comparecer por causa de força maior ou de impedimento legítimo. No mais, entendeu a Corte que restou provado que Battisti vinha sendo informado pelos seus defensores sobre o andamento do processo penal e renunciou deliberadamente a comparecer¹⁹.

A Corte Europeia de Direitos Humanos também entendeu, implicitamente, pela validade dos documentos, ao afirmar que os mesmos evidenciavam que Battisti tinha conhecimento dos processos que tramitavam contra ele, tendo, inclusive, indicado números de protocolo do processo em curso, bem como que havia sido notificado do indeferimento do seu recurso²⁰.

Note-se que nos referidos documentos questionados por Battisti, foram nomeados os advogados Giuseppe Pelazza e Gabrielle Fuga, sendo certo que o primeiro continuou a defender Battisti perante a Corte de Apelações de Paris, o que nos causa estranheza. Isto é, não fosse o advogado de sua confiança nomeado para representa-lo nos processos perante a Justiça Italiana, tendo sido tais documentos assinados em branco e posteriormente preenchidos sem o seu conhecimento, em algum tipo de conspiração para prejudicar sua defesa, por que razão o extraditando continuou com o mesmo advogado que teria feito parte da

¹⁹ Folhas 2.459/2.460 do processo de Extradicação n. 1085. A sentença, contudo, não esclarece quais teriam sido os controles exercidos para garantir que Battisti não estivesse na impossibilidade de comparecer por causa de força maior ou de impedimento legítimo, bem como não esclareceu quais os elementos ou as provas que levaram a concluir que restou provado que Battisti vinha sendo informado pelos seus defensores sobre o andamento do processo penal. Tendo em vista que foram juntadas somente as sentenças, sem cópias integrais do processo, não há como fazermos uma análise dos documentos apresentados.

²⁰ A Corte Europeia de Direitos Humanos assim entendeu: “A Corte observa que quando encontrava-se foragido, o Requerente, por meio de duas cartas manuscritas e assinadas, endereçadas respectivamente aos Ministérios Públicos dos Tribunais de Udine e Milão em 10 de maio e 12 de julho de 1982, nomeou dois advogados para representá-lo nas instâncias judiciais em curso. A Corte observa também que, através de outra carta, desta feita datilografada, mas por ele assinada, datada de fevereiro de 1990 e protocolada junto ao cartório do Tribunal de Recursos de Milão em 19 de fevereiro de 1990, ele confirmou a escolha do advogado P. como seu defensor no processo pendente. Nessa carta, o Requerente indicou o número de protocolo do processo em curso perante a Justiça italiana outorgou ao advogado escolhido o mandado para apresentar em seu nome um recurso contra a sentença proferida pelo Tribunal de Recursos de Milão em 19 de fevereiro de 1990. Depreende-se dos autos, com base nos argumentos apresentados pelo Requerente perante a instância judiciária francesa, que também tinha sido informado acerca do indeferimento de seu recurso por parte da Corte Suprema de Cassação italiana em 8 de abril de 1991”. (folhas 2.531/2.532 do processo de Extradicação n. 1085)

conspiração?²¹

Cesare Battisti fugiu para o Brasil, em setembro de 2004, antes mesmo da realização do requerimento perante a Corte Europeia de Direitos Humanos.

Até a presente data, Cesare Battisti mantém a alegação de que não praticou nenhum dos homicídios dos quais foi acusado, bem como, afirma que, à época dos fatos, já não fazia mais parte do grupo Proletários Armados pelo Comunismo, sendo vítima de perseguição política do Estado que se “alinhava com a direita”²².

A questão do “alinhamento com a direita”, já dá início a uma outra controvérsia. Conforme será demonstrado posteriormente, esta afirmação é questionável, tendo concluído a maioria do Supremo Tribunal Federal, que inverídica.

No mais, verifica-se contradição nas alegações de Battisti, uma vez que, ao solicitar refúgio perante o CONARE, afirmou que após a morte de Aldo Moro, “*a esquerda italiana se fracionou, enquanto uma parte continuou engajada na luta armada enquanto outra, a qual ele aderiu, se restringia às ações de apoio logístico*”. Ainda, afirmou que foi preso em junho de 1979 e em 1981, com o apoio de outros presos, foi eleito, por decisão coletiva dos grupos armados, como mediador para ser libertado para conscientizar os militantes que permaneciam em liberdade²³.

Assim, conclui-se, que, contrariamente ao que afirmou na defesa no processo de Extradicação, de fato, nunca deixou de fazer parte dos grupos militantes, sendo a alegação na defesa no processo de Extradicação, em nosso entendimento, incompatível com as alegações feitas perante o CONARE.

1.2.

O Processo no CONARE

²¹ A atuação do advogado de defesa Giuseppe Pelazza ficou evidente na Sentença proferida pela Corte de Apelações de Paris (juntada às folhas 2.450/2.462 do processo de Extradicação n. 1085), constando no relatório da sentença a sua nomeação e, a sua manifestação pela defesa, diante da Corte de Apelações de Paris. Contudo, as manifestações do advogado perante a referida Corte não foram explicitadas na sentença e não foram juntadas aos autos do processo de Extradicação.

²² A defesa foi juntada às folhas 1.824/1.966. Especificamente às folhas 1.833/1.834 Battisti afirmou que não cometeu os crimes e que deixou o grupo Proletários Armados pelo Comunismo em 1978, após a morte de Aldo Moro.

²³ Tais alegações constam no relatório da decisão do CONARE às folhas 3.065/3.066 do processo de Extradicação n. 1085.

Inicialmente, cumpre destacar que o Comitê Nacional para os Refugiados – CONARE foi criado pela Lei n. 9.474/97, que implementou a Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, tratando-se de órgão de deliberação coletiva, no âmbito do Ministério da Justiça, responsável, dentre outras atribuições, pela análise, em primeira instância, dos pedidos de refúgio. O Órgão é competente para decidir, também, sobre a cessação ou perda da condição de refugiado, estando tal atribuição prevista no artigo 12 da Lei n. 9.474/97²⁴.

O Estatuto dos Refugiados de 1951²⁵ foi o resultado da Convenção convocada em 1950 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em atenção à crescente preocupação dos Estados com os grandes deslocamentos populacionais ocorridos após a Segunda Guerra Mundial²⁶.

Viu-se, naquele momento, a necessidade de estabelecer instrumentos legais, concretos e claros, para a proteção dos direitos dos refugiados, em âmbito internacional, dando-se efetividade ao artigo 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948²⁷.

²⁴ Art. 12. Compete ao CONARE, em consonância com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, com o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 e com as demais fontes de direito internacional dos refugiados:

I - analisar o pedido e declarar o reconhecimento, em primeira instância, da condição de refugiado;

II - decidir a cessação, em primeira instância, *ex officio* ou mediante requerimento das autoridades competentes, da condição de refugiado;

III - determinar a perda, em primeira instância, da condição de refugiado;

IV - orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio jurídico aos refugiados;

V - aprovar instruções normativas esclarecedoras à execução desta Lei.

²⁵ No Brasil a Convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo n. 11, de 7 de julho de 1960, com exclusão dos artigos 15 e 17 e, posteriormente promulgada pelo Decreto n. 50.215, de 28 de janeiro de 1961. Os artigos excluídos da Convenção se referem a associação em sindicatos e exercício de profissão assalariada por estrangeiros, não possuindo qualquer relação com o objeto deste trabalho.

²⁶ Tal preocupação, específica com a população deslocada em razão da Segunda Guerra Mundial resta evidente no artigo 1-A, 2, do Estatuto, o qual define como refugiado aqueles que:

“em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.”

Segue a Convenção determinando, no artigo 1-B, que:

“Para os fins da presente Convenção, as palavras ‘acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951’, do art. 1º, seção A, poderão ser compreendidas no sentido de ou:

a) ‘acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 na Europa’; ou

b) ‘acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 na Europa ou alhures’”.

²⁷ O artigo 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabelece:

“1. Toda pessoa, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros

Atualmente, é possível vermos a importância deste instrumento normativo, que ultrapassa o contexto em que foi criado, uma vez que, apesar de ter sido celebrado em 1951, permanece extremamente atual, face ao crescente deslocamento populacional que atinge, hoje, não apenas a Europa, mas o mundo inteiro, em decorrência de conflitos armados e desastres naturais.

Tal instrumento normativo internacional foi refletido na lei n. 9.474/97, a qual copia artigos, tal como o artigo 3º, II, III e IV da nossa Lei, que possui o mesmo texto do artigo 1-F do referido Estatuto de 1951.

No Brasil, o CONARE foi criado para implementar e concretizar as proteções aos refugiados, estabelecidas na legislação interna e no Estatuto dos Refugiados de 1951.

Especificamente sobre a atuação do CONARE no caso em estudo, temos que, antes, em 1º de março de 2007 o Supremo Tribunal Federal decretou a prisão preventiva de Cesare Battisti, quando o Estado Italiano formalizou pedido de extradição²⁸.

Assim sendo, durante o curso do processo de extradição, Cesare Battisti solicitou, perante o CONARE, o reconhecimento da condição de refugiado. Com o pedido administrativo, o processo de extradição n. 1085 foi suspenso, conforme determinado no art. 34 da Lei 9.474/97²⁹.

Ao CONARE, Battisti alegou que em novembro de 2004, quando se encontrava em Poços de Caldas, Minas Gerais, que quase foi sequestrado por uma “célula do serviço paralelo de inteligência italiana”, o que somente não ocorreu por interferência do serviço de inteligência francesa, a mando de Sarkozy (a dinâmica dos fatos do suposto “quase sequestro” e como teria se dado a interferência do serviço de inteligência francês não foi descrita).

Aduziu que em dezembro de 2006 recebeu de um político francês (não denominado) a notícia de que um mês antes das eleições francesas ele seria preso,

países.

2. *Este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas*”.

²⁸ O pedido de extradição foi fundamentado no Tratado de Extradição entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, assinado em 17/10/1989 e promulgado pelo Decreto n. 863 de 9 de julho de 1993. A Nota Verbal com o pedido de extradição consta às folhas 03/05 do processo de Extradição 1085 e o Mandado de Prisão consta às folhas 06.

²⁹ Determina o Artigo 34 da Lei 9.474/97: A solicitação de refúgio suspenderá, até decisão definitiva, qualquer processo de extradição pendente, em fase administrativa ou judicial, baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio.

no Brasil, “pois Sarkozy queria desacreditar sua oponente” e que, em 18 de março de 2007 foi efetivamente preso no Brasil “por determinação de Sarkozy”, dois dias antes da sua demissão (de Sarkozy) do cargo de Ministro do Interior³⁰.

Por sua vez, o CONARE negou, por três votos a dois, a concessão da condição de refugiado³¹, entendendo que o requerente não se enquadrava em qualquer das hipóteses previstas no artigo 1º da Lei 9.474/97³², de forma que o processo de extradição voltou a tramitar.

A decisão do CONARE apresentou a técnica que, em nossa opinião, careceu a decisão do Ministro da Justiça.

A maioria dos membros do CONARE entendeu, ressaltando em sua decisão, que não cabe ao órgão processar ou julgar, novamente, Battisti pelos quatro homicídios, bem como não lhe cabe apreciar se os crimes pelos quais foi condenado seriam crimes comuns ou políticos, sendo tal apreciação de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Assim, foram afastadas as alegações de Battisti de que não cometeu os crimes e que estes se tratavam de crimes políticos, impassíveis de extradição. Tal afastamento se deu de forma técnica, uma vez que, de fato, não cabe ao CONARE reapreciar provas juntadas aos processos originais italianos (o que, ressalte-se, também não cabe ao Supremo Tribunal Federal), bem como apenas do Supremo é a competência para analisar a natureza do crime, conforme será visto no capítulo próprio.

Aduziu a decisão que a Itália é um país democrático, capaz de resguardar os direitos daqueles que cumprem penas, bem como levou em consideração o fato de que Battisti chegou ao Brasil em setembro de 2004, porém somente pediu refúgio ao Governo Brasileiro em 27 de junho de 2008, razões pela qual concluiu o CONARE que não havia fundado temor de perseguição de forma a legitimar a concessão do pedido de refúgio.

³⁰ Folhas 3.067/3.068 do processo de Extradição n. 1085.

³¹ Cópia da decisão do CONARE que negou o pedido de Battisti foi juntada ao processo de Extradição n. 1085 às folhas 3.062/3.077.

³² Determina o Artigo 1º da Lei 9.474/97: Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:
I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;
II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;
III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

A referida decisão não abordou, em seus fundamentos, as alegações de monitoramento por parte de “serviços paralelos de inteligência”, tentativa de sequestro e prisão “a mando de Sarkozy”.

Entendemos que a omissão do CONARE se tratou de uma escolha deliberada de não entrar no mérito de tais alegações, devendo-se ao fato de não haverem quaisquer elementos que demonstrem a suposta sequencia de eventos, a qual, em nossa modesta opinião, carece de qualquer fundamento lógico ou verossimilhança.

Afirmar que atuam no Brasil “serviços de inteligência paralelos” e que Sarkozy, na qualidade de Ministro de Estado Francês, teria influência para impedir um suposto sequestro por parte destes “serviços de inteligência paralelos” no Brasil, para posteriormente influenciar o Supremo Tribunal Federal para mandar prendê-lo, tendo a prisão ocorrido somente a seu mando (ignorando-se o pedido de extradição feito pela Itália ao Supremo Tribunal Federal), tratam-se de alegações que, a nosso ver, beiram o desvario.

Cesare Battisti recorreu administrativamente da decisão do CONARE, com fundamento no artigo 29³³ do mesmo diploma legal e, em 13 de janeiro de 2009, o Ministro da Justiça, à época, Tarso Genro, decidiu pela concessão do status de refugiado, entendendo que o requerente possuía fundado temor de perseguição política:

“Não resta a menor dúvida, independentemente da avaliação de que os crimes imputados ao recorrente sejam considerados de caráter político ou não – aliás inaceitáveis, em qualquer hipótese, do ponto de vista do humanismo democrático – de que é fato irrefutável a participação política do Recorrente, o seu envolvimento político insurrecional e a pretensão, sua e de seu grupo, de instituir um poder soberano ‘fora do ordenamento’. Ou seja, de constituí-lo pela via revolucionária através da afronta política e militar ao Estado de Direito italiano, aliás, motivos estes que levaram o presidente Mitterrand a acolher o recorrente e vários militantes da extrema esquerda italianos na mesma situação. (...) Por motivos políticos o Recorrente envolveu-se em organizações ilegais criminalmente perseguidas no Estado requerente. Por motivos políticos foi abrigado na França e também por motivos políticos, originários de decisão política do Estado Francês, decidiu, mais tarde, voltar a fugir. Enxergou o Recorrente, ainda, razões políticas para os reiterados pedidos de extradição Itália-França, bem como para a concessão da extradição, que, conforme o Recorrente, estariam vinculadas à situação eleitoral francesa. O elemento subjetivo do “fundado temor de perseguição” necessário para o reconhecimento da condição

³³ Determina o Artigo 29 da Lei 9.474/97: No caso de decisão negativa, esta deverá ser fundamentada na notificação ao solicitante, cabendo direito de recurso ao Ministro de Estado da Justiça, no prazo de quinze dias, contados do recebimento da notificação.

de refugiado está, portanto, claramente configurado”³⁴.

Da decisão proferida pelo Ministro da Justiça, não cabe recurso, em conformidade com o disposto no art. 31 da Lei 9.474/97³⁵. Contudo, o não cabimento de recurso, não significa que o ato não é passível de apreciação pelo Poder Judiciário.

É possível notar um grande distanciamento dos fundamentos de cada uma das decisões, do CONARE, em primeira instância, e do Ministro de Estado da Justiça.

Como visto, a decisão dos conselheiros do CONARE se deu de forma extremamente técnica. Entendeu-se que não cabia fazer um novo julgamento dos processos na Itália, que não cabia ao órgão administrativo apreciar o caráter, a natureza dos crimes, que Battisti foi julgado por tribunais ordinários e não por qualquer tipo de tribunal de exceção e que até mesmo a Corte Europeia de Direitos Humanos reconheceu que o extraditando exerceu seu direito de defesa e estava ciente dos processos contra si.

Por outro lado, a decisão proferida em grau de recurso pelo Ministro da Justiça ignorou todas as questões técnicas trazidas na decisão do órgão administrativo colegiado, discorrendo apenas sobre os “anos de chumbo” na Itália, para concluir que os crimes imputados à Battisti se tratavam de crimes políticos e que o extraditando possui fundado temor de perseguição em razão de seu passado como revolucionário comunista.

Analisando-se a íntegra da decisão proferida pelo Ministro da Justiça, concluímos que esta possuiu caráter claramente, e unicamente, político, tendo sido desprezadas todas as questões técnicas apontadas pelo CONARE, em primeira instância, afrontando diretamente dispositivos legais, conforme será visto adiante, em maiores detalhes.

No Supremo Tribunal Federal se travou grande discussão sobre a natureza da decisão proferida pelo Ministro da Justiça, se esta se trataria de ato

³⁴ Decisão proferida pelo Ministro de Estado da Justiça, Tarso Genro, em 13 de janeiro de 2009, nos autos do Processo Administrativo nº. 08000.011373/2008-83. Origem: CONARE. Disponível em https://www.conjur.com.br/dl/decisao_cesare_batti.pdf. Acessado em 15/12/2017.

³⁵ Determina o Artigo 31 da Lei 9.474/97: A decisão do Ministro de Estado da Justiça não será passível de recurso, devendo ser notificada ao CONARE, para ciência do solicitante, e ao Departamento de Polícia Federal, para as providências devidas.

administrativo vinculado, ou se seria um ato administrativo discricionário que, portanto, não estaria sujeito a revisão, por parte do Poder Judiciário, no que tange ao mérito da decisão, mas apenas aos requisitos de legalidade.

Ressaltamos que neste capítulo, temos por objetivo apenas apresentar o caso, e as questões relativas a este ato administrativo serão analisadas, oportunamente, em outro capítulo.

Por ora, destacamos que a legalidade da decisão proferida pelo Ministro da Justiça Tarso Genro, foi objeto do Mandado de Segurança n. 27.875, impetrado pela República Italiana, perante o Supremo Tribunal Federal.

No entanto, em 09 de setembro de 2009, o Supremo Tribunal Federal, julgou prejudicado o pedido de mandado de segurança, por já ter sido reconhecido, nos autos da extradição 1.085, a ilegalidade do ato de concessão de status de refugiado concedido pelo Ministro de Estado da Justiça³⁶.

1.3.

Os Processos no Supremo Tribunal Federal

1.3.1.

O Processo de Extradição n. 1.085

O Processo de Extradição n. 1.085/República Italiana teve início em fevereiro de 2007, tendo o pedido sido fundamentado no Tratado de Extradição entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, assinado em 17/10/1989 e promulgado pelo Decreto n. 863 de 9 de julho de 1993.

Este extenso processo de extradição conta com 20 (vinte) volumes e mais 9 (nove) apensos. Para melhor análise e compreensão deste estudo, escolhemos dividir o conteúdo do Acórdão Colegiado em duas partes.

Na primeira parte temos as questões relativas à nulidade da decisão administrativa que conferiu a condição de refugiado. Esta foi tratada como

³⁶ A decisão do Supremo Tribunal Federal, por maioria, de julgar prejudicado do Mandado de Segurança n. 27.875, consta às fls. 03/04 do inteiro teor do Acórdão na Extradição n. 1.085, ficando vencida a Ministra Cármen Lúcia, que votou no sentido de julgar o Mandado de Segurança antes do processo de Extradição. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610034>. Acessado em 05/02/2018.

prejudicial ao mérito, uma vez que a concessão de refúgio impede o prosseguimento da extradição, conforme será visto detalhadamente em capítulo próprio.

Por esta razão, apenas superada a questão, foi possível prosseguir com o julgamento da extradição, de forma que a segunda parte, trata-se das razões, de mérito, pelas quais o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo deferimento do pedido, havendo especial atenção para a discussão que se travou sobre a natureza dos crimes pelos quais Cesare Battisti foi condenado: crimes comuns ou crimes políticos.

Dito isso, passamos a um relato sobre a primeira parte.

Como mencionado no item anterior, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do processo de Extradicação n. 1085, anulou a decisão que conferiu a condição de refugiado, proferida pelo Ministro da Justiça, dando prosseguimento ao processo de extradição.

Como também já vimos, inicialmente, a legalidade da decisão foi objeto do Mandado de Segurança n. 27.875, também impetrado perante o Supremo Tribunal Federal. Mas, em 09 de setembro de 2009, o Supremo Tribunal Federal, julgou prejudicado o pedido do mandado de segurança, por já ter sido reconhecido, nos autos da extradição n. 1085, a ilegalidade do ato de concessão de status de refugiado proferido pelo Ministro de Estado da Justiça³⁷.

O Supremo Tribunal Federal determinou que a decisão proferida pelo Ministro da Justiça é passível de revisão pela Corte, no que diz respeito à sua legalidade, uma vez que se trata de ato administrativo vinculado, não sendo possível utilizar-se de qualquer juízo de conveniência ou oportunidade. Todavia, a decisão não foi unânime, e esta questão será objeto de estudo mais aprofundado, adiante, em tópico próprio.

Por ora, salientamos que a Corte Suprema decidiu pela anulação do referido ato administrativo, uma vez que não se verificou nenhuma das causas constantes no já citado artigo 1º da Lei 9.474/97. Como mencionado anteriormente, nota-se que, na justificativa para a concessão da condição de refugiado, o Ministro Tarso Genro afirmou que os crimes pelo qual Cesare Battisti foi condenado na Itália, tratavam-se de crimes políticos, razão pela qual atendia à

³⁷ Com a decisão no processo de Extradicação 1085, o Mandado de Segurança n. 27.875 foi arquivado sem julgamento, em abril de 2010.

hipótese do inciso I do referido artigo 1º.

No entanto, conforme destacou o Ministro Cezar Peluso, em seu voto como Relator, os fundamentos da concessão de refúgio não se confundem com os fundamentos históricos ou factuais, devendo ser analisado se o refúgio foi deferido indevidamente, através de uma requalificação jurídica dos mesmos fatos discutidos, no processo de extradição³⁸.

Isto é, entendeu o Ministro Relator que a decisão administrativa requalificou, como crimes políticos, os crimes pelos quais Cesare Battisti foi condenado, os quais seriam crimes comuns, de homicídio premeditado. Tal requalificação, seria indevida, fora da competência administrativa do Ministro de Estado da Justiça:

“Uma das vertentes mais expressivas dessa necessidade jurídica, no caso, está em investigar e decidir se o refúgio foi, ou não, concedido sob motivação, aberta ou disfarçada, de que os mesmos fatos, tidos no processo de extradição como crimes comuns por que foi o extraditando formalmente condenado, não seriam crimes comuns, mas políticos! Dizer, a autoridade administrativa, com estas ou outras palavras, para, como motivação necessária *ex vi legis*, justificar o ato concessivo de refúgio, que seriam políticos, e não, comuns tais delitos, significaria evidentiíssima e censurável invasão da competência constitucional da Suprema Corte”.³⁹

Assim, concluiu-se que a decisão do Ministro da Justiça não atendeu aos requisitos legais, tendo sido tomada uma decisão político-administrativa, uma vez que a condenação pela Corte de Apelações de Milão se deu pela prática de crimes comuns e não por crimes políticos.

Conforme já destacamos no item 1.2, a referida decisão do Ministro da Justiça não foi fundamentada em critérios técnicos. Ao contrário, tais critérios foram ignorados, invadindo-se a competência do Supremo Tribunal Federal, para afirmar que se tratavam de crimes políticos, em decorrência de terem sido cometidos no período dos “anos de chumbo” e por terem sido cometidos por membros de grupo político de esquerda.

Ademais, entendemos correta a decisão do Supremo Tribunal Federal, porquanto, a nosso ver e, conforme será analisado posteriormente, em capítulo

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição 1085/República Italiana. Relator: Ministro Cezar Peluso. Acórdão publicado no DJE em 18/12/2009. *Pesquisa Inteiro Teor de Acórdãos*. p. 26. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610034>. Acessado em 08/12/2016.

³⁹ Ibid., p. 27.

próprio, o contexto histórico e/ou político da época em que os crimes foram cometidos, por si só, não deve ser considerado causa para qualificar os mesmos como crimes políticos, devendo ser analisados outros elementos dos crimes, tais como a sua motivação e finalidade que, não necessariamente, está ligada com o contexto de conturbação política.

A decisão do Supremo Tribunal Federal seguiu a mesma linha das decisões da Corte de Apelações de Paris, da Corte de Cassação e do Conselho de Estado da República Francesa⁴⁰. Entretanto, cumpre ressaltar que esta decisão do Supremo Tribunal Federal não foi unânime⁴¹.

Superada esta questão, passou-se ao julgamento do mérito do pedido de extradição, segunda parte de nossa divisão.

Diversos foram os argumentos utilizados pela defesa de Battisti para tentar impedir a sua extradição⁴². Dentre eles, os principais, seriam que os crimes lhe foram imputados falsamente por Pedro Mutti, que queria se beneficiar da “lei dos arrependidos” e que já havia sido condenado pela prática dos crimes em questão, bem como alegou que estes se tratavam de crimes políticos, tendo sido julgado à revelia, afirmando que o extraditando era perseguido político, por ter participado

⁴⁰ O Tribunal de Recursos de Paris deferiu o pedido de extradição formulado pela Itália, considerando que “os fatos atribuídos a Battisti são tipificados como homicídios dolosos qualificados e como tentativa de homicídio doloso qualificado, (...) não são de natureza política, nem militar. Que, ainda, não consta que o pedido de extradição tenha sido formulado por motivos de raça, de religião, de cidadania ou de opiniões políticas ou que a situação do mesmo possa agravar-se em consequência de qualquer um dos motivos acima” (folhas 2.450/2.462 do processo de Extradição n. 1085). Esta decisão foi mantida pela Corte de Cassação (folhas 2.478/2.503) e pelo Conselho de Estado da República Francesa (folhas 2.508/2.512).

⁴¹ Votaram contrariamente ao deferimento do pedido de extradição os Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e a Ministra Cármen Lúcia. Para estes Ministros, a decisão do Ministro de Estado da Justiça não deveria ser anulada, pois que o Ministro Relator, teria dado interpretação demasiadamente radical do que seria um “ato vinculado”. Afirmou o Ministro Eros Grau que: “O conceito de ato vinculado que o relator tomou como premissa e essa maioria subscreveu é, no entanto, excessivamente rigoroso. Como se em casa caso houvesse uma única interpretação possível de fundado temor de perseguição. Daí que não restaria ao Ministro da Justiça possibilidade alguma de escolha de uma entre as várias interpretações possíveis desse ‘conceito indeterminado’ (melhor dizendo, dessa noção). A solução de cada caso seria exata, como se uma única interpretação verdadeira fosse, em cada caso, cognoscível” (página 521 do Acórdão). Na mesma linha, afirmou a Ministra Cármen Lúcia que “o Ministro Relator chega a dizer que haveria a possibilidade de requalificação dos fatos. Parece-me que este é realmente o núcleo do ato e, por isso mesmo, este núcleo é onde reside a conveniência e a oportunidade, que não é dado ao Poder Judiciário se substituir. A situação descrita nos autos não cuida, a meu ver, de vinculação da motivação do ato ao desfecho, pois o que examinado pelo Ministro da Justiça foi explicado, na forma do seu convencimento, a partir de análise de elementos apresentados no processo de pedido de refúgio.” (página 233 do Acórdão)

⁴² A defesa de Battisti foi juntada às folhas 1.824/1.936 do processo de Extradição n. 1085.

do grupo Proletários Armados pelo Comunismo, durante os “Anos de Chumbo”.

Em sua defesa, afirmou que:

“não se pode escapar da apreciação deste caso, os aspectos contidos nelas mesmas, quanto à forma em que se deram os processos e referidas decisões, principalmente quando foram negadas garantias individuais, tão caras aos Estados Democráticos de Direito, tais como ser assistido por advogado, não ser condenado à revelia em processo de competência do tribunal do júri, ter direito à ampla defesa, ao devido processo legal, ao contraditório e, sobretudo, a um processo justo”⁴³

Aduziu, sobre a natureza dos crimes, que estes eram claramente políticos, argumentando:

“Tanto aqui, quanto na Itália, os Anos de Chumbo, no contexto da Guerra Fria, em que se travava enorme disputa entre o mundo capitalista e o comunista, foram marcados por combate intenso entre a esquerda e a direita que, à época, controlava o aparelho policial e militar do Estado. E foram os anos mais repressivos aos movimentos sociais e às manifestações populares pró mudanças sociais e políticas. Com o crescimento dos movimentos de esquerda e o apoio a estes pela população em direção à esquerda, a elite e a classe média começaram a temer o rápido avanço do chamado perigo comunista.”⁴⁴

Assim, afirmou que os crimes foram cometidos nesse contexto, inspirados na dicotomia “capital/trabalho”, tratando-se de “insurreição armada contra o Estado”⁴⁵.

A defesa de Battisti afirmou que, aos 25 (vinte e cinco) anos de idade, foi preso pela primeira vez, tendo sido condenado a uma pena de 12 (doze) anos e 10 (dez) meses de prisão por participação em atividades consideradas “subversivas”, sem que lhe fosse imputado qualquer crime de terrorismo ou de homicídio. Aduziu que a sentença, propositalmente, não foi juntada, pela República Italiana, aos autos do processo de extradição.

No entanto, compartilhamos do entendimento do Supremo Tribunal Federal de que desnecessária a juntada da referida sentença, uma vez que a condenação, pelos crimes de “ações subversivas”, não faz parte do pedido de extradição. Ademais, o fato de ter sido anteriormente condenado por “ações subversivas”, que podem ser consideradas como crime político, não significa que todos os outros crimes pelos quais foi condenado, posteriormente, em outro

⁴³ Folha 1.843 do processo de Extradicação n. 1085.

⁴⁴ Folhas 1.873/1.874 do processo de Extradicação n. 1085.

⁴⁵ Folha 1.877 do processo de Extradicação n. 1085.

processo, possam ser classificados como crime político.

A defesa alegou, também, que houve julgamento à revelia, o que não seria possível no Tribunal do Júri, sendo cerceada a sua defesa, afirmando que não teve conhecimento da instauração dos processos.

Sobre a questão da nomeação dos advogados, afirmou:

“Os Advogados Pelazza e Fuga, de que fala a dita exposição dos fatos, foram constituídos advogados de outros integrantes dos PAC no processo, nunca do Extraditando, que não lhe outorgou mandato, não lhe enviou carta, nem carta mandou aos Tribunais italianos com procuração aos referidos advogados. O Extraditando, à época em que militava na Itália, temeroso de que algo lhe pudesse ocorrer, ao cair na clandestinidade, assim como tantos outros militantes faziam, deixou papeis assinados em branco com membros da organização, para providências familiares, em que sua anuência era necessária.”⁴⁶

No mais, afirmou que o extraditando era perseguido político, por ter participado do grupo Proletários Armados pelo Comunismo, durante os “Anos de Chumbo” e negou a autoria dos crimes, alegando a inexistência de provas, e afirmando que a condenação se deu exclusivamente com base na delação premiada de Pietro Mutti, dirigente do PAC.

Cesare Battisti assegurou ser crítico às formas violentas da “luta armada”, razão pela qual abandonou o grupo PAC em 1978, após o sequestro e assassinato do Primeiro Ministro Aldo Moro, atos estes que foram atribuídos às denominadas Brigadas Vermelhas.

Assim, alegou serem falsas as imputações por parte de Pedro Mutti, bem como que estas não poderiam ser utilizadas como único fundamento para as condenações, uma vez que, não apenas inexistiam provas que pudessem incriminar Battisti, para além da palavra do delator, questionando ainda a validade da delação.

Isto pois, alegou que a delação de Pedro Mutti foi feita quando este já se encontrava preso, tendo confessado ser o autor do crime de homicídio de Santorro, e se encontrava submetido a constante ameaça de tortura e maus tratos, juntamente com outros presos políticos, razão pela qual vários presos passaram a acusar uns aos outros, em uma tentativa de diminuir a própria pena ou obter outras vantagens⁴⁷.

⁴⁶ Folhas 1.854 do processo de Extradução n. 1085.

⁴⁷ A defesa de Battisti não informa quais seriam as supostas “outras vantagens”.

Dito isso, cumpre destacar que não há nos autos do processo de extradição, elementos que indiquem que a delação teria ocorrido de forma não espontânea, isto é, decorrente de ameaça, tortura ou qualquer outra forma de violência física ou coação moral⁴⁸.

Ainda, há que se esclarecer que os processos criminais perante a Justiça Italiana não foram juntados de forma integral, mas apenas as suas sentenças e, no fundamento da primeira, proferida pelo I Tribunal do Júri de Milão, consta que, sobre o homicídio de Santoro, a condenação não se deu apenas com base no depoimento de Pedro Mutti, mas também de outros membros do PAC (Tirelli, Bergamin e Barbetta), sem contradições, e no depoimento de testemunhas oculares, com descrições físicas dos autores do crime, condizentes com as características de Battisti⁴⁹ e, com relação aos homicídios de Sabbadin e Torregiani, este contou ainda com os depoimentos de Cavalline e Fatone, também integrantes do grupo.

Ademais, também se identificou que Battisti havia fugido em um trem para Milão e, da estação de trem, partiu uma ligação para polícia, na qual o grupo PAC reivindicava o crime, em horário condizente com o horário em que Battisti se encontrava na estação.⁵⁰

Outros argumentos utilizados pela defesa foram a contração de matrimônio e a existência de filhos que dependeriam do extraditando e a ocorrência de prescrição da pretensão executória.

Sobre a prescrição, a defesa alegou que o prazo prescricional teria tido início em 13 de dezembro de 1988, data em que a sentença foi proferida em audiência, não tendo havido recurso pelo Ministério Público Italiano, afirmando que não poderia ser considerada data do julgamento do recurso, porquanto este era unicamente da defesa, não podendo o réu ser prejudicado com a extensão do prazo

⁴⁸ A sentença do I Tribunal do Júri de Milão (folhas 108/400) destaca que Pedro Mutti não teria razão para imputar os crimes à pessoas inocentes, tendo inclusive se auto acusado, confessando sua participação nos crimes, quando não haviam provas contra ele (Mutti): “*O acusado inicia falando do episódio apesar de não existir prova alguma contra ele, a ponto que o processo penal aberto precedentemente na Procuradoria de Udine havia-se concluído com uma sentença de absolvição. Nesta fase, não pode-lhe ser nada conveniente mentir ou caluniar pessoas inocentes, já que isto o exporia no risco de outros camaradas - que no entanto foram presos e viraram colaboradores da justiça - puderem dar dos mesmos fatos uma versão contrastante. Fato que, de qualquer maneira, determinaria para ele a perda de todo benefício previsto na lei sobre os ‘arrepentidos’*”. (folhas 193 do processo de Extradição 1.085)

⁴⁹ Folhas 199/203 do processo de Extradição n. 1085.

⁵⁰ Folhas 295/303 do processo de Extradição n. 1085.

prescricional pelo exercício do seu direito de recorrer.

O Supremo Tribunal Federal afastou todos estes argumentos.

Para o presente trabalho, escolhemos restringir o estudo à questão principal relativa ao argumento de perseguição política e julgamento à revelia, pois que entendemos haver uma complementariedade entre estes.

Assim, sobre a questão do matrimônio e filho, salientamos, apenas, que há entendimento pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a existência de filhos e o casamento com brasileiro(a), por si só, não impede a extradição⁵¹. Tal entendimento foi, inclusive, sumulado:

Súmula 421: Não impede a extradição a circunstância de ser o extraditando casado com brasileira ou ter filho brasileiro.

Sobre a questão da prescrição, esta também foi afastada, porém não em decorrência de divergências sobre a data em que teria tido início a contagem do prazo. Para o Supremo Tribunal Federal, há que se reconhecer que o prazo deve ser calculado com base na pena máxima cominada para o homicídio qualificado no Brasil, isto é, 30 (trinta) anos de reclusão, uma vez que nosso ordenamento jurídico não admite a prisão perpétua. Assim, entendeu o Supremo Tribunal Federal que a prescrição ocorreria em 20 (vinte) anos, com base nos artigos 109, I e 110 do Código Penal Brasileiro⁵².

Ainda, foi o entendimento no processo de Extradição de Battisti que, para efeitos de cálculo do prazo prescricional, deve ser considerada a suspensão da prescrição quando do cumprimento da prisão preventiva, no caso, em 18 de março de 2008, tendo sido decretada em 1º de março do mesmo ano, pelo então relator Ministro Celso de Mello, aplicando-se o artigo 116, parágrafo único do Código Penal Brasileiro⁵³.

⁵¹ Nota-se que a Lei n. 6.815/80 estabelece a existência de cônjuge filhos, estes sob guarda do estrangeiro ou dele dependente economicamente, como impedimento apenas para a expulsão do estrangeiro (artigo 75, II, “a” e “b”), não havendo tal previsão de impedimento para a extradição.

⁵² Dispõe os artigos do Código Penal:
Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1o do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

⁵³ Dispõe o parágrafo único do artigo 116 do Código Penal: “Depois de passada em julgado a

Sobre o argumento de Battisti de que havia sido condenado por crimes políticos, este foi amplamente rejeitado quando da questão prejudicial para a anulação da decisão que lhe concedeu a condição de refugiado. No entanto, ele foi novamente afastado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do mérito⁵⁴. Em capítulo próprio, iremos analisar detalhadamente os elementos dos crimes.

Quanto ao argumento da defesa de que Battisti foi julgado à revelia, este foi afastado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual entendeu que o extraditando tinha pleno conhecimento dos processos criminais que tramitavam perante a Justiça Italiana, tendo inclusive nomeado advogados de sua confiança para representa-lo em todos os processos⁵⁵.

Mais uma vez, não foi acolhida a alegação da defesa de que as referidas cartas não foram escritas por ele.

Este entendimento foi o mesmo da Corte de Apelações de Paris e da Corte Europeia de Direitos Humanos⁵⁶.

sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo”. A esse respeito, entendeu o Ministro Relator Cezar Peluso, tendo sido acompanhado pela maioria do Supremo Tribunal Federal, que a prisão preventiva para fins de extradição tem por objetivo assegurar a eficácia do acórdão, não se confundindo com a prisão-sansão estipulada pelo Estado requerente, tratando-se, pois, de motivo diverso, operando-se a suspensão da prescrição (folhas 109/110 do Acórdão proferido no processo de Extradição n. 1085).

⁵⁴ Do voto do Ministro Cezar Peluso se extrai: “*Como se vê, a natureza dos delitos pelos quais o extraditando foi condenado, marcados de sobremaneira pela absoluta carência de motivação política, intensa premeditação, extrema violência e grave intimidação social, não se afeiçoa de modo algum ao modelo conceptual de delito político que impede a extradição de súditos estrangeiros, ao menos nos contornos definidos e consolidados pela Corte*”(página 142 do Inteiro Teor do Acórdão no Processo de Extradição n. 1085).

⁵⁵ Novamente, do voto do Ministro Cezar Peluso se extrai: “*posto o julgamento tenha tramitado à revelia do extraditando, que à época se encontrava foragido, não há nenhuma dúvida de que lhe foram assegurados todos os direitos de defesa correspondentes a essa condição processual, como exige a parte inicial da alínea ‘a’ do citado artigo 5 do Tratado, em estrita observância do princípio do devido processo legal. Como a própria defesa deixa claro a fl. 1852, ‘ao extraditando foi nomeado inicialmente defensor de ofício, quando das ditas investigações pelo Ministério Público e depois, constituído advogado’. O documento de fl. 401, cujo conteúdo revela a interposição de recurso de apelação pelo advogado do ora extraditando, no juízo criminal competente, além de todo o exposto no minucioso relatório da sentença condenatória de 1º grau (fls. 180/386) e nas decisões proferidas, seja pelo Primeiro Tribunal do júri de Apelação de Milão (fls. 404/531), seja pela Corte de Cassação (fls. 538/571), seja ainda pelo 2º Tribunal do Júri de Apelação de Milão, demonstra incontestemente exercício dos poderes do contraditório e da ampla defesa, consecutórios do due process of law.*”(página 85 do Inteiro Teor do Acórdão no Processo de Extradição n. 1085).

⁵⁶ Na Corte de Apelações de Paris, decidiu-se: “*Com relação a esse ponto na nota explica-se que: Battisti, ao evadir-se em 5 de outubro de 1981 do estabelecimento penitenciário de Frosinone, escolheu deliberadamente não comparecer perante os Juízes, - no direito italiano, o Juiz tem a obrigação de respeitar a escolha da pessoa perseguida que, até mesmo se for ausente, pode produzir provas no processo ou percorrer as vias recursais, - Perante as Jurisdições italianas, o interessado foi portanto representado e defendido pelos advogados Pelazza e Fuga do Foro de Milão, designados por ele mesmo. (...) Battisti foi beneficiado por urna representação*

Ressaltou o Ministro Cezar Peluso em seu voto, que não apenas Battisti havia nomeado advogados para a sua defesa, como não há qualquer indício de que tais advogados não tenham o representado de forma adequada, uma vez que tais advogados procederam a interposição de diversos recursos em seu favor e as cópias das sentenças proferidas pelos Tribunais Italianos demonstram claro exercício do contraditório e da ampla defesa⁵⁷.

Não se vislumbrou, também, indícios de que os advogados possam ter sido ameaçados, coagidos ou de qualquer forma impedidos de exercer a defesa de forma eficiente e exaustiva.

Nota-se, inclusive, que o recurso interposto perante a Corte de Cassação foi parcialmente provido, para anular a sentença no que dizia respeito à

perante as instituições jurídicas competentes e igualmente lhe foram dadas condições de exercer os instrumentos recursais disponibilizados pela legislação do País requerente; que os direitos de defesa foram, portanto, preservados como é previsto pela lei italiana; que, conseqüentemente, com base no acima exposto, não se reconhece argumento algum hábil a convencer que as condenações proferidas contra ele foram decretadas em condições contrárias à ordem pública francesa ou às disposições da Convenção Europeia de Defesa dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais; que essa concepção relativamente à compatibilidade do procedimento italiano de revelia com o direito interno francês foi regularmente aprovada pelo Conselho de Estado, que teve oportunidade de reforçá-la nas sentenças 'Ignjat' (15.06.01) e 'Giorni' (28/12/01); que este segundo motivo sustentado pela defesa será, portanto, indeferido". (folhas 2.454/2.460). Na Corte Europeia de Direito Humanos, esta não se pronunciou sobre a natureza dos crimes ou a possível existência de uma perseguição política. A sentença da Corte Europeia se limitou a afastar os argumentos da defesa de Battisti de fora julgado à revelia, sem o seu conhecimento, na Itália, e que nunca havia nomeado advogados para a sua defesa, sendo as cartas/procurações falsificadas. Entendeu a referida Corte que Battisti tinha pleno conhecimento dos processos criminais contra si, não apenas pelo fato de ter nomeado advogados para sua defesa (tendo a Corte entendido que não havia qualquer tipo de falsificação), mas também porquanto fugiu do cárcere após ter sido preso no inquérito para apuração dos homicídios pelos quais foi condenado, bem como foi notificado pelos seus advogados dos recursos, os quais foram interpostos até a última instância (folhas 2.523/2.533 do processo de Extradicação 1085): "dos autos depreende-se que o senhor Battisti foi preso em 26 de junho de 1979, no âmbito do inquérito relativo aos mencionados homicídios, praticados em 16 de fevereiro de 1979; que fugiu no dia 5 de outubro de 1981 da penitenciária de Frosinone, onde estava preso; que foi objeto de um mandado de prisão expedido pelo Ministério Público de Udine em 16 de abril de 1982 e de um mandado de prisão expedido em 3 de junho de 1982 por um juiz de instrução de Milão. (...) considerando que, com base em quanto acima relatado depreende-se que, por um lado, o senhor Battisti beneficiou-se, em todas as fases de um processo longo e complexo, da defesa de advogados por ele escolhidos; que, por outro lado, ele tinha conhecimento direto, efetivo e preciso das ações impetradas contra ele, do desenrolar e das datas de seus processos, conforme revelam os documentos acima citados através de suas datas, seus destinatários e seus conteúdos; que, portanto, deve-se considerar que o senhor Battisti, que fugiu da prisão e permaneceu por muito tempo foragido, manifestou de maneira inequívoca sua vontade de não comparecer pessoalmente perante os seus juízes e de se subtrair a Justiça; que, nessas condições, não existe fundamento em sustentar que, ao conceder sua extradicação as autoridades italianas, sem a certeza de ser submetido a novo julgamento na Itália, o decreto atacado tenha sido utilizado em condições contrárias a ordem pública francesa, ao que determina o artigo 6º § 1º da Convenção Europeia de Salvaguarda dos direitos humanos e das liberdades fundamentais." (folhas 2.528/2.529).

⁵⁷ Supremo Tribunal Federal, Extradicação n. 1085, Op. Cit., p. 85.

participação de Cesare Battisti no homicídio de Pierluigi Torregiani⁵⁸. Ainda, o recurso da defesa perante o Tribunal do Júri de Apelação de Milão foi julgado parcialmente procedente, tendo Battisti sido, então, absolvido de outros delitos (porte de armas e explosão), os quais não fazem parte do pedido de extradição.

No mais, afirmou a Corte, seguindo precedente estabelecido no processo de extradição n. 864⁵⁹, que o eventual julgamento à revelia, por si só, não é causa impeditiva da extradição, tratando-se de uma escolha do réu de não comparecer. Destacamos, assim, trecho do voto do Ministro Cezar Peluso:

“Ao depois, apreciando hipótese semelhante, nos autos da EXT n° 864 (Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 29.08.2003), o Plenário da Corte decidiu: ‘Independentemente da aplicação ao caso da parte final do art. V do Tratado de Extradicação entre o Brasil e a Itália, segundo o direito extradiciona brasileiro, não impede, por si só, a extradição que o extraditando tenha sido condenado à revelia no Estado requerente’. E decidiu bem, porque, como o sabe hoje toda a gente, a condição de revelia já não guarda, senão no plano etimológico, idéia pejorativa de rebeldia, mas apenas expressa o exercício de faculdade jurídica que tem a parte de, por razões de estrita conveniência pessoal, indevassável pelo Estado, não comparecer ao processo e não exercitar os poderes inerentes ao ônus processual facultado. Porque, como é elementar e óbvio, não tem obrigação, senão ônus de comparecer ao processo, nada obsta que o réu não compareça e, bem por isso, se não comparece, não tem como nem por onde invocar o fato próprio como o cerceamento de defesa ou causa de nulidade processual, até porque, de outro modo, se beneficiaria de sua mesma torpeza”.⁶⁰

Entendemos correto este entendimento, na medida em que não se deve admitir que um criminoso foragido, ciente do processo contra si, possa se beneficiar da própria torpeza. Admitir que revelia é causa de nulidade do julgamento, seria permitir a total impunidade, porquanto qualquer fugitivo estaria livre de responder pelos seus crimes.

A nosso ver, a partir do momento em que o criminoso toma ciência do

⁵⁸ Cumpre esclarecer que, apenar da Corte de Cassação ter dado parcial provimento ao recurso da defesa de Battisti, para excluir sua participação no homicídio doloso de Pierluigi Torregiani, a sua condenação foi, posteriormente, reafirmada pelo 2º Tribunal do Júri de Apelação de Milão, entendendo o Tribunal que, apesar de Battisti não ter atuado na execução material do crime, havia participado da decisão colegiada para sua realização. Por esta razão o pedido extradiciona feito pela República Italiana é fundamentado, dentre outros, na condenação de Battisti pelo homicídio de Terregiani.

⁵⁹ No processo de Extradicação 864, julgado em 18 de junho de 2003, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, o Supremo Tribunal Federal entendeu, por unanimidade, que, “segundo o direito extradiciona brasileiro, não impede, por si só, a extradição que o extraditando tenha sido condenado à revelia no Estado requerente”. (página 219). Inteiro teor do Acórdão disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=325009>. Acessado em 05/02/18.

⁶⁰ Supremo Tribunal Federal, Extradicação n. 1085, Op. Cit., p. 84/85.

processo criminal contra si instaurado, cabe ao mesmo decidir se irá se apresentar à justiça ou fugir, devendo arcar com as consequências de sua decisão.

Prosseguindo, com relação ao argumento de perseguição política, Cesare Battisti negou a autoria dos crimes, afirmando que à época dos fatos já não fazia mais parte do grupo conhecido como PAC. Sustentou a defesa no processo de extradição, que não haviam provas da autoria nos processos em que foi condenado na Itália e que não poderia ser condenado apenas em decorrência de uma delação premiada.

No entanto, conforme foi reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, é incabível a análise das provas que instruíram os processos criminais na Itália, uma vez que se estaria fazendo uma revisão e rejuízo das sentenças proferidas por Tribunal estrangeiro, o que foge à competência do Poder Judiciário Brasileiro que opera sob o princípio da contenciosidade limitada⁶¹.

Trata-se de uma questão também relativa à soberania do Estado, não podendo o Supremo Tribunal Federal, ou qualquer outra instância do Poder Judiciário Brasileiro, ser utilizado como tribunal de recursos para sentenças estrangeiras.

Assim, tem-se que irrelevante a suposta falta de provas da autoria dos crimes, a suposta nulidade da delação premiada feita pelo ex-companheiro do PAC de Battisti, bem como irrelevante o argumento da defesa de falsificação de documentos de representação juntados aos autos dos processos criminais, não cabendo efetuar, no âmbito do julgamento da extradição, perícia para determinar a validade dos documentos.

Lembramos, ainda, que, como já mencionado, o entendimento, no sentido de se considerar válidos os documentos de representação, foi igualmente proferido pelos Tribunais Franceses e pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

Este entendimento a respeito da contenciosidade limitada não foi novidade no processo de extradição de Cesare Battisti, tendo sido acolhido pela Corte o precedente do processo de Extradição 524 de relatoria do Ministro Celso de

⁶¹ Do voto do Ministro Cezar Peluso se extrai: “A conhecer da alegação de fragilidade das provas produzidas na instrução criminal, estaria esta Corte a transpor os limites legais do poder de controle jurisdicional no processo de extradição, para entrar a rejuizar as causas! Não pode fazê-lo. Não se cuida de juízo revisional de sentença estrangeira!” (página 89 do Inteiro Teor do Acórdão proferido na Extradição n. 1085)

Mello⁶².

Ademais, entendeu a Suprema Corte Brasileira que os crimes pelo qual Battisti foi acusado e condenado não se tratavam de crimes políticos, mas sim de crimes comuns, de homicídio qualificado.

Nota-se, da exposição feita no item 1.1 deste trabalho, que as vítimas Lino Sabbadin e Pierluigi Torregiani eram apenas comerciantes, respectivamente, um açougueiro e um joalheiro, sem qualquer vínculo com o Governo ou qualquer órgão do Poder Público Italiano. Tais fatos não passaram despercebidos no já mencionado parecer de Carlos Mário da Silva Velloso ou pelo Supremo Tribunal Federal.

Fundamentou-se o tratamento os crimes como comuns ou políticos utilizando-se conceitos doutrinários e jurisprudenciais. Entendeu-se que para se caracterizar um crime como político, deve ser levado em consideração o bem jurídico lesado, tais como a integridade territorial, a soberania nacional, o regime democrático e o Estado de Direito, em conformidade com o art. 1º da Lei 7.170/83, e a motivação do agente, conforme disposto no artigo 2º da mesma Lei^{63/64}. No entanto, ressalte-se que apenas a motivação do agente praticante do crime não é suficiente para caracterizar um crime como político.

O Ministro Cezar Peluso assim destacou:

“Como se vê, a natureza dos delitos pelos quais o extraditando foi condenado, marcados sobremaneira pela absoluta carência de motivação política, intensa premeditação, extrema violência e grave intimidação social, não se afeiçoa de modo algum ao modelo conceptual de delito político que impede a extradição de

⁶² No julgamento do Processo de Extradicação 524, entendeu o Ministro Relator que “*são limitados, juridicamente, os poderes do Supremo Tribunal Federal na esfera da demanda extradicional, eis que esta Corte, ao efetuar o controle de legalidade do pedido não aprecia o mérito da condenação penal e nem reexamina a existência de eventuais defeitos formais que hajam inquinado de nulidade a persecução penal instaurada no âmbito do Estado requerente. A necessidade de respeitar a soberania do pronunciamento jurisdicional emanado do Estado requerente impõe ao Brasil, nas extradições passivas, a indeclinável observância desse dever jurídico*”. (Ext n. 524. Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 08.03.1991)

⁶³ VELLOSO, Carlos Mário da Silva Velloso. Parecer encomendado pela República Italiana. in *Processo de Extradicação 1.085/República Italiana*. Supremo Tribunal Federal. p. 3.279/3.332.

⁶⁴ Dispõe os artigos da Lei 7.170/83:

Art. 1º - Esta Lei prevê os crimes que lesam ou expõem a perigo de lesão:

I - a integridade territorial e a soberania nacional;

II - o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito;

III - a pessoa dos chefes dos Poderes da União.

Art. 2º - Quando o fato estiver também previsto como crime no Código Penal, no Código Penal Militar ou em leis especiais, levar-se-ão em conta, para a aplicação desta Lei:

I - a motivação e os objetivos do agente;

II - a lesão real ou potencial aos bens jurídicos mencionados no artigo anterior.

súditos estrangeiros, ao menos nos contornos definidos e consolidados pela Corte nos precedentes já mencionados. (...) não ignoro que a extrema violência ou excepcional crueldade que envolveu os crimes comuns atribuídos ao extraditando, por si sós, não teriam força para deferimento do pedido, se, tendo por vítimas outras pessoas, houvessem sido produto de uma ação política concebida em ambiente de luta aberta contra regime totalitário, seja no contexto de uma comoção ou rebelião política, seja no de uma guerra civil, seja em circunstâncias análogas. (...) Os homicídios dolosos, cometidos com premeditação pelo ora extraditando, não guardam relação próxima nem remota com fins altruístas que caracterizam movimentos políticos voltados à implantação de nova ordem econômica e social. Revelam, antes, puro intuito de vingança pessoal, enquanto praticados contra dois policiais, cujas funções eram exercidas em presídios que abrigavam presos políticos e comuns (I), e dois comerciantes que teriam reagido a anteriores tentativas de assalto a seus estabelecimentos (II). Acrescente-se que o homicídio de Antonio Santoro, agente de custódia da prisão de Udine, teria sido motivado por sua atividade profissional no cárcere, além de possíveis desavenças pessoais durante o período em que Battisti, já criminoso comum, esteve detido naquela unidade carcerária”.⁶⁵

No mais, o Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal utilizou-se dos conceitos determinados no Manual de Procedimentos e Critérios para Determinar a Condição de Refugiado Político, de 2004, do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados – ACNUR, especificamente no artigo 56⁶⁶. E, ainda, a regra constante no artigo 1-F, b, da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, adotada pela Conferência das Nações Unidas em 1951, que, por sua vez, foi refletida na Lei n. 9.474/97⁶⁷.

O Acórdão do Supremo Tribunal Federal destacou, também, a questão sobre o suposto “fundado temor” de perseguição, alegado pela defesa de Battisti. Tal questão traz íntima relação com a caracterização dos crimes de que foi acusado e condenado.

Como já visto e ressaltado diversas vezes, concluiu-se que os referidos crimes não possuem qualquer caráter político, sendo crimes comuns, de forma que não fez jus o extraditando à concessão de refúgio.

Mais uma vez, cumpre destacar que este entendimento do Supremo Tribunal Federal não foi unânime, tendo o Ministro Marco Aurélio, em sentido

⁶⁵ Supremo Tribunal Federal, Extradicação n. 1085, Op. Cit., p. 142.

⁶⁶ “56. Deve-se distinguir perseguição de punição pela prática de crimes comuns. As pessoas que fogem de um processo criminal ou da execução de uma pena imposta por infrações dessa natureza, em geral, não são refugiadas. Convém lembrar que um refugiado é uma vítima – ou uma vítima potencial – da injustiça e não alguém que foge da justiça.”

⁶⁷ “1- F. As disposições desta Convenção não serão aplicáveis às pessoas a respeito das quais houver razões sérias para pensar que:

(...)

b) elas cometeram um crime grave de direito comum fora do país de refúgio antes de serem nele admitidas como refugiados.”

contrário, afirmado que os crimes pelos quais Battisti foi condenado, foram praticados em época conturbada, em que o Estado Italiano reprimia diversos grupos políticos radicais e violentos, tanto de esquerda como de direita, dentre os quais se encontrava o PAC, tendo os homicídios sido praticados com o objetivo de subverter a ordem estatal⁶⁸.

Especificamente no que diz respeito à relação ao “fundado temor” o Supremo Tribunal Federal afastou tal alegação, não apenas pela característica do crime, mas também em função de fatos históricos e condições atuais do regime democrático italiano.

A defesa de Battisti, a todo momento, ao longo dos processos perante a Justiça Francesa, perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, perante o CONARE e o Supremo Tribunal Federal, sempre manteve a alegação de que era perseguido por seus ideais políticos de esquerda.

Não obstante, conforme afirmou Cezar Peluso no julgamento do processo de Extradicação n. 1085, esta alegação não possuiria fundamentação histórica⁶⁹.

⁶⁸ Supremo Tribunal Federal, Extradicação n. 1085, Op. Cit., p. 358/359.

⁶⁹ Apesar de se tratar de uma questão controvertida, o Ministro Cezar Peluso entendeu que, historicamente, durante os “anos de chumbo”, não houve perseguição política em razão de determinado grupo ser de esquerda, como alega a defesa de Battisti. Fundamentou este entendimento na narrativa do historiador britânico David Hine (folhas 52/64 do Acórdão), citando, ainda, artigo de opinião, de Pedro del Picchia, que foi correspondente da Folha de São Paulo, em Roma, Itália, nos anos de 1978 a 1981. Tal artigo foi reproduzido na íntegra no referido voto e, assim o colacionamos aqui: *“Não conheço o processo. Mas, seguramente, sei que Battisti não era, nos anos 70, um perseguido político por um regime ditatorial. Após a queda do regime fascista e o fim da Segunda Guerra Mundial, o povo italiano decidiu pela instauração do regime republicano, por meio de referendo, em 2 de junho de 1946, colocando fim à monarquia. Na mesma data foi eleita a Assembleia Constituinte. A nova Carta entrou vigor no dia 1º de janeiro de 1948, afirmando em seu artigo 1º que “a Itália é uma República democrática”. Mais adiante estabelece o voto universal, a liberdade partidária e o sistema parlamentarista de governo. Com a introdução de emendas ao longo dos anos que não modificaram sua essência, a Constituição de 48 permanece em vigor. Nesse contexto, vivi na Itália de 1978 a 1981, trabalhando como correspondente desta Folha. Acompanhei de perto os inúmeros atos terroristas praticados à época por grupos de esquerda e de direita. Em dezembro de 1970, ocorreu uma tentativa fracassada de golpe de Estado por parte da extrema direita. Este fato acalhou os ânimos dos agrupamentos de extrema esquerda, que se tornaram mais ousados. As Brigadas Vermelhas, que surgiram em meados de 1970 ainda sob os ecos radicais do movimento de 1968, logo ganharam notoriedade por suas ações violentas. Os ideólogos das Brigadas diziam que estavam dando continuidade à Resistência. Se os “partigiani”, nos anos 40, lutaram contra o fascismo e a ocupação alemã, os “brigatisti” estavam dando continuidade à “luta de libertação nacional”, agora contra o “Estado Imperialista das Multinacionais” - da sigla SIM em italiano. Depois de ferir e assassinar dezenas de “inimigos de classe”, as Brigadas Vermelhas cometeram seu ato mais audacioso com o sequestro e assassinato de Aldo Moro, em 1978, que cobri para a Folha. Moro era uma espécie de paradigma moral da Democracia Cristã - partido que liderava a coalizão de governo na época. O grupo Proletários Armados pelo Comunismo entrou em cena na segunda metade dos anos*

Com base no relato de Pedro del Picchia e do historiador David Hine, entendeu o Supremo Tribunal Federal que Cesare Battisti, não era à época dos fatos (1978 e 1979), um perseguido político, entendendo a Corte, ainda, que não havia regime ditatorial de direita na Itália, tratando-se de um estado democrático de direito, com representantes eleitos pelo povo.

Importante destacar que, ainda que houvesse qualquer tipo de regime de exceção na Itália nos anos 1970, quando os crimes foram executados e na década de 1980, quando houve a condenação, hipótese que foi afastada pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, há que se considerar que o fundado temor de perseguição política, como fundamento para a concessão de refúgio e como causa impeditiva da extradição, deve ser atual, o que não se verificou no presente caso⁷⁰.

70, na crista das ações espetaculares das Brigadas. É importante deixar claro que, diferentemente da opinião de alguns analistas brasileiros, o governo da Itália não era de extrema direita no final dos anos 70. Provavelmente até havia infiltração de gente de extrema direita nos serviços secretos italianos. Na ocasião, comentou-se e especulou-se muito sobre isso. Mas o governo, propriamente, era constitucional, democrático, com um Parlamento eleito pelo povo no pleito histórico de 1976, quando o Partido Comunista Italiano quase venceu a Democracia Cristã. Aliás, o PCI sempre foi contra os grupos terroristas, de esquerda e de direita. Tachava-os de antidemocráticos.

Essa também era a opinião do presidente da República, Sandro Pertini, que jamais poderia ser tachado de conivente com a direita. Pertini, socialista histórico, uma lenda da esquerda europeia, foi companheiro de cárcere de Antonio Gramsci - ambos presos pelo regime fascista. Uma das razões para o assassinato de Moro, segundo inúmeros analistas, foi o fato de ele defender um entendimento direto entre a Democracia Cristã e o PCI. O democrata-cristão e o então líder comunista Enrico Berlinguer propunham por um "compromisso histórico" - uma nova aliança entre as duas maiores forças políticas do país, visando a governabilidade e os avanços administrativos que a Itália requeria para superar o pântano da burocracia, a ineficiência crônica do Estado e enfrentar os desafios da revolução tecno-científica que dava seus primeiros sinais.

Evidentemente, para os extremistas - à direita e à esquerda -, o chamado "compromisso histórico" era inaceitável. Não podiam admitir a aliança entre os dois maiores partidos políticos do país com a finalidade de renovar o Estado que combatiam. Aldo Moro foi assassinado por nostálgicos da Revolução Bolchevique que eram, não apenas leninistas, mas stalinistas - na mais crua e cruel definição desse qualificativo. Os "brigadistas" diziam, então, que estavam "golpeando o coração do Estado".

De fato, esses radicais atacaram o Estado democrático de Direito que, com todas as imperfeições, mantinha-se na Itália - como se mantém até hoje - desde o final da Segunda Guerra. Eles visavam declaradamente tomar de assalto o poder e implantar a "ditadura do proletariado". Até no nome, por exemplo, a organização Proletários Armados pelo Comunismo dizia a que vinha.

Não conheço o processo e, portanto, não sei se o sr. Cesare Battisti cometeu os homicídios a ele atribuídos.

Mas, seguramente, sei que ele não era, nos anos 70, um perseguido político por um regime ditatorial. Ao contrário, na vigência do Estado de Direito, ele optou, por vontade própria, pela subversão da democracia e, para isso, aceitou e incentivou o recurso às armas e ao terrorismo".

⁷⁰ Neste sentido afirmou o Ministro Relator Cezar Peluso: "a situação política do Estado italiano, em dada quadra histórica, a toda evidência não pode ser considerada causa atual de algum fundado temor de perseguição futura por motivos políticos, pela razão mais que óbvia

Isto é, admitir que o extraditando possui fundado temor de perseguição, de que seus direitos seriam violados pelo Estado Italiano, nos dias atuais, seria afirmar que permanece em vigor regime de exceção na Itália, hipótese esta que seria absurda no entendimento do Supremo Tribunal Federal⁷¹.

Por estas razões e outras, decorrentes do afastamento das demais alegações da defesa, irrelevantes para ao desenvolvimento deste estudo (tal como a contração de matrimônio e a existência de filhos), o Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos, decidiu, em 16 de dezembro de 2009, deferir o pedido de extradição de Cesare Battisti.

Por fim, decidiu a Corte, também por maioria dos votos, que o deferimento do pedido de extradição, não vincula o Presidente da República, cabendo a ele o “ato definidor”, para que seja determinada, ou não, a entrega do extraditando.

Esta decisão foi tomada com base no texto legal constante no art. 89, parágrafo único, cumulado com os artigos 60 e 90, todos da Lei n. 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro), vigente à época da decisão⁷² e os incisos VII e VIII do artigo 84 da Constituição Federal de 1988.

Entretanto, decidiu-se, na fundamentação da decisão, que a discricionariedade do Chefe do Poder Executivo estaria limitada ao Tratado de Extradição celebrados pelos dois Estados.

Ressaltamos que, sendo este um dos objetos do presente estudo, as razões que levaram a esta decisão e as discussões a elas pertinentes, serão devidamente

de, supondo-se então verdadeira, já não viger agora, a menos que, contra a evidência das coisas notórias, se pretenda sugerir que o regime de governo da Itália continuaria sendo ainda hoje arbitrário ou de exceção. A presunção, aqui, é oposta, na medida em que, reputando-se ali vigente ordem jurídico-constitucional democrática, nada justifica sequer remoto receio de que, deferida a extradição, o extraditando não veria respeitados seus direitos constitucionais.” (Supremo Tribunal Federal, Extradição n. 1085, Op. Cit, p. 49/50).

⁷¹ Ibid. p. 50.

⁷² Dispõe o artigo 89, caput e parágrafo único:

Art. 89. Quando o extraditando estiver sendo processado, ou tiver sido condenado, no Brasil, por crime punível com pena privativa de liberdade, a extradição será executada somente depois da conclusão do processo ou do cumprimento da pena, ressalvado, entretanto, o disposto no artigo.

Parágrafo único. A entrega do extraditando ficará igualmente adiada se a efetivação da medida puser em risco a sua vida por causa de enfermidade grave comprovada por laudo médico oficial.

Dispõe o artigo 60:

Art. 60. O estrangeiro poderá ser dispensado de quaisquer penalidades relativas à entrada ou estada irregular no Brasil ou formalidade cujo cumprimento possa dificultar a deportação.

Dispõe o artigo 90:

Art. 90. O Governo poderá entregar o extraditando ainda que responda a processo ou esteja condenado por contravenção.

analisadas em capítulo próprio.

É importante constarmos, neste contexto, que, justamente em razão não ter sido, a decisão, unânime, sua relevância é extrema. Isso porque, dela, é possível extrair a complexidade da matéria e os diversos efeitos sob o aspecto da soberania do Estado, em especial na condução das relações internacionais e da política externa, o que é decisivo, a bem da verdade, ao deslinde da questão.

Por mais que as questões políticas devam ser expurgadas do trabalho, é de relevância a compreensão do cenário. O conceito kelseniano, de que direito não se afigura ao de moral, é apenas putativamente aplicado, já que, no fundo, política e direito são indissociáveis.

1.3.1.

A Reclamação n. 11.243

Antes de dar início ao relato sobre a Reclamação n. 11.243, cumpre esclarecer que o processo de Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal tem respaldo no artigo 102, I, “I”, da Constituição Federal de 1988⁷³, nas hipóteses de descumprimento, seja pelas instâncias inferiores, seja por órgãos da administração pública, de decisões proferidas pela Corte Maior.

Especificamente sobre os atos administrativos, o artigo 103-A, parágrafo 3º da Constituição Federal de 1988 é expresso ao determinar que também é cabível a reclamação contra o ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável⁷⁴.

A natureza jurídica da Reclamação Constitucional é controvertida, sendo

⁷³ Dispõe a Constituição Federal de 1988:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

⁷⁴ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.

entendida por alguns autores como uma ação autônoma e, por outros, como recurso, não obstante, o seu objetivo não se discute⁷⁵. Trata-se de fazer valer uma decisão anteriormente proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

É importante salientar que, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a Reclamação não é admissível quando possuir caráter preventivo, ou seja, quando objetiva evitar uma decisão futura⁷⁶. Este não é o caso da Reclamação feita pelo Estado Italiano, porém essa observação será relevante mais adiante.

Em 04 de fevereiro de 2011, a República Italiana formulou a Reclamação n. 11.243, ante a negativa do Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva de entregar Cesare Battisti para as autoridades italianas, após o deferimento da sua extradição pelo Supremo Tribunal Federal⁷⁷.

Arguiu o Estado Italiano que a decisão do Presidente da República descumpriu não apenas a decisão proferida pela Corte, como também, o Tratado de Extradição firmado entre o Brasil e a Itália.

No voto do Relator Ministro Gilmar Mendes, este reiterou as razões que já haviam sido expostas no seu voto nos autos do processo de Extradição n. 1.085, pelas quais entendia que a decisão do Supremo Tribunal Federal vinculava o Presidente da República, sendo facultativo a ele apenas adiar a entrega do

⁷⁵ Neste sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “a reclamação, qualquer que seja a qualificação que se dê – ação (Pontes de Miranda, Comentários ao Código de Processo Civil, tomo V/384, Forense), recurso ou sucedâneo recursal (Moacyr Amaral dos Santos, RTJ 56/546-548) (...) configura, modernamente, instrumento de extração constitucional, inobstante a origem pretoriana de sua criação, destinado a viabilizar, na concretização de sua dupla função de ordem político-jurídica, a preservação da competência e a garantia da autoridade das decisões do STF (CF, art. 102, I, “I”) e do STJ (CF, art. 105, I, “F”). (Reclamação n. 336, Relator Ministro Celso de Mello, DJ 19/12/1990)

⁷⁶ Neste sentido: “A admissibilidade da reclamação pressupõe a existência de ato concreto do qual resulte afronta à competência do Supremo Tribunal Federal ou à garantia de suas decisões. O remédio constitucional não tem caráter preventivo, de modo que não serve para inibir exercício da função jurisdicional, sobretudo quando não se lhe pode prever o teor da decisão. (...) Assim, considerando-se a natureza preventiva do pedido, deduzido contra ato futuro e de conteúdo incerto, não há que se falar nem excogitar afronta atual à autoridade da decisão proferida.” (Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo Regimental na Reclamação n. 4.058/Bahia. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ: 17/02/2010). Ainda: “Não cabe reclamação contra ato futuro indeterminado. A reclamação pressupõe a prática de ato específico para que possa ser conhecida.” (Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Reclamação n. 3.982. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJ: 19/11/2007)

⁷⁷ Além da Reclamação n. 11.243, foram também ajuizadas a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.583, pelo Partido Democratas e uma ação popular, Ação Cível Originária n. 1.722, por Fernando Destito Francischini, ambas contestando a decisão do Presidente da República de negar a entrega do extraditando Cesare Battisti. No entanto, ambas foram julgadas prejudicadas, uma vez que a matéria já estava em discussão na referida Reclamação.

extraditando, em atendimento aos requisitos legais do Estatuto do Estrangeiro e do Tratado de Extradução⁷⁸.

Ademais, entendeu o Ministro que a decisão do Chefe do Poder Executivo estaria vinculada, ainda, ao Tratado de Extradução celebrado entre o Estado Italiano e o Brasil.

Restou vencido o Ministro Relator, tendo o Supremo Tribunal Federal reconhecido que, ainda que deferido o pedido de extradição pela Corte, a entrega do extraditando seria de prerrogativa do Presidente da República, o qual poderia decidir pela não entrega, como ocorreu de fato, sem que esta decisão do Chefe do Poder Executivo pudesse ser reexaminada pelo Tribunal.

Destaca-se que, ainda que a decisão do Presidente da República esteja vinculada ao Tratado de Extradução, concluiu-se que eventual descumprimento do Tratado seria matéria a ser discutida mediante instrumentos do direito internacional e não no âmbito do Supremo Tribunal Federal, pois que escaparia à sua competência.

⁷⁸ Extrai-se do voto do Ministro Gilmar Mendes: “No processo de extradição, portanto, não se pode confundir o trânsito em julgado da decisão que defere o pedido de extradição com o alegado “esgotamento” da competência jurisdicional do Supremo Tribunal Federal. Nessa terceira fase, o STF continua a exercer sua precípua função de, no processo de extradição, resguardar a incolumidade do ordenamento constitucional e dos direitos fundamentais do extraditando. Nesse sentido, a Corte também assegura a efetiva entrega do extraditando ao país em que foi ou será processado e julgado. Com isso, ela cumpre seu papel primordial na defesa da ordem constitucional no Estado Democrático de Direito. A jurisdição do STF sobre o extraditando apenas se encerra com a sua definitiva entrega ao Estado requerente. (...) Há de se admitir que certa confusão se instalou na própria doutrina sobre a questão relativa ao dever de cumprimento, por parte do Poder Executivo, da decisão do STF que defere a extradição. As considerações doutrinárias, no entanto, nunca sustentaram a possibilidade de não cumprimento, pelo Presidente da República, do pronunciamento do STF. Análise mais acurada permite afirmar que, em verdade, o que sempre se defendeu é que, nessa terceira fase do processo extradicional, uma vez atestada a higidez da extradição em processo jurisdicional no STF, poderá o efetivo cumprimento da decisão demandar medidas administrativas de competência exclusiva do Poder Executivo, tal como o adiamento da entrega pelo fato de o extraditando já estar sendo processado ou estar cumprindo pena por outro crime no Brasil. A tão falada discricionariedade do Poder Executivo existirá, portanto, quando o extraditando ‘estiver sendo processado, ou tiver sido condenado, no Brasil, por crime punível com pena privativa de liberdade’ situação em que poderá o Presidente da República, segundo seu prudente critério, e avaliadas as condições fixadas em tratado bilateral de extradição (se houver), optar entre a postergação da entrega do estrangeiro ao término do processo ou ao cumprimento da pena, ou, ainda, proceder à imediata colocação do extraditando à disposição do Estado requerente (art. 89 da Lei n.º 6.815/80), caso vislumbre com isso melhor atendimento ao interesse nacional. Assim, ao se afirmar que a decisão do Supremo Tribunal Federal é meramente autorizativa e que, na terceira fase do processo extradicional, poderá o Executivo apreciar a conveniência quanto ao cumprimento da decisão, na verdade está-se a dizer que existem medidas de cunho administrativo, necessárias à execução da extradição, que se submetem à apreciação governamental, mas que estão delimitadas por preceitos normativos contidos na lei interna do Estado requerido, em tratado internacional e no próprio acórdão concessivo da extradição” (Páginas 18-23 do Inteiro Teor do Acórdão proferido nos autos da Reclamação n. 11.243)

Em que pese o voto contrário proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, esta decisão no processo de Reclamação, em verdade, somente reiterou o que já havia sido decidido pela maioria da Corte, no julgamento do processo de extradição de Battisti, tendo sido exaurido no julgamento da extradição os argumentos que levaram à conclusão pela faculdade do Presidente da República de entregar o extraditando.

Por ora, destacamos que, a nosso ver, a Reclamação foi corretamente não conhecida, pois, como visto, este instituto tem por objetivo questionar o descumprimento de uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, o que não se verifica no caso.

Independentemente de se concordar, ou não, com a decisão, no processo de Extradição n. 1085, que determinou ser da competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo proceder à entrega do extraditando, sendo uma faculdade sua nega-la, mesmo após a decisão do Supremo Tribunal Federal deferindo a extradição, fato é que tal faculdade foi então determinada, de forma prévia.

Assim, não é possível vislumbrar, ante a decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos do processo de Extradição n. 1085, descumprimento desta por parte do Presidente da República.

Destacamos que, a nosso ver, não deve ser confundido eventual descumprimento de um tratado internacional com o descumprimento de uma decisão judicial proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, concordamos com a decisão da Corte no sentido de que eventuais descumprimentos do Tratado de Extradição, tal como o descumprimento de qualquer outro tratado entre dois Estados Soberanos não pode ser objeto de análise e julgamento por parte do Supremo Tribunal Federal ou qualquer Corte interna dos Estados⁷⁹.

⁷⁹ Giuliana Ziccardi Capaldo, Professora da Universidade de Salerno, propõe a utilização da Corte Internacional de Justiça como uma Suprema Corte Internacional, hábil a dar uma solução para o conflito gerado pelo caso de extradição de Cesare Battisti. Contudo, destaca que antes da submissão do caso à Corte Internacional de Justiça em Haia, é necessário que se estabeleça um processo de conciliação, conforme previsto no artigo I da Convenção de Conciliação e Solução Jurídica firmada pelo Brasil e a Itália em 1954, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 129 de 1955. Considerando que o processo de conciliação não vincula as partes, sendo facultado às mesmas aceitar, ou não, as propostas da comissão de conciliação, conforme foi determinado no artigo XVI da referida Convenção, então poderá ser solicitado que a controvérsia seja submetida à Corte Internacional de Justiça, a qual, por sua vez, profere decisões vinculativas. (CAPALDO, Giuliana Ziccardi. A Role for the International Court of Justice as a Global Supreme Court: A Proposal for a Judicial Solution to the Battisti Extradition

A análise dos argumentos que levaram à esta decisão e seus efeitos serão objeto do estudo em capítulo próprio, mais adiante.

1.3.3.

O Habeas Corpus n. 136.898

No atual cenário político brasileiro, por mais que o trabalho vise somente à análise dos aspectos jurídicos, não se pode desconsiderar que a saída da presidente Dilma Rousseff, a qual era afastada por meio de processo de *impeachment*, teve um efeito sobre o caso que se estuda.

Em 2016 o Brasil sofria, certamente, fragilidade política, possivelmente o cenário perfeito para que fosse reacendida a discussão sobre o caso Battisti.

É inegável que Cesare Battisti foi beneficiado, em 2010, por uma decisão do então Presidente da República que possuiu um claro pano de fundo político.

Como dito na introdução deste trabalho, não pretendemos fazer nenhum juízo de valor ou análise sobre este aspecto político. Contudo, não podemos deixar de apontar a sua existência.

Ante a continuidade, a consistência, que se seguiu no governo de Dilma Rousseff, é seguro presumir que Cesare Battisti tenha tido alguns anos de tranquilidade sobre a sua situação no país, assim como teve nos anos do governo de François Mitterrand na França.

Após o fim do processo de *impeachment* de Dilma Rousseff, assumindo a presidência Michel Temer, houve uma mudança na situação de Battisti.

Frise-se que esta mudança, quando da impetração do Habeas Corpus, se tratava apenas de uma alegação de Battisti e sua defesa. Isto pois, desde o fim do processo de *impeachment* e da posse do Presidente Michel Temer, não houve nenhum tipo de manifestação pública, formal ou mesmo informal, por parte do atual governo em relação à Battisti, seja em favor da sua extradição, ou não.

Ainda assim, foi impetrado o Habeas Corpus n. 136.898 em favor de Cesare Battisti. Neste, os impetrantes alegaram que a mudança de governo gerou:

“fundado temor do Paciente de que o atual governo brasileiro própria ou

mediante provocação por parte do Estado da Itália reveja a decisão anteriormente proferida pelo Chefe do Executivo e determine sua extradição”⁸⁰.

O referido Habeas Corpus foi fundamentado na alegação de decadência do direito da Administração Pública de anular atos administrativos, ilegalidade de se proceder à deportação ou expulsão do paciente, por se tratar de tentativa disfarçada de extradição não autorizada, contração de matrimônio⁸¹, existência de filho menor de idade e prescrição da pretensão executória do Estado Italiano.

Requeru, assim, além de que fosse impedida a sua extradição, que fosse determinado o trancamento da Ação Civil Pública, cuja sentença determinou, em primeira instância, a sua deportação.

Em 15 de setembro de 2016, o Ministro Luiz Fux, em decisão monocrática, negou seguimento ao Habeas Corpus.

Em sua decisão, o Ministro Fux, não acolheu nenhum dos argumentos apresentados por Battisti, fundamentando a decisão na ausência elementos ou provas da existência de ato concreto de ameaça ou cerceio ilegal de sua liberdade.

Entendeu o Ministro que o impetrante se limitou a apresentar afirmações genéricas sobre uma suposta perseguição por órgãos estatais.

Como ressaltamos acima, o atual governo não se manifestou de nenhuma forma, a respeito da pessoa de Cesare Battisti e sua situação no Brasil.

Acerca das alegações de decadência do direito da Administração Pública de anular atos administrativos, da contração de matrimônio com brasileira, da existência de filho brasileiro dependente econômico e da prescrição da pretensão executória, concluiu a decisão que estas são matérias exclusivas a serem analisadas em sede da extradição, de forma que inadmissível a sua rediscussão no âmbito da ação de habeas corpus.

Por fim, afirmou o Ministro que os institutos da deportação e da expulsão, estão inseridos na esfera da discricionariedade do Poder Executivo:

“Assim, a deportação é ato de competência do Departamento de Polícia Federal. Da mesma forma, a expulsão se insere no rol de competências do Presidente da

⁸⁰ Petição Inicial no Habeas Corpus n. 136.898. p. 04.

⁸¹ Sobre a contração de matrimônio, alega a defesa que, apesar do artigo 75, inciso II, alínea “a” do Estatuto do Estrangeiro dispor que não se procederá à expulsão quando o estrangeiro tiver cônjuge brasileiro do qual não esteja divorciado ou separado, de fato ou de direito, e desde que o casamento tenha sido celebrado há mais de 5 (cinco) anos, esta vedação deve ser estendida para o instituto da deportação, ao argumento de que a Constituição Federal confere proteção especial à família no artigo 226.

República, consoante previsão no próprio Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/1980)”⁸².

Esta decisão foi objeto de Agravo Regimental que, por sua vez, foi desprovido pelo Tribunal em decisão publicada em 22 de maio de 2017 e, em 12 de setembro de 2017, houve o trânsito em julgado do processo.

1.3.4.

A Reclamação n. 29.066

No dia 4 de outubro de 2017, Cesare Battisti foi preso por agentes da Polícia Federal, em Corumbá, Mato Grosso do Sul, ao tentar cruzar a fronteira do Brasil com a Bolívia, quando estava a bordo de um taxi boliviano. Na ocasião, Battisti afirmou que estava indo pescar, porém não foram encontrados equipamentos de pesca. A prisão foi feita sob a suspeita de evasão de divisas, uma vez que tentava deixar o Brasil com determinada quantia, não declarada, de moeda estrangeira, a qual ultrapassava o limite de R\$10.000,00 (dez mil reais). Tal fato foi, à época, amplamente divulgado pelos meios de comunicação.

Em vista da prisão, foi impetrado novo Habeas Corpus em seu favor, de n. 148.408, alegando a defesa de Battisti que o Estado Italiano havia formulado “pedido sigiloso” para o Presidente da República, Michel Temer, para que este revisasse a decisão de seu antecessor, e entregasse Cesare Battisti para as autoridades italianas.

Neste Habeas Corpus, o Ministro Luiz Fux deferiu pedido liminar, com o fim de obstar eventual extradição de Battisti, até o seu julgamento final.

Posteriormente, em decisão monocrática, o Ministro Relator recebeu a inicial do Habeas Corpus como Reclamação, determinando sua reautuação⁸³.

Assim, passou a tramitar no Supremo Tribunal Federal a Reclamação n.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 136.898/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. Acórdão publicado no DJE em 20/09/16. p. 7/8.

⁸³ Nota-se, aqui, uma inconsistência nas decisões do Ministro Luiz Fux no julgamento do Habeas Corpus n. 136.898 e do Habeas Corpus n. 148.408. Isto pois, no julgamento do primeiro, determinou o Ministro que “*não há que se falar em recebimento do presente habeas como reclamação, pois inviável a fungibilidade entre os institutos quando presente o erro grosseiro, visto que o objeto cognoscível desses instrumentos de impugnação constitucionais não se confundem*”. Contudo, o no julgamento do segundo, o Ministro recebeu a inicial do Habeas Corpus como Reclamação, determinando a sua reautuação. A nosso ver, não há razão para diferença nos julgamentos.

29.066, na qual a defesa requer que a liminar seja convertida em sentença definitiva para obstar extradição, deportação ou expulsão de Battisti.

A defesa fundamentou o cabimento da Reclamação alegando que qualquer ato no sentido de extraditar, deportar ou expulsar Battisti violaria decisão anteriormente proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação n. 11.243.

Discorreu na petição inicial os mesmos argumentos, já conhecidos, de decadência do direito da Administração Pública de anular seus próprios atos, a contração de matrimônio, a existência de filho, brasileiro, menor de idade e a prescrição da pretensão executória do Estado Italiano.

Ressalte-se que os três últimos argumentos já haviam sido exaustivamente afastados no Acórdão no processo de extradição n. 1085, bem como no julgamento do Habeas Corpus n. 136.898 o Ministro Luiz Fux já havia determinado as matérias relativas ao matrimônio, filhos e a prescrição da pretensão executória do Estado Italiano não poderiam ser apreciadas, tendo sido exauridas no âmbito do processo de extradição. Ainda assim, a defesa insiste em tentar uma reapreciação das questões.

Assim, entendemos que estas matérias não são apreciáveis, novamente, em sede desta Reclamação.

Foi requerido, ainda, o trancamento da Ação Civil Pública n. 0054466-75.2011.4.01.3400, em tramite da 20ª Vara Federal de Brasília.

Em janeiro de 2018, foi determinada a intimação do Presidente da República, do Juízo da 20ª Vara Federal de Brasília, do Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública e do Ministro de Estado das Relações Exteriores, para que fossem prestadas informações.

Até o dia 21/02/2018 haviam sido juntadas petições de informações do Juízo da 20ª Vara Federal do Distrito Federal, da Advocacia Geral da União e do Ministério de Estado da Justiça. Em 12/03/18 foi juntada a manifestação da Procuradoria Geral da República e, em 13/03/18, o processo foi à conclusão para o Relator, pendente de decisão.

Em resposta, o Juízo da 20ª Vara Federal do Distrito Federal informou que houve o julgamento da Ação Civil Pública n. 0054466-75.2011.4.01.3400, tendo sido a mesma procedente. Seguiu a petição informando os fundamentos da sentença, que serão vistos no próximo item, bem como informou que o processo se encontra suspenso.

O Ministério de Estado da Justiça e a Advocacia Geral da União teceram considerações similares, com os mesmos argumentos, utilizando-se do mesmo parecer, afirmando, ambas, que incabíveis os argumentos de contração de matrimônio, existência de filhos e prescrição da pretensão executória, pois que matérias que devem ser analisadas exclusivamente na extradição, não podendo ser rediscutidas em sede de Habeas Corpus ou de Reclamação.

Argumentaram, ainda, ser possível a revisão do ato pelo Presidente da República, porquanto se trata de ato político, discricionário, conforme entendeu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da extradição de Battisti.

Por fim, informaram que inexistia qualquer ameaça concreta de direito, uma vez que *“não foi adotado qualquer procedimento tendente a realizar a entrega do Reclamante à Itália, ou decisão revendo o ato presidencial que decidiu pela não entrega”*⁸⁴.

Neste ponto, há que se evidenciar a importância da linguagem nas manifestações apresentadas.

Em 12/03/18 o site Consultor Jurídico publicou artigo com a seguinte manchete: “PGR diz que Temer pode rever decisão sobre extraditar Cesare Battisti”⁸⁵.

A manchete nos dá a entender que existe, ao menos, uma vontade por parte do atual Presidente da República de rever a decisão. Por outro lado, o breve artigo que segue, explica que a possibilidade de revisão é o que defende o parecer da Procuradoria Geral da República, juntado aos autos do processo de reclamação em estudo.

O Ministério de Estado da Justiça e a Advocacia Geral da União em suas respectivas manifestações negaram, expressamente, a existência de qualquer processo administrativo no sentido de rever a decisão anteriormente proferida pelo então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Por outro lado, analisando-se a íntegra do parecer da Procuradoria Geral da República, tem-se que esta é omissa neste ponto. O texto do parecer não nega a

⁸⁴ Páginas 15/16 da petição de informações n. 00070/2018/CONJUR-MJ-/CGU/AGU (as folhas das petições, decisões e documentos juntados aos autos da Reclamação n. 29.066 não foram numeradas, razão pela qual não há como se determinar especificamente em que folhas do processo se encontram, havendo apenas numeração individualizada de cada uma das petições e decisões).

⁸⁵ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-12/pgr-temer-rever-decisao-extraditar-battisti>. Acessado em 16/03/18.

existência de processo administrativo no sentido de rever a decisão, mas também não afirma a sua existência.

Consta no referido parecer: “De início, observa-se inexistir qualquer ato administrativo **decisório**”⁸⁶. (grifamos)

Veja-se que o texto nega a existência de ato “decisório”, o que é ponto pacífico. De fato, não foi proferida nenhuma decisão sobre o caso de Battisti. Não negando, assim, a existência de processo administrativo.

O que se vislumbra na linguagem do restante do parecer é apenas a defesa da possibilidade de revisão do ato, de forma abstrata.

Lembramos que a petição inicial de Battisti afirma a existência de um processo sigiloso.

Admitimos que o parecer da Procuradoria Geral da República abre uma margem para a alegação da defesa.

Todavia, temos dificuldade em acreditar na existência de tal processo, posto que, a ideia de existência de um processo (seja administrativo ou judicial), cujo sigilo abranja a própria parte interessada, impedindo-a de ter acesso sequer à informação sobre a existência do mesmo, quanto mais ao seu conteúdo, nos parece inconcebível no Estado Democrático de Direito em que vivemos no Brasil, violando as regras mais básicas das garantias e direitos fundamentais e do devido processo legal.

O resultado, teremos que aguardar o desenrolar do processo de Reclamação.

Adiante, em capítulo próprio, será feita uma análise aprofundada das questões trazidas neste processo, especialmente no que diz respeito à possibilidade de revisão do ato.

Não obstante, a princípio, tendemos a afirmar que incabível esta Reclamação, pelas mesmas razões pelas quais era incabível a Reclamação anteriormente feita pelo Estado Italiano, devendo esta ser, igualmente, não conhecida.

Isto pois, primeiramente, até o momento, não foi proferido qualquer ato pela Administração Pública no sentido de proceder com a extradição de Battisti, ou determinar a sua expulsão, tendo o Ministério da Justiça e a Advocacia Geral

⁸⁶ Página 03 do Parecer n. 1/2018 – AJCR/SGJ GAB/PGR, juntado aos autos da Reclamação n. 29.066.

da União negado até mesmo a instauração de qualquer procedimento neste sentido.

Assim, em concreto, não há nenhum ato que tenha cumprido ou descumprido uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, de forma a permitir a sua análise pela Corte. Entendemos que seria necessário um ato concreto, para que seu conteúdo pudesse ser efetivamente confrontado com as decisões do Supremo, a fim de se verificar se houve, ou não, algum tipo de descumprimento.

Na ausência de tal ato, é possível fazer apenas uma análise abstrata daquilo que poderia, eventualmente, ser decidido pelo atual Presidente da República, não havendo sequer certeza sobre o conteúdo da decisão futura.

Lembramos que, conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já citada, é incabível a Reclamação em caráter preventivo, sendo certo que, no caso em estudo, nenhum ato decisório foi proferido pelo Poder Executivo e a Ação Civil Pública, cujo trancamento a defesa requereu, se encontra suspensa.

Ademais, no presente caso, fazendo-se uma análise em abstrato, não vemos, a princípio, como um ato no sentido de proceder com a extradição ou determinar a sua expulsão, afrontasse qualquer das decisões anteriores do Supremo Tribunal Federal.

Isto pois, uma vez que a Corte decidiu pelo deferimento da extradição, ao mesmo tempo em que decidiu pela discricionariedade do Chefe do Poder Executivo no cumprimento da extradição. Entretanto, não veio a proferir qualquer decisão no sentido de que tal ato não pudesse vir a ser revisto ou revogado, no futuro.

Temos, então, que a eventual ato administrativo nesse sentido não viola nenhuma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Eventuais questões sobre a sua legalidade, impossibilidade de revogação de ato administrativo anterior, afronta a um direito adquirido, prescrição e decadência, que são matérias que se pretende estudar, não seriam cabíveis de apreciação em sede de reclamação.

Compartilhamos, pois, do entendimento da Advocacia Geral da União e do Ministério da Justiça⁸⁷, bem como da Procuradoria Geral da República⁸⁸, não

⁸⁷ Neste sentido é o parecer da Advocacia Geral da União: “impõe-se o não conhecimento da presente Reclamação, seja ante a inexistência de ato ou omissão a ser imputado ao Presidente

cabendo reclamação sem que tenha sido praticado qualquer ato e, no mérito, que não há nenhum impedimento para eventual ato revisional, uma vez que se trata de poder discricionário e um ato político⁸⁹.

1.4.

A Ação Civil Pública na Justiça Federal

da República, seja em razão do descompasso do alegado na exordial com o precedente firmado na Rcl n. 11.243. (...) No caso em apreço, contudo, tal como asseverado pela Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil, na forma da Nota SAJ nº. 182/2017, 'não há nenhum ato do Presidente da República no sentido de descumprir o quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Extradicação n. 1.085 ou na Reclamação n. 11.243'. Dessa forma, não restando demonstrada a existência de ato presidencial a ser atacado, impossibilitado está o conhecimento da presente reclamação. No ponto, cumpre registrar que a Rcl nº. 11.243, além de não ter sido sequer conhecida pela Excelsa Corte, não se amolda ao versado nos autos. Como já explicitado nas Informações n. 00150/20 17/CONSUNIÃO/CGU/AGU, o ato extradicional praticado pelo Presidente da República é insindicável em relação tão somente ao Poder Judiciário. Em nenhum momento, os Ministros se manifestaram pela impossibilidade de o próprio Chefe de Estado revisar o ato presidencial anterior. Na hipótese, ao revés, pretende o reclamante, de forma preventiva, obstar sua retirada compulsória do país por ato, frise-se, do Poder Executivo. Dessa forma, não há como se utilizar do citado precedente fixado no bojo da Rcl n. 11.243, pois, como visto, o que ficou sedimentado a respeito da insindicabilidade do ato presidencial no processo extradicional dizia respeito unicamente ao Poder Judiciário, não abarcando, por certo, o Poder Executivo. (...) Oportuno ressaltar, ademais, que o instituto da reclamação constitucional consiste em um instrumento processual destinado, dentre outras hipóteses, à garantia da autoridade de suas decisões, apenas sendo cabível, neste aspecto, quando houver desobediência a alguma decisão do tribunal por parte de algum outro órgão jurisdicional ou administrativo. o que, como visto, não ocorre na espécie, notadamente em relação ao Presidente da República. vez que, como dito, não pretendeu a Excelsa Corte, quando do julgamento da Rcl n. 11.243, impedir com sua decisão a prática de qualquer ato que implique retirada compulsória do reclamante do Brasil, tampouco a revisão do ato presidencial anterior." (Informações n. 00008/2017/CONSUNIAO/CGU/AGU, p. 5-7, juntado aos autos da Reclamação n. 29.066)

⁸⁸ Manifestou-se a Procuradoria Geral da República: "a reclamação é cabível em três específicas hipóteses: usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, ofensa à autoridade de suas decisões ou contrariedade a súmula vinculante (art. 102-I-1 e 103-A-§3º da Constituição). Configura, pois, pressuposto lógico ao manejo desta via a existência de ato administrativo ou decisão judicial que se amolde a uma das hipóteses acima arroladas. (...) A instauração de procedimento administrativo - ainda que de cunho revisional - não é hábil, por si só, a afrontar a autoridade de decisão proferida pela Suprema Corte". (página 03 do Parecer n. 1/2018 – AJCR/SGJ GAB/PGR, juntado aos autos da Reclamação n. 29.066).

⁸⁹ Novamente tem-se a manifestação da Procuradoria Geral da República: "Tampouco há identidade entre o conteúdo da decisão proferida na Reclamação 11.243 e a pretensão do requerente, condição indispensável ao conhecimento da reclamação. A redação do acórdão é suficientemente clara: a decisão do Presidente da República que nega a entrega de estrangeiro para fins de extradicação é insindicável pelo Poder Judiciário. Daí, contudo, não há inferir a impossibilidade de revisão pelo Chefe de Estado da decisão de entrega do estrangeiro. A Suprema Corte já reconheceu que, uma vez autorizada judicialmente a extradicação, a decisão de entrega de estrangeiro é decisão política, afeta à soberania da República Federativa do Brasil, cuja autoridade competente para a decisão é, exclusivamente, o Presidente da República. De todo modo – e ao reverso do quanto alegado pelo reclamante –, o pedido de revisão não busca a anulação do ato, mas sua revogação, uma vez que a decisão que negou a entrega do reclamante a estado estrangeiro reveste-se de natureza discricionária". (página 07 do Parecer n. 1/2018 – AJCR/SGJ GAB/PGR, juntado aos autos da Reclamação n. 29.066).

Em 13 de outubro de 2011 a Procuradoria da República ajuizou a Ação Civil Pública, de n. 0054466-75.2011.4.01.3400, perante a 20ª Vara Federal de Brasília, em face do Conselho Nacional de Imigração, órgão vinculado ao Ministério do Trabalho e Emprego.

Ressaltamos que esta ação não trata do instituto da extradição, que é matéria cuja apreciação é feita, exclusivamente, pelo Supremo Tribunal Federal, tratando apenas de matéria relativa ao instituto da deportação.

Em que pese este instituto não ser objeto deste estudo, trazemos um relato deste caso, sendo este importante, ante a sua atualidade, tendo sido requisitado o seu trancamento na Reclamação n. 29.066, alegando a defesa que se trataria a deportação de uma extradição disfarçada, não admitida em lei.

Esta ação visa a discutir a concessão, pelo referido órgão, de autorização de permanência para Cesare Battisti, ante a vedação à concessão de visto a estrangeiro condenado ou processado em outro país, por crime doloso passível de extradição, disposta no artigo 7º, IV, da Lei 6.815/80. Assim, foi feito requerimento para que fosse declarada a nulidade do ato de concessão de visto de permanência definitivo e que fosse determinado que a União implementasse o procedimento de deportação.

Em 26 de fevereiro de 2015 foi proferida sentença, pela Juíza Federal Adverci Rates Mendes de Abreu, julgando procedente o pedido da Procuradoria da República.

A sentença fundamentou-se no fato de que, ainda que o Presidente da República tenha se negado a entregar Cesare Battisti para o Estado Italiano, o STF entendeu ser possível a sua extradição, considerando que os crimes pelos quais foi condenado, são crimes comuns e não políticos, não se justificando a concessão de refúgio.

Assim, o juízo acolheu a alegação constante na inicial de que a concessão de visto violou o artigo 7º, IV do Estatuto do Estrangeiro.

Ainda, a sentença fundamentou que Cesare Battisti entrou no território Brasileiro de forma irregular, com documentos falsos, fatos comprovados, inclusive tendo sido Battisti condenado na Ação Penal n. 2007.51.01.804297-5, que tramitou na 2ª Vara Criminal Federal do Rio de Janeiro, em fevereiro de 2010, pelo uso de documentos falsos.

Desta forma, entendeu-se que cabível o procedimento de deportação, em

conformidade com os artigos 57 e 58⁹⁰ do mesmo diploma legal.

Esta sentença foi objeto de apelação, ainda não julgada, uma vez que a defesa de Battisti interpôs Exceção de Suspeição e o processo, em primeira instância, se encontra parado desde 2015, pendente o julgamento de Recurso Especial contra a decisão que rejeitou a exceção de suspeição.

Com a presente exposição sobre os principais processos que envolvem o italiano Cesare Battisti, concluímos este primeiro capítulo.

⁹⁰ Art. 57. Nos casos de entrada ou estada irregular de estrangeiro, se este não se retirar voluntariamente do território nacional no prazo fixado em Regulamento, será promovida sua deportação. (Renumerado pela Lei nº 6.964, de 09/12/81)

§ 1º Será igualmente deportado o estrangeiro que infringir o disposto nos artigos 21, § 2º, 24, 37, § 2º, 98 a 101, §§ 1º ou 2º do artigo 104 ou artigo 105.

§ 2º Desde que conveniente aos interesses nacionais, a deportação far-se-á independentemente da fixação do prazo de que trata o caput deste artigo.

Art. 58. A deportação consistirá na saída compulsória do estrangeiro. (Renumerado pela Lei nº 6.964, de 09/12/81)

Parágrafo único. A deportação far-se-á para o país da nacionalidade ou de procedência do estrangeiro, ou para outro que consinta em recebê-lo.

2.

Extradição

2.1.

Conceito do Instituto da Extradição

Inicialmente, importante notar que, para este trabalho, analisamos apenas o instituto da extradição legal, “de direito”, não sendo tratada nenhuma questão relativa à extradição “de fato”, que se dá de forma sumária, sem qualquer atenção às normas legais⁹¹.

Escolhemos não tratar da extradição de fato, uma vez que não se aplica ao caso concreto em estudo.

Sobre a extradição de direito, destacamos que ela pode ser ativa, quando, por exemplo, o Estado Brasileiro requer a extradição de um indivíduo para outro Estado, ou passiva, quando um Estado requer a extradição para o Brasil, como é o caso em que a República Italiana requereu a extradição de Cesare Battisti, primeiramente para o Estado Francês e, posteriormente para o Brasil.

Tal como a expulsão e a deportação, a extradição se trata de medida de saída compulsória do estrangeiro. No entanto, dentre outras diferenças, a extradição envolve uma cooperação entre Estados.

De acordo com Cherif Bassiouni, historicamente, a primeira extradição de que se tem registro, está na Bíblia⁹². Já o primeiro tratado de extradição que se tem registro, teria sido assinado pelo Faraó Ramsés II do Egito, com o Rei Hatusil III, do Império Hitita, aproximadamente, no ano de 1259 AC, e se encontra escrito

⁹¹ A extradição “de fato” é explicada por Gilda Russomano, citando, como exemplo, o estado brasileiro do Rio Grande do Sul que: “Pela circunstância de que, não raro, as fronteiras do Brasil com as nações do Rio da Prata são linhas imaginárias e, até mesmo, ruas comuns a duas cidades sob bandeiras diferentes – reiteradas vezes, a entrega dos delinquentes se faz, sem quaisquer formalismos, por via puramente policial, mediante entendimento direto entre as autoridades locais.” (RUSSOMANO, Gilda. A Extradição no Direito Internacional e Brasileiro. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1973. p. 17)

⁹² No Antigo Testamento, em Juízes, 19-21, é narrado que quando uma das tribos de Israel solicitaram a entrega de indivíduos que eram acusados de estupro e assassinato, e esta foi negada pela tribo dos Benjamitas, culminando, a recusa, em uma guerra entre as tribos.

em hieróglifos, no Templo de Amon, em Karnak⁹³.

Na Europa do século XVIII, ante a constante ameaça de guerra entre os reinos, os soberanos não viam grandes necessidades de cooperar com outros Estados, e constantemente dava asilo à fugitivos⁹⁴.

Conclui-se, assim, que a extradição, no século XVII, tratava-se, unicamente, de uma questão política, não havendo tratados, dependendo a entrega de indivíduos exclusivamente da vontade do soberano, sem atendimento a normas internas ou qualquer tipo de tratado, inexistindo direitos ou garantias aos extraditados.

Atualmente, a extradição não mais depende, exclusivamente da vontade de um soberano ou de um Estado, devendo ser atendidas normas internas e internacionais, as quais tem o objetivo, não apenas de cooperação, mas também de garantias aos direitos dos cidadãos.

No Brasil, o artigo 81 da Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017 (Nova Lei de Migração) determina:

Art. 81. A extradição é a medida de cooperação internacional entre o Estado brasileiro e outro Estado pela qual se concede ou solicita a entrega de pessoa sobre quem recaia condenação criminal definitiva ou para fins de instrução de processo penal em curso.

A redação da Nova Lei de Migração espelha os conceitos há muito trazidos pela doutrina.

Em 1902, o Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira defendeu que, na ausência de um tratado de extradição, é livre ao Estado conceder ou negar a extradição, sendo este um exercício de soberania, fundamentado apenas em razões políticas e de conveniência. Todavia, para o autor, é aconselhável a concessão da extradição, uma vez que as nações devem contribuir para a proteção da ordem jurídica, enquanto a recusa da extradição assegura a impunidade, sendo contrário ao princípio da proteção da ordem⁹⁵.

Florisbal de Souza Del’Olmo, citando Foelix, explica tratar-se a extradição de “ato *‘pelo qual um governo libera indivíduo acusado de um crime ou de um*

⁹³ BASSIOUNI, M. Cherif. *The Legal Framework of Extradition in International Law and Practice*. Oxford University Press, 2015, p. 03-04.

⁹⁴ Ibid., p. 04.

⁹⁵ PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Princípios de Direito Internacional*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2017. Tomo I, p. 233-234.

delito a outro governo, que o reclama a fim de julga-lo e puni-lo em razão desta infração”.⁹⁶

Ainda, Clóvis Beviláqua fundamenta o instituto da extradição nos seguintes termos: “*extradição se organizou como uma cooperação dos Estados, para a defesa da ordem social contra o crime, para a defesa da vida jurídica, em sua luta contra a força desorganizadora da impiedade e da injustiça*”⁹⁷.

Gilda Russomano, por sua vez, caracteriza o instituto da extradição como a forma de se resolver a situação em que “*indivíduos acusados como delinquentes ou já condenados em um país, que se refugiam em outro, tentando escapar às consequências de seus atos*”⁹⁸.

Já Manoel Coelho Rodrigues define a extradição como “ato da vontade soberana de um Estado que entrega à justiça repressiva de outro Estado um indivíduo, por este perseguido e reclamado, como acusado ou já condenado por determinado fato sujeito à aplicação da sua lei penal”⁹⁹.

Ainda, afirma Artur de Brito Gueiros Souza:

“Assim - encarando-a como um atributo da soberania ou como um *procedimento* deduzido em atenção ao interesse de outro país – a extradição é, seguramente, o principal mecanismo da chamada *cooperação internacional na repressão penal*, fazendo com que as fronteiras políticas do Estado não funcionem como fator de impunidade e de não-reparação da lesão perpetrada no *locus commissi delicti*.”¹⁰⁰

Conforme explica Mirtô Fraga, a extradição envolve dois Estados soberanos, sendo ativa com relação ao Estado requerente e passiva quanto ao Estado requerido, não podendo ser “oferecida” ou “espontânea”, devendo o Estado onde se encontra o cidadão perseguido, ser provocado.^{101/102}

⁹⁶ FOELIX, M. *Traité du Droit International Privé*. Tomo II. 4ª ed., Paris: Marescq Ainé Ed., 1866, apud. DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *A Extradição no Alvorecer do Século XXI*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 19.

⁹⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Público Internacional*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1911. p. 126.

⁹⁸ RUSSOMANO, Gilda. *A Extradição no Direito Internacional e Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1973. p. 12.

⁹⁹ RODRIGUES, Manuel Coelho. *A Extradição no Direito Brasileiro e na Legislação Comparada*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 193, Tomo I, p. 3.

¹⁰⁰ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *As Novas Tendências do Direito Extradicional*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 7/8.

¹⁰¹ FRAGA, Mirtô. *O Novo Estatuto do Estrangeiro Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 286/287.

¹⁰² Cumpre esclarecer que o termo “perseguido” aqui utilizado não deve ser interpretado como, necessariamente, uma perseguição ilegal ou injusta, sendo o significado, neste contexto, apenas de busca.

Conclui-se, desta forma, que não há divergências sobre o conceito de extradição, sendo a doutrina pacífica, neste ponto.

Trata-se, pois, de uma ação que envolve uma solidariedade entre os Estados, que buscam um interesse comum, que é a repressão de crimes, problema que afeta a todos os Estados, em maior ou menor grau. Entendemos que esta solidariedade reflete, ainda, um interesse da sociedade que pode não desejar abrigar um criminoso.

Ainda que se possa pensar que o Estado é soberano e, com isso, poderia decidir sobre quem, não sendo nacional, teria direito de permanecer no território, entendemos que a soberania não é um poder absoluto, devendo existir garantias fundamentais e atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, não apenas para nacionais. O estrangeiro, quem quer que seja, não pode ser tratado como inferior ou não merecedor de direitos e garantias fundamentais, apenas pelo fato de estar fora do seu território de origem.

Importante destacar que a extradição difere da expulsão, uma vez que este segundo instituto se trata de um ato de soberania e defesa interna, em que o Estado age sem qualquer provocação, de forma unilateral, enquanto o primeiro trata-se de um ato de defesa internacional¹⁰³.

Ressalte-se que a expulsão, ainda que possua requisitos garantidores das liberdades individuais e respeito à personalidade humana, é praticado por um ato administrativo discricionário, com elementos de conveniência e oportunidade, conforme explica Haroldo Valladão¹⁰⁴.

Este entendimento é o mesmo que se encontra na decisão do Ministro Luiz Fux¹⁰⁵ no julgamento do Habeas Corpus n. 136.898.

O Estatuto do Estrangeiro já previa, e a Nova Lei de Migração manteve, limitações à expulsão, nos casos em que o estrangeiro possua cônjuge brasileiro ou filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependa

¹⁰³ Fraga, Op. Cit., p. 286/287

¹⁰⁴ VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. 5ª edição. Livraria Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1980. Volume I, p. 407.

¹⁰⁵ “Quanto à argumentação relativa aos institutos da deportação e da expulsão, ressalta-se que estão inseridos na esfera da discricionariedade do Poder Executivo. Assim, a deportação é ato de competência do Departamento de Polícia Federal. Da mesma forma, a expulsão se insere no rol de competências do Presidente da República, consoante previsão no próprio Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/1980), *in verbis*: ‘Art. 66. Caberá exclusivamente ao Presidente da República resolver sobre a conveniência e a oportunidade da expulsão ou de sua revogação.’” (Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 136.898, Op. Cit., p. 7.)

economicamente¹⁰⁶.

Tais limitações, a nosso ver, refletem princípios maiores do que a soberania do Estado, colocando em evidência a proteção da família, constante no artigo 226 e a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos em que se constitui o Estado democrático de direito, previsto no inciso III do artigo 1º, ambos da Constituição Federal de 1988. Entretanto, a proteção da família, não se manteve como um princípio maior, quando se está a tratar de uma extradição, conforme será visto.

Destaca-se, ainda, que a expulsão e a deportação, ainda que discricionárias, não podem ser determinadas quando se tratar de uma extradição disfarçada, ilegal.

Isto é, o artigo 53 da Nova Lei de Migração determina que “*não se procederá à deportação se a medida configurar extradição não admitida pela legislação brasileira*”. O artigo 55, inciso I do mesmo diploma legal dispõe sobre a mesma vedação com relação à expulsão¹⁰⁷.

Celso D. de Albuquerque Mello afirmava que os Estados têm dado preferência ao instituto da deportação, muitas vezes sendo esta uma extradição disfarçada, sem observância das leis e tratados que garantem a proteção do indivíduo¹⁰⁸.

Contestamos esta afirmação, sobre a suposta preferência que se tem dado à deportação, uma vez que não encontramos nenhum dado que permita esta conclusão, não sendo a questão levantada por nenhum outro doutrinador que pesquisamos.

O Ministério da Justiça informa que não possui dados estatísticos relativos ao total de estrangeiros deportados ou suas nacionalidades¹⁰⁹. Desta forma, também não é possível obter informações sobre os fundamentos de

¹⁰⁶ Artigo 75, II, “a” e “b” do revogado Estatuto do Estrangeiro e artigo 55, II, “a” e “b” da Nova Lei de Migração, a qual acrescentou, neste mesmo artigo, outras duas causas de impedimento para a expulsão, quais sejam, quando o estrangeiro houver ingressado no Brasil até os 12 (doze) anos de idade, residindo desde então no Brasil ou for pessoa com mais de 70 (setenta) anos que resida no País há mais de 10 (dez) anos, considerados, neste último caso, a gravidade e o fundamento da expulsão.

¹⁰⁷ No atualmente revogado Estatuto do Estrangeiro tais vedações se encontravam previstas nos artigos 63 (deportação) e 71, I (expulsão).

¹⁰⁸ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 1021.

¹⁰⁹ Esta informação consta no Parecer da Controladoria Geral da União, emitido no processo administrativo 08850.002108/2014-41.

cada um dos processos de deportação. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal disponibiliza informações estatísticas que permitem verificarmos que, nos últimos 5 (cinco) anos, foram julgados 199 (cento e noventa e nove) processos de extradição¹¹⁰.

Assim, não temos elementos suficientes para afirmar que a deportação vem sendo utilizada como forma de extradição não admitida em lei.

Apesar dos institutos da deportação e expulsão não serem foco deste estudo, cabe tecer alguns comentários, ante o ajuizamento da Reclamação n. 29.066, em que a defesa de Battisti afirma que a Ação Civil Pública n. 0054466-75.2011.4.01.3400, em tramite na 20ª Vara Federal do Distrito Federal visa proceder à uma extradição não admitida em lei, disfarçada de deportação, tendo requerido, como já visto, ao Supremo Tribunal Federal, que este determinasse o seu trancamento.

Entendemos que este argumento da defesa não procede. Isto pois, uma vez que o Supremo Tribunal Federal deferiu o pedido de extradição, pelas razões que serão expostas adiante, consequentemente entendendo pela sua legalidade, não é possível concluir que a extradição de Battisti não é “admitida em lei”. Ao contrário, entendemos que a extradição é plenamente legal, tendo sua admissão, seus requisitos legais, sido reconhecidos pela Corte.

O fato do extraditando não ter sido entregue às Autoridades Italianas, por ato do então Presidente da República, não torna a extradição ilegal ou inadmissível em lei, em nosso entendimento.

A nosso ver, a extradição permanece tendo atendido aos requisitos legais e sendo admitida pela lei, uma vez que o ato do Presidente da República não se trata de uma decisão em grau de recurso contra a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Tanto não se trata de recurso, que a comunicação do deferimento da extradição ao Presidente da República é feita diretamente pelo Supremo Tribunal Federal, não havendo qualquer tipo de manifestação por parte do extraditando ou do Estado Requerente.

Ademais, admitir tal possibilidade, significaria admitir que o Poder

¹¹⁰ Estatísticas disponíveis em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>.
Acessado em 21/02/18.

Executivo, Autoridade Administrativa, teria competência para julgar e rever decisões do Poder Judiciário, da Corte Suprema, o que é incabível.

2.2.

Requisitos e Princípios da Extradução

Essencialmente, a extradição é realizada para benefício dos Estados soberanos, refletindo relações políticas, não possuindo, os indivíduos, direitos além daqueles previstos no tratado celebrado entre os respectivos Estados. Contudo, com o passar do tempo, em especial após a Segunda Guerra Mundial, convenções internacionais sobre direitos humanos proveram estes indivíduos com maiores garantias e direitos.¹¹¹

O jurista Holandês Hugo Grotius, defendia, em 1625 que, tendo em vista que não é comum que um Estado permita que suas forças armadas entrem em seu território com o fim de punir um ofensor, é necessário que o Estado, no qual o indivíduo ofensor se encontra, mediante comunicação e requisição da parte, do Estado ofendido, proceda à entrega do ofensor, ou venha a puni-lo em seu próprio Estado¹¹².

Trata-se de um entendimento interessante, uma vez que permite um exercício de soberania do Estado, ao decidir não entregar o indivíduo, ao mesmo tempo em que admite a repressão ao crime, evitando a impunidade.

Todavia, inviável face ao nosso ordenamento jurídico. Não apenas as leis internas e os tratados preveem limitações à extradição, retirando o seu caráter de obrigatoriedade como, em regra, não se admite, que sejam executadas penas decorrentes de condenações ocorridas no exterior¹¹³.

¹¹¹ BASSIOUNI, Op. Cit., p. 3.

¹¹² Do original, traduzido: "it is not usual for one state to allow the armed force of another to enter her territories under the pretext of inflicting punishment upon an offender, it is necessary that the power, in whose kingdom an offender resides, should -upon the complaint of the aggrieved party, either punish him itself, or deliver him up to the discretion of that party" (GROTIUS, Hugo. On the Law of War and Peace. Traduzido para o inglês por A.C. Campbell. Batoche Books, Kitchener 2001. p. 217).

¹¹³ Não obtemos informações sobre a possibilidade de execução de sentenças em países estrangeiros uma vez que não é objeto do nosso estudo fazer uma comparação com a legislação interna de outros Estados. Contudo, achamos interessante constar que, no direito internacional, existem diversos acordos para execução de sentenças, especificamente relativo a sentenças proferidas pelo Tribunal Penal Internacional para Ruanda e pelo Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, caracterizando-se uma exceção à regra. Indivíduos condenados por esses Tribunais não ficam presos nas instalações de detenção da ONU, situada em Arusha, Tanzânia,

Para que se proceda à execução de qualquer sentença no Brasil, há que ser feita a sua homologação¹¹⁴. Todavia, o Brasil não homologa sentenças penais estrangeiras com o fim de execução de pena, podendo ser feita a homologação apenas para que produza efeitos na esfera cível, tal como para a reparação de danos materiais. O Código Penal Brasileiro prevê, em seu artigo 9º, a homologação de sentenças estrangeiras apenas com o fim de “obrigar o condenado à reparação do dano, a restituições e a outros efeitos civis” e “sujeitá-lo a medida de segurança”.

Neste sentido, afirma critica Artur de Brito Gueiros Souza:

“Merece registro que esse ato de cooperação internacional tem tratamento restritivo e retrógrado no Brasil, uma vez que o Código Penal, no seu artigo 9º, admite a homologação de sentença estrangeira tão somente para efeitos secundários e de difícil verificação prática – i.e, obrigação de reparação de dano ou sujeição a medida de segurança. Para o efeito principal da condenação – a imposição de pena – não é admissível, de lege lata, a homologação de sentença estrangeira.”¹¹⁵

A não execução de sentença penal estrangeira trata-se de uma questão de soberania nacional e não pode ser utilizada como sucedâneo de processo de extradição, que é o meio adequado para se efetivar a prisão e a repressão aos crimes comuns¹¹⁶.

ou em Haia, sede dos Tribunais. Estes indivíduos cumprem suas penas em diversos outros países que assinaram acordos para a execução das sentenças, tais como, mas não somente, Alemanha, Suécia, Mali e Benin. Contudo, o Brasil não é signatário de nenhum acordo internacional para estes fins. Informações sobre quais criminosos cumprem pena em que país, bem como a íntegra de todos os acordos bilaterais podem ser encontradas no site do Mecanismo para os Tribunais Criminais Internacionais da ONU, no endereço <http://www.unmict.org/en/about/functions/enforcement-of-sentences>. Acessado em 21/02/18.

¹¹⁴ Sobre a execução de sentenças estrangeiras, explica Artur de Brito Gueiros Souza: “Execução de sentença penal estrangeira é o ato de colaboração penal internacional consistente na transmissão, por parte do Estado requerente, ao Estado requerido, do título condenatório transitado em julgado para que, devidamente homologado administrativa ou judicialmente, possa surtir efeitos como se aquela condenação tivesse sido proferida pela justiça do Estado requerido. Trata-se – a execução de sentença estrangeira – de um instrumento que almeja aplicar uma sanção penal regularmente exarada pela justiça de um país no território daquele onde se encontra o condenado, quando impossibilitada a via extradicional. É, portanto, um sucedâneo da inextratibilidade de um determinado condenado, em geral por se tratar de nacional de um Estado que não extradita os seus súditos”. (SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *As Novas Tendências do Direito Extradicional*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 27-28)

¹¹⁵ Idem, p. 28.

¹¹⁶ Neste sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: “As sentenças penais estrangeiras constituem, em regra, atos estatais inexecutáveis em território brasileiro. Isso significa, portanto, que as sanções penais nelas impostas não podem ser executadas no Brasil. Essa ausência de eficácia executiva decorre da circunstância de serem insuscetíveis de

No atual entendimento da doutrina e seguindo-se as normas legais brasileiras e internacionais, temos que incabível este pensamento de que a extradição é, sempre, uma obrigação do Estado Requerido.

Assim, admitimos a possibilidade de enxergar o dever de extraditar como sendo um dever moral, mas não um dever jurídico.

A extradição deve ser fundamentada em tratado¹¹⁷, uma vez que, como visto, se trata de um ato de cooperação internacional, sendo certo que nenhum Estado é obrigado a firmar qualquer tipo de acordo ou tratado de extradição, ou de qualquer outra matéria, sendo esta, uma questão de soberania nacional.

No caso do Brasil, o extraditando possui, ainda, direitos previstos na legislação interna, que podem, ou não, ser refletidos nos tratados celebrados.

Como visto, no item anterior, Lafayette Rodrigues Pereira defendeu que a extradição é recomendada, como uma forma de solidariedade entre os Estados, com o objetivo de manter a ordem jurídica e não assegurar a impunidade.

No entanto, o próprio autor já reconhecia, em 1902, a existência de princípios que devem ser seguidos, tal como a não extradição por crimes políticos, a necessidade de que o ato praticado seja considerado crime, grave, em ambos os Estados, solicitante e solicitado, a não extradição de nacionais, a necessidade de provas mínimas que estabeleçam uma presunção razoável da autoria do crime pelo extraditando e a que o crime tenha sido cometido no território do Estado que requisita a extradição, ou que este tenha competência para julgá-lo¹¹⁸.

homologação, pelo Supremo Tribunal Federal, os atos sentenciais de conteúdo penal emanados de autoridade judiciária estrangeira. A impossibilidade de homologação da sentença penal estrangeira, contudo, não impede que o Estado interessado requeira, ao Governo brasileiro, a extradição do súdito estrangeiro condenado em outro País, tornando efetiva, desse modo, a cooperação jurisdicional na repressão internacional à criminalidade comum. (...) O conteúdo de uma das sentenças estrangeiras homologandas evidencia, no caso em análise, a absoluta impossibilidade de acolhimento do pedido de homologação do ato sentencial no ponto em que este determinou a prisão da parte ora requerida. Torna-se relevante insistir na asserção de que a sentença estrangeira que decretou a prisão de pessoa presentemente domiciliada em território brasileiro não se revela suscetível de homologação pelo Presidente do Supremo Federal. A ação de homologação de sentença estrangeira não pode converter-se em sucedâneo do processo de extradição passiva, que constitui, este sim, o meio instrumental adequado à efetivação, no Brasil, da prisão de súditos estrangeiros reclamados pela Justiça de outros Países.” (Supremo Tribunal Federal - SE n. 5705/Estados Unidos da América. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 17/03/1988).

¹¹⁷ Conforme explica Mirtô Fraga, a expressão “tratado” constante no artigo 76 da Lei n. 6.815/80, é termo genérico, o qual engloba diversos tipos de acordos internacionais, razão pela qual a redação deste artigo foi alterada pela Lei n. 6.964/81, para suprimir o termo “convenção” que existia na sua redação original (Fraga, Op. Cit., p. 289/290).

¹¹⁸ Note-se que Lafayette entende que a atenção a estes princípios deve ocorrer quando não estipuladas normas em sentido contrário. Assim, conclui-se que o autor admite a possibilidade,

Todas essas regras devem ser vistas como uma escolha do legislador, ao redigir as normas internas e como uma escolha política na celebração dos tratados.

Isto é, no caso do Brasil, por exemplo, o legislador constituinte escolheu determinar que não serão extraditados nacionais (artigo 5º, LI). Contudo, percebemos que nada impede que o legislador ao redigir a Constituição ou ao redigir uma lei infraconstitucional, em casos em que a Constituição é omissa, faça uma escolha no sentido de não incluir tal a vedação.

Tem-se, aqui, uma expressão da soberania do Estado.

Sobre os tratados em matéria de extradição, ensina Francisco Rezek que: *“O fundamento jurídico de todo pedido de extradição há de ser um tratado entre os dois países envolvidos, no qual se estabeleça que, em presença de determinados pressupostos, dar-se-á a entrega da pessoa reclamada”*¹¹⁹.

Francisco Rezek aponta que estes tratados são sempre bilaterais.¹²⁰ No entanto, discordamos da afirmação, destacando que o Brasil celebrou acordo multilateral, qual seja, o Acordo de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul, promulgado pelo Decreto n. 4.975, de 30 de janeiro de 2004, de forma que se verifica, na prática, que os tratados não devem ser, necessariamente, bilaterais.

Independentemente da forma como é celebrado um acordo ou tratado de extradição, tem-se que, sem a existência de um, a extradição passa a ser uma faculdade do Estado requerido.

A inexistência de tratado não impede a extradição, podendo haver a promessa de reciprocidade. Esta possibilidade estava prevista no artigo 76 do Estatuto do Estrangeiro, sendo este o entendimento pacificado pelo Supremo Tribunal Federal^{121/122}.

por exemplo, de se proceder à extradição por crime político, quando há previsão expressa neste sentido, estabelecida em tratado, ou mesmo quando o ordenamento jurídico interno de um Estado o permitir. (Lafayette, Op. Cit., Tomo I, p. 234)

¹¹⁹ REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2005. p. 197.

¹²⁰ Ibid., p. 197.

¹²¹ Dentre as mais recentes decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a ausência de tratado e a exigência de reciprocidade foi proferida no julgamento da Extradição n. 1.409/Governo do Reino dos Países Baixos, pela Primeira Turma no qual destacou o Ministro Relator Edson Fachin: “Nos termos do que dispõe o art. 76 da Lei 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro), a exigência de tratado bilateral de extradição entre o Brasil e os Países Baixos é suprida, na espécie, pela promessa de reciprocidade feita pelo Governo requerente: ‘Como o Pedido é baseado na Convenção das Nações contra o Crime Organizado Transnacional (Nova Iorque, 15 de novembro de 2000), fica entendido que os Países Baixos podem, em princípio, oferecer

Ressalte-se, com relação à necessidade de reciprocidade, que esta não exige um compromisso oficial, sendo suficiente a simples promessa.

Vemos neste ponto, mais uma expressão da soberania do Estado, porquanto escolheu estender a possibilidade de se efetuar a extradição, ainda que não tenha sido celebrado nenhum acordo formal nesse sentido.

Temos que a existência de um tratado, por si só, não gera uma obrigatoriedade de se proceder com a extradição, uma vez que o próprio tratado pode prever hipóteses em que o indivíduo não será extraditado.

No caso do Brasil, há ainda hipóteses de impedimento para a extradição, previstas na legislação interna, as quais seguem os princípios e normas internacionais, devendo a legalidade do pedido de extradição ser analisada pelo Supremo Tribunal Federal, sendo tal competência atribuída pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 102, I, “g”.

O artigo 78 da Lei n. 6.815/80, atualmente revogada, determinava, como condições para a concessão da extradição (I) ter sido o crime cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado; e (II) existir sentença final de privação de liberdade, ou estar a prisão do extraditando autorizada por Juiz, Tribunal ou autoridade competente do Estado requerente.

Tais condições foram mantidas no artigo 83 da Nova Lei de Migração, Lei n. 13.445/2017, e se tratam de condições cumulativas.

O fundamento para a primeira condição está no princípio geral da territorialidade da lei penal segundo o qual o criminoso deve responder no local do crime. Vemos a segunda hipótese como uma exceção a este princípio,

reciprocidade ao valioso apoio das autoridades brasileiras para casos análogos.’ (fl. 06)”. Publicado no DJe em 07/04/2016.

¹²² Observe-se que, tendo o Estatuto do Estrangeiro sido revogado pela Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017, que institui a Lei de Migração, o artigo 81 da nova lei determina apenas que: “a extradição é a medida de cooperação internacional entre o Estado brasileiro e outro Estado pela qual se concede ou solicita a entrega de pessoa sobre quem recaia condenação criminal definitiva ou para fins de instrução de processo penal em curso”. Assim, a necessidade de tratado ou reciprocidade passou a constar apenas na redação do artigo 84, sobre a prisão cautelar: “Art. 84. Em caso de urgência, o Estado interessado na extradição poderá, previamente ou conjuntamente com a formalização do pedido extradicional, requerer, por via diplomática ou por meio de autoridade central do Poder Executivo, prisão cautelar com o objetivo de assegurar a executoriedade da medida de extradição que, após exame da presença dos pressupostos formais de admissibilidade exigidos nesta Lei ou em tratado, deverá representar à autoridade judicial competente, ouvido previamente o Ministério Público Federal.”. Após a entrada em vigor da Lei n. 13.445/17 diversos processos de extradição foram julgados pelo Supremo Tribunal Federal, porém nenhum em que fosse abordado o tema da reciprocidade em caso de ausência de tratado entre o Brasil e o Estado requerente.

porquanto envolve a extraterritorialidade da lei penal¹²³.

Gilda Russomano trata esta condição como sendo o “princípio da competência”, o qual estabelece, como requisito para a extradição, que o Estado requerente seja competente para julgar o cidadão que se pretende a entrega, o que não significa, necessariamente, que o crime tenha sido cometido dentro do território do Estado requerente (Russomano, 1973, p. 97/98).

Francisco Rezek aponta, ainda para a possibilidade de mais de um Estado requerer a extradição de um indivíduo, podendo este estar submetido a mais de uma jurisdição, a depender do crime cometido, citando o autor, como exemplo comum dessa hipótese, o crime de tráfico de drogas^{124/125}.

Entendemos que esta regra não traz controvérsia. Podemos até mesmo caracterizá-la como uma questão de bom senso, não sendo razoável que se proceda à extradição de um indivíduo para um Estado que não tem competência para julgá-lo.

A segunda condição, estabelecida pelo artigo 78, II, entendemos, também, como uma questão de razoabilidade, com o objetivo de resguardar garantias do indivíduo. Isto é, não se procederá a extradição quando a sentença ou a prisão tenha sido determinada por quem não possui competência para tal, o que temos como uma determinação razoável e necessária.

Além da reciprocidade e dos requisitos estabelecidos no citado artigo 78 da Lei n. 6.815/80, Gilda Russomano elenca os seguintes requisitos para a extradição¹²⁶:

- a) a punibilidade do fato;
- b) inexistência de prescrição;

¹²³ É exemplo de extradição em caso de extraterritorialidade da lei penal o processo de Extradição n. 330/Estados Unidos da América, de relatoria do Ministro Leitão de Abreu, julgado em 20/03/1975. Neste caso, o Supremo Tribunal Federal deferiu o pedido de extradição contra Francisco Ulisses Scocozza Valiente, nacional do Uruguai, acusado nos Estados Unidos de formação de quadrilha para importar e introduzir no território norte americano grandes quantidades de cocaína e heroína. No caso, Valiente não ingressou no território americano, porém, fez parte da quadrilha, distribuindo as substancias narcóticas ilícitas a outro membro da quadrilha, para que este as levasse em voo com destino ao aeroporto John F. Kennedy, violando, assim, a lei penal americana, mesmo não tendo ingressado no seu território.

¹²⁴ REZEK, Op. Cit., p. 203.

¹²⁵ Em caso de concomitância de pedidos de Extradição por dois ou mais Estados, a Nova Lei de Migração prevê, em seu artigo 85, que deverá ser dada preferência ao pedido do Estado em cujo território a infração foi cometida, estabelecendo, ainda, no parágrafo primeiro, critérios de preferência quando os pedidos forem fundamentados em crimes diversos. Escolhemos não abordar temas relativos a hipótese de concomitância de pedidos, uma vez que não possui relação com o caso concreto objeto do estudo.

¹²⁶ RUSSOMANO, Op. Cit., p. 86-101.

- c) natureza do juízo;
- d) *non bis in idem*; e
- e) princípio da especialidade (ou princípio do efeito limitativo da extradição).

Tais requisitos se encontram elencados, em termos similares, no artigo 77 da Lei n. 6.815/80, com a exceção dos princípios da especialidade e da competência que, como já destacamos, se encontram positivados no artigo 78 da mesma Lei.

Por punibilidade do fato entende-se que não serão extraditados indivíduos que acusados ou condenados pela prática de crimes que não sejam assim considerados no Brasil. Por óbvio, também não será deferida a extradição quando o ato praticado pelo indivíduo não foi considerado crime no Estado requerente.

Entendemos que, a partir do momento em que concluímos que o objetivo do instituto da extradição é a repressão de crimes e o pedido é fundamentado na condenação ou na existência de processo criminal, não se deve admitir a hipótese a mesma ser concedida quando o fato não constituir crime.

Em outras palavras, de forma mais simples, não deve ser admitida a extradição quando fundada apenas no desejo do Estado requerente, no seu “querer por querer”, que o indivíduo volte ao seu território.

Destacamos, ainda neste ponto, que não basta que o crime esteja tipificado na legislação do país requerente e do requerido. Francisco Rezek aponta para a necessidade de que o crime que fundamenta o pedido possua certa gravidade¹²⁷. Novamente, entendemos que a legislação pátria é bem clara, uma vez que o artigo 77, IV do Estatuto do Estrangeiro prevê que o crime deve possuir pena superior a 1 (um) ano, tendo, ainda, a Nova Lei de Migração aumentado a pena mínima para 2 (dois) anos.

Celso D. de Albuquerque Mello aponta esta causa como o “princípio da identidade”, como regente da extradição, pelo qual não será deferida a extradição quando o crime que fundamenta o pedido do Estado requerente não for considerado crime no Estado requerido, conforme dispõe o artigo 77, II, do Estatuto do Estrangeiro¹²⁸.

Sobre a inexistência de prescrição, tem-se que este é autoexplicativo.

¹²⁷ REZEK, Op. Cit. p. 202.

¹²⁸ MELLO, 2004, Op. Cit., vol. 2, p. 1025.

Entretanto, há controvérsia sobre a forma como o prazo de deve ser contado e se deve ser levado em consideração o prazo prescricional da lei do Estado Requerente, ou se deve ser considerado o prazo prescricional estabelecido pela legislação Brasileira.

No plano teórico, somos tendentes a defender que o correto deveria ser a aplicação do prazo prescricional constante na legislação do estado requerente. Isto pois, nos parece mais apropriado que sejam respeitadas as normas do país requerente, uma vez que é sua a competência para julgar o indivíduo, determinar a sua pena e executá-la.

Similarmente, ousamos discordar da necessidade de o Estado requerente se comprometer a comutação da pena, para que esta não seja superior a 30 (trinta) anos, limite imposto pela legislação Brasileira. Assim entendemos, pois, que isso implica em uma imposição, pelo Estado Brasileiro, de como outro Estado deve conduzir a aplicação da sua lei local, dentro do seu próprio território, violando diretamente a sua soberania. Está o Estado Brasileiro a se imiscuir em questões internas.

Todavia, no plano fático, estas opiniões não são relevantes, pois que contrárias à legislação interna e a jurisprudência sedimentada do Supremo Tribunal Federal.

Retornando à questão do prazo prescricional, tem-se que o artigo 77, VI determina que não será concedida a extradição quando estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente.

O termo “ou” constante no inciso nos parece bem claro. Temos que melhor interpretação para este artigo, afastando-se opiniões pessoais de cunho teórico, é de que devem ser observados dois prazos prescricionais: da legislação do país requerente e da nossa legislação pátria.

Contudo, as legislações não devem ser misturadas. O Ministro Thompson Flores, no julgamento do processo de Extradição n. 267/Governo da Iugoslávia, havia esclarecido que não se deve conjugar o código penal do país requerente com o código penal brasileiro, não sendo viável conjugar as duas para se formar um terceiro sistema, híbrido, para análise da prescrição¹²⁹.

Assim, se houver transcorrido prazo prescricional, em qualquer dos dois

¹²⁹ Páginas 45/46 do Inteiro Teor do Acórdão no Processo de Extradição n. 267. Relator: Ministro Themistocles Cavalcanti. DJ: 24/04/1969.

países, seguindo-se as regras de cada um, a extradição não pode ser deferida, ainda que no outro Estado o prazo não tenha se findado.

Este texto legal reflete bem uma política garantista vigente no Brasil, mais do que muitos outros países.

Outro ponto importante no que diz respeito à contagem do prazo prescricional, está ligado ao início deste prazo. Aqui alinhamos o pensamento ao que defende Carmem Tiburcio e Luís Roberto Barroso, no sentido de que o prazo não deve, necessariamente, começar a ser contado quando do trânsito em julgado da sentença condenatória, mas sim do trânsito em julgado para a acusação, que pode não ter interesse em recorrer de uma sentença, ao passo que a defesa pode vir a recorrer e, não sendo possível o agravamento da situação do réu quando há recuso exclusivo por parte do réu. Tal como se deu no processo criminal contra Cesare Battisti perante a Justiça Italiana, explicam os autores:

“Observe-se que o recurso da defesa contra a sentença condenatória – que resultou em sua anulação parcial – jamais poderia ter impedido o regular escoamento do prazo prescricional. E havia duas razões para tanto. Em primeiro lugar, a jurisprudência do STF reconhece pacificamente que o termo inicial da prescrição penal executória é o momento em que a sentença transita em julgado para a acusação. E não havia dúvida ou controvérsia acerca do momento em que a decisão transitou em julgado para a acusação: 13 de dezembro de 1988. A acusação nunca teve, sequer, interesse processual para recorrer, uma vez que a pena de prisão perpétua sempre foi mantida. Em segundo lugar, um recurso da defesa nunca poderia resultar em prejuízo para o próprio réu, retardando em 5 anos a consumação da prescrição (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.”¹³⁰

Assim, concordamos que a contagem do prazo tem início quando do trânsito em julgado para a acusação, que pode se dar antes do trânsito em julgado para a defesa¹³¹.

Sobre a natureza do juízo, dispõe o artigo 77, VIII que não se concederá a extradição quando o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de exceção.

O fundamento para este impedimento está nas garantias fundamentais do

¹³⁰ TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar: 2013. p. 402-403.

¹³¹ Note-se que, apesar disso, concordamos com a já vista decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a prisão preventiva para fins de extradição suspende o curso do prazo prescricional, já relatada no primeiro capítulo.

indivíduo. Presume-se, com justos fundamentos, que, via de regra, os tribunais de exceção não oferecem as garantias fundamentais do indivíduo, como os tribunais comuns. Isto é, tribunais de exceção podem não obedecer ao devido processo legal, garantir o direito à ampla defesa e contraditório, além de poder se tratar de um juízo dotado de parcialidade. Invariavelmente é instituído para o julgamento de crimes políticos ou militares, em contexto de revoluções e no âmbito de regimes autoritários.

É evidente, em nossa opinião, que o objetivo do legislador ao estabelecer tal impedimento foi o de garantir princípios como a dignidade da pessoa humana, dentre outras garantias fundamentais do indivíduo, face a uma evidente constatação, ainda que (legitimamente) presumida, de que um juízo de exceção violaria estes direitos.

Já o princípio do *non bis in idem* traz uma limitação ao Estado, impedindo que o indivíduo seja punido duas vezes pelo mesmo crime. Por óbvio, não quer dizer que o indivíduo não possa ser condenado pela prática de dois crimes de homicídios distintos, por exemplo. Apenas se impede que o indivíduo seja penalizado duas vezes pelo mesmo homicídio.

O artigo 77, V do Estatuto do Estrangeiro expõe este princípio como causa de não extradição, determinando que esta não será deferida quando o extraditando “*estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido*”.

Sobre o princípio da especialidade, afirma a autora Gilda Russomano que: “*uma vez obtida a extradição, o Estado requerente só poderá julgar o extraditado pelo delito expressamente referido na solicitação feita e atendida*” (Russomano, 1973, p. 96).

Com relação a este princípio sua efetividade pode ser questionada posto que, uma vez deferida a extradição e ocorrendo a entrega do indivíduo extraditado para as autoridades competentes, não há como garantir, de imediato, que o país requerente irá cumprir tal princípio.

Ainda assim, o princípio da especialidade se encontra positivado no artigo 91, I do Estatuto do Estrangeiro¹³² que determina:

Art. 91. Não será efetivada a entrega sem que o Estado requerente assumo o

¹³² A Nova Lei de Migração manteve o texto do artigo 91, I em seu artigo 96, I.

compromisso:

I - de não ser o extraditando preso nem processado por fatos anteriores ao pedido.

Sobre estes requisitos e princípios, não há divergências na doutrina, tendo sido o Estatuto do Estrangeiro claro e específico, assim como a Nova Lei de Migração, a qual manteve o texto da lei revogada no que diz respeito aos artigos ora analisados.

No mais, a análise do pedido de extradição com a verificação dos requisitos de legalidade, que acabamos de expor, será sempre feita pelo Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o artigo 102, I, g da Constituição Federal de 1988¹³³.

2.3.

Hipóteses de não Concessão da Extradição

Como visto no item anterior, diversas são as hipóteses em que a extradição não será deferida, de acordo com as normas do direito brasileiro.

O artigo 77 do Estatuto do Estrangeiro determinava:

Art. 77. Não se concederá a extradição quando:

I - se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivar o pedido;

II - o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente;

III - o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando;

IV - a lei brasileira impuser ao crime a pena de prisão igual ou inferior a 1 (um) ano¹³⁴;

V - o extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido;

VI - estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente;

VII - o fato constituir crime político; e

VIII - o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de exceção.

¹³³ Dispõe a Constituição Federal de 1988: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro.

¹³⁴ A Nova Lei de Migração modificou esta regra, passando a determinar, no artigo 82, IV que a pena não pode ser inferior a 2 (dois) anos: “IV - a lei brasileira impuser ao crime pena de prisão inferior a 2 (dois) anos”. Note-se que a nova norma retirou o termo “igual” constante no Estatuto do Estrangeiro, de forma que entende-se ser possível a extradição quando a pena imposta pela legislação brasileira for igual a 2 (dois) anos.

Na Nova Lei de Migração o texto foi mantido, no artigo 82, tendo sido acrescentado apenas um inciso:

Art. 82. Não se concederá a extradição quando:

(...)

IX - o extraditando for beneficiário de refúgio, nos termos da Lei no 9.474, de 22 de julho de 1997, ou de asilo territorial.

Desta forma, é imperativo conceber que, sem que os dois países considerem o fato questionado como típico, sem que o Estado requerente seja competente para julgar o indivíduo, dentre as outras causas expostas, não será possível conceber o pedido de Extradição.

Isso, a bem da verdade, além de se tratar de requisitos legais, é, também, uma segurança à pessoa, pois, sim, o processo todo é pensado em prol de um indivíduo, muito embora as partes, requisitante e requisitado, sejam os Estados. É claro que os interesses dos Estados são ímpares à questão, não obstante a isso, o indivíduo também merece ser respeitado.

Conforme será demonstrado, o refúgio, como impedimento à extradição, já vigorava no Brasil, antes da vigência da referida Lei.

Frisamos, ainda, que especificamente o Tratado de Extradição celebrado entre o Brasil e a Itália, em seu artigo III, 1, elenca como causas de impedimento as mesmas constantes no referido artigo 77, garantindo assim inexistência de dúvidas sobre a aplicação de tais regras, não sendo possível levantar nenhum tipo de debate sobre preponderância do direito internacional sobre o direito interno, ou vice-versa, sobre a aplicação das regras do Tratado face à legislação local.

Ademais, o Tratado vai além, para definir outras causas de impedimento à extradição, ampliando ainda mais as proteções e garantias do indivíduo, quais sejam:

(I) se o fato pelo qual é pedida a extradição tiver sido objeto de anistia na parte requerida, e estiver sob a jurisdição penal desta;

(II) 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;

(III) se o fato pelo qual é pedida a extradição constituir, segundo a lei da

parte requerida, crime exclusivamente militar.

Sobre a não concessão da extradição quando o fato que a fundamenta tiver sido objeto de anistia, compreendemos que se trata de uma decorrência lógica, similar ao disposto no artigo 77, II do Estatuto do Estrangeiro, atualmente, artigo 82, II da Nova Lei de Migração que, como visto, impede a extradição quando o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente.

Se não serão extraditadas pessoas acusadas de fatos que não constituem crimes, pelas razões que já foram expostas, igualmente não seria lógico se proceder à extradição de um indivíduo acusado de um fato objeto de anistia.

A nosso ver, neste caso, o indeferimento do requerimento de extradição deve ocorrer, independentemente de cláusula neste sentido constante no Tratado, pois que entendemos por uma interpretação ampliativa do atual inciso II do artigo 82 da Nova Lei de Migração.

Da mesma forma, é possível interpretar extensivamente o disposto no inciso VI do mesmo artigo. Uma vez extinta a punibilidade pela prescrição, não deve ser proceder à extradição, pois não há mais possibilidade de se executar uma punição.

A partir do momento em que a anistia torna impunível o ato praticado, o seu efeito prático torna-se idêntico à classificação de um ato como não sendo criminoso, ou pode-se entender que se trata do mesmo efeito decorrente do transcurso do prazo prescricional.

De qualquer modo, não se nega que a disposição constante no Tratado traz maior garantia ao indivíduo, que não ficará, então, a mercê de possíveis interpretações diversas, por parte do Órgão Julgador.

Sobre a não extradição quando fato que a fundamenta constituir, segundo a lei da parte requerida, crime exclusivamente militar, tem-se que, apesar de não haver disposição neste sentido em nossa legislação interna, a doutrina já defendia este impedimento.

Gilda Russomano afirma que, apesar de inseridos em órbitas diferentes, os crimes exclusivamente militares, para fins de extradição, se assemelham aos crimes políticos. Assim, o princípio geral, é a não extradição nesses casos¹³⁵.

¹³⁵ RUSSOMANO, Op. Cit., p. 119.

Para Clóvis Beviláqua, o fundamento para a não extradição em decorrência de crimes exclusivamente militares está no fato de que a lei militar, em demasia, caracteriza como crime, impondo forte penalidade, atos que, do ponto de vista da vida social comum, não são apreciados do mesmo modo. Segue o autor afirmando que, nesse caso, a impunidade não parece afetar interesses gerais da humanidade, sendo a repercussão desses atos limitada à um pequeno círculo de organização social¹³⁶.

Ainda, aduz Celso D. de Albuquerque Mello que “*possuem criminalidade relativa, porque no Estado de refúgio eles não poderão repetir o crime, uma vez que não são mais militares*”¹³⁷.

De fato, entendemos que o crime militar possui similaridades com os crimes políticos. Não obstante, temos dúvidas sobre uma possível interpretação extensiva do impedido previsto no artigo 77, VII do Estatuto do Estrangeiro ou do atual artigo 82, VII da Nova Lei de Migração.

Nota-se uma clara escolha do legislador em não elencar os crimes militares como não extraditáveis, mesmo quando da edição da Nova Lei de Migração, permanecendo a cargo dos Tratados de Extradicação fazerem tal previsão, se conveniente às partes quando da negociação destes.

Contudo, para fins deste estudo, interessa nos aprofundarmos apenas nos impedimentos constantes nos mencionados artigos 77, VII do Estatuto do Estrangeiro¹³⁸ e no artigo III, 1-F, do Tratado de Extradicação entre Brasil e Itália, impedimento este que consta, ainda, no artigo 5º, LII, da Constituição Federal de 1988: “*Não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião*”, bem como o impedimento constante no artigo 82, IX da Nova Lei de Migração, o qual impede a extradição quando o extraditando for beneficiário da condição de refugiado.

A análise destes artigos pode ser feita em conjunto, uma vez que as disposições neles contidas são similares e complementares, assim como a questão do refúgio, uma vez que, no caso de Cesare Battisti, objeto deste estudo, o refúgio foi concedido de forma intimamente ligada às questões de perseguição e crime político e posteriormente anulado pelo Supremo Tribunal Federal, em uma

¹³⁶ BEVILÁQUA, Op. Cit., p. 143/144.

¹³⁷ MELLO, 2004, Op. Cit., p. 1026.

¹³⁸ Artigo 82, VII da Nova Lei de Migração.

decisão não unanime, que entendeu não se tratarem, os crimes pelos quais Battisti foi acusado e condenado, de crimes políticos.

2.3.1.

Refúgio

Atualmente o refúgio chama a atenção, principalmente, em decorrência das crises humanitárias, em especial, na Síria e em Mianmar¹³⁹, onde, no primeiro caso, há um êxodo de sírios, principalmente para a Europa, que fogem da guerra em seu país, e as consequências, como fome, miséria e destruição. Já em Mianmar, a população de minoria muçulmana denominada de “Rohingyas” tenta fugir para Bangladesh, do território de Rakhine, sendo perseguidos e mortos pelas forças armadas de Mianmar, no que a Organização das Nações Unidas e a Anistia Internacional vem denominando “limpeza étnica”. A situação da população Rohingya é ainda agravada uma vez que o Estado de Bangladesh não quer acolher a população de refugiados e tenta um acordo para repatriar os refugiados, devolvendo-os para Mianmar¹⁴⁰.

Para o Brasil, a questão do refúgio não é nenhuma novidade. Em 2010, o terremoto que atingiu o Haiti provocou a migração de milhões de pessoas. Somente em 2014 foram feitos 34.770 pedidos de refúgio, somente por pessoas vindas do Haiti e, em 2015, o Brasil concedeu visto de residência permanente a, aproximadamente, 43,8 mil haitianos.

Recentemente, o Brasil vem vivendo um fluxo migratório vindo da Venezuela, principalmente próximo à fronteira com o estado de Roraima e, ainda que em números menores, do que os vistos na Europa, também vem recebendo refugiados vindos da Síria. Em 2016 o Ministério da Justiça recebeu 4.434 pedidos de refúgio de cidadão venezuelanos e 391 pedidos de cidadãos sírios. Ainda houveram 1.370 solicitações de refúgio de cidadãos cubanos e 1.353 solicitações de cidadãos angolanos¹⁴¹.

¹³⁹ Não se limitando a estes países, estatísticas do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados demonstram a existência de mais de 46 milhões de refugiados no mundo. Fonte: *UNHCR Statistical Online Population Database* - <http://apps.who.int/globalatlas/DataQuery/default.asp>. Acessado em 12/05/17.

¹⁴⁰ <https://edition.cnn.com/2018/01/23/asia/bangladesh-rohingya-repatriation-fears-intl/index.html>. Acessado em 30/01/18.

¹⁴¹ Ministério da Justiça e Segurança Pública: Refúgio em Números – Disponível em

Entretanto, foi no atual contexto de crise humanitária na Síria que o Brasil promulgou a Nova Lei de Migração, a qual veio com o objetivo de trazer maiores garantias para aqueles que migram, voluntária ou involuntariamente, em atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana^{142/143}.

Importante destacar que o refúgio não é concedido apenas para aqueles que fogem da guerra ou de perseguições políticas.

Aga Khan explica que o refugiado é frequentemente definido como qualquer pessoa que é obrigada a sair de seu local de residência habitual e procurar refúgio em outro lugar. Tal situação pode ser decorrente de dois diferentes tipos de evento, quais sejam, um desastre natural, como um terremoto ou enchente, ou pode ser decorrente do que hoje se chama de desastre “feito pelo homem”, que podem ser conflitos armados internacionais, guerra civil, revolução ou instabilidade sócio-política, generalizada e persistente¹⁴⁴.

No Brasil, sobre a concessão de refúgio, destacamos que este é concedido nos casos dispostos no artigo 1º da Lei n. 9.474/97¹⁴⁵ que implementou o Estatuto dos Refugiados de 1951 e pode ser concedido, também, em caso de “*fundados*

http://www.justica.gov.br/news/brasil-tem-aumento-de-12-no-numero-de-refugiados-em-2016/20062017_refugio-em-numeros-2010-2016.pdf/view. - Acessado em 12/10/2017.

¹⁴² Destaca Inez Lopes que em maior atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, “a nova lei afasta a criminalização do migrante em condição irregular, garantindo-lhe o direito à ampla defesa e ao contraditório, e prazo razoável para regularizar a sua situação migratória. A lei proíbe, também, a discriminação da pessoa pela sua condição migratória, cabendo ao Estado promover políticas para a inclusão do migrante nas atividades econômicas e sociais”. LOPES, Inez. Dignidade da pessoa humana e mudança de paradigma da Lei de Migração no Brasil. in, Revista de Direito Internacional, Volume 14, n. 2, 2017.

¹⁴³ A fim de dar efetividade as garantias trazidas pela Nova Lei de Migração, foi editado o Decreto n. 9.199, de 20 de novembro de 2017, regulamentando a referida lei, trazendo a possibilidade de simplificação dos procedimentos de obtenção de vistos ou mesmo a dispensa destes. Nota-se, contudo, que o Decreto reitera, os casos em que não serão concedidos vistos, inclusive quando o solicitante foi pessoa condenada ou respondendo a processo em outro país por crime doloso passível de extradição segundo a lei brasileira (artigo 27, III).

¹⁴⁴ No original: “A refugee is commonly defined as any person who is obliged to flee his habitual place of residence and seek refuge elsewhere. This situation may result from two fundamentally different types of event: a natural disaster such as an earthquake or a flood, or what is referred to nowadays as a ‘man-made’ disaster such as any international armed conflict, civil war, revolution or persistent general socio-political instability”. (KHAN, Sadruddin Aga. *Legal Problems Relating to Refugees and Displaced Persons*. Londres: Zed Books, 1986. p. 295)

¹⁴⁵ Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;
II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;
III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas”.

Neste ponto, há que se destacar que, apesar de muito similares, o refúgio e o asilo possuem algumas distinções.

O refúgio trata-se de um instituto de alcance internacional e possui um caráter, em regra, generalizado, pois é comumente concedido com o objetivo de conferir proteção para um grande número de pessoas deslocadas.

A questão do refúgio é complexa e abrange diversas questões, inclusive de natureza política, no que diz respeito às decisões de cada Estado em acolher refugiados, a forma como é feito o acolhimento, e problemas derivados, como racismo e xenofobia.

Celso D. de Albuquerque Mello ressaltou que há um grande problema no sentido de que:

“os Estados se recusam a aceitar que o refugiado tem o direito de ser admitido em seu território. O princípio de ‘*non refoulement*’ (não devolução) é fundamental em matéria de refugiados e está consagrado no art. 33 da convenção de 1951. Este princípio inclui o de não proibir, na fronteira, a entrada do refugiado.”^{146/147}

Por este princípio, tendemos a afirmar que a concessão da condição de refugiado deve ser considerada como um direito subjetivo do indivíduo que atende aos requisitos legais para a concessão, não se enquadrando nas hipóteses de impedimento para a concessão de refúgio, que inclui não ser o indivíduo condenado por crimes comuns.¹⁴⁸

Já o asilo é um instituto presente, predominantemente, na América Latina, tendo sido previsto originalmente no Tratado de Direito Penal Internacional de Montevideu de 1889 e, em regra, possui um caráter individualizado. Isto é, visa a

¹⁴⁶ Dispõe o artigo 33 da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951: “Art. 33 - Proibição de expulsão ou de rechaço 1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas”.

¹⁴⁷ MELLO, 2004, Op. Cit., vol. 2, p. 1099.

¹⁴⁸ Ainda sobre o princípio da não devolução, Oriol Casanovas explica que as pessoas protegidas não podem ser transferidas a outro Estado quando existe um medo de que haverá perseguição em razão de opiniões políticas ou religiosas. Porém, esta garantia não impede a extradição de pessoas acusadas de crimes de direito comum. (CASANOVAS, Oriol. La Protection Internationale des Réfugiés et des Personnes Déplacées dans les Conflits Armés. In. Collected Courses of The Hague Academy of International Law. Volume: 306. Editora Brill Nijhoff, Leiden, 2003. p. 51).

proteção de um determinado indivíduo que sofre perseguição política. Neste sentido:

“Pode-se acrescentar que no continente americano o conceito de refugiado é mais amplo do que o conceito de asilado territorial. Assim sendo, todo asilado territorial é refugiado, mas nem todo refugiado é asilado territorial. o asilo territorial, quando concedido, é comunicado pelo Estado a aquele de onde saiu o indivíduo. Esta obrigação não existe para os demais refugiados. (...) A qualificação como refugiado não transforma automaticamente a pessoa em asilado territorial. Quem cuida do refugiado é o ACNUR e quem cuida do asilado é o Estado.”¹⁴⁹

Celso D. de Albuquerque Mello aponta que os refugiados são assim denominados aqueles que gozam do asilo territorial (distinto do asilo político), que é concedido dentro do território do Estado que concede o asilo¹⁵⁰.

Ainda, afirma o autor que apesar do asilo ter por finalidade a proteção da pessoa humana, é considerado um direito do Estado e não do indivíduo, inexistindo obrigação do Estado em concedê-lo¹⁵¹.

Deste modo, pode-se entender que o refúgio difere do asilo político, que é uma faculdade do Estado, tratando-se de uma decisão exclusivamente política, decorrente da soberania do Estado. Esta conclusão, todavia, é controversa.

Francisco Rezek explica o asilo político como um ato de concessão, por parte do Estado, ao estrangeiro que, havendo cruzado a fronteira, colocou-se no âmbito espacial de sua soberania. Trata-se de uma instituição humanitária e não exige reciprocidade¹⁵².

Por outro lado, o Ministro Gilmar Mendes, expressou entendimento diverso, no sentido de que o asilo seria um direito subjetivo do indivíduo, ante a previsão constitucional que o determinou como princípio basilar das relações internacionais (artigo 4º, X da Constituição Federal de 1988¹⁵³), podendo ser negado apenas quando não configurada a situação prevista¹⁵⁴.

Entendemos, contrariamente ao Ministro, que a concessão de asilo político

¹⁴⁹ MELLO, 2004, Op. Cit., p. 1095.

¹⁵⁰ Ibid. p. 1093/1094.

¹⁵¹ Ibid. p. 1092/1093.

¹⁵² REZEK, Op. Cit., p. 215/218.

¹⁵³ Dispõe a Constituição Federal de 1988:

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

X - concessão de asilo político.

¹⁵⁴ Supremo Tribunal Federal. Extradicação n. 1.008/República da Colômbia. Inteiro Teor do Acórdão. p. 241/242.

é um ato de soberania do Estado, e a decisão de concedê-lo deve ser considerada exclusivamente política.

O artigo 27 da Nova Lei de Migração estabelece que o asilo constitui ato discricionário do Estado, o que é reafirmado nos artigos 108 e 111 do Decreto n. 9.199/17, que regulamentou a referida Lei. Assim, até que o Supremo Tribunal Federal seja instado a se manifestar sobre a constitucionalidade destes artigos, permanece a presunção de constitucionalidade dos mesmos.

Ademais, entendemos que a discricionariedade está presente até mesmo no Decreto n. 55.929/65, o qual promulgou a Convenção de Caracas sobre Asilo Territorial. Em seu artigo I, dispõe:

“Todo Estado **tem direito, no exercício de sua soberania**, de admitir dentro, de seu território as **pessoas que julgar conveniente**, sem que, pelo exercício desse direito, nenhum outro Estado possa fazer qualquer reclamação.” (grifamos)

O texto do artigo evidencia, em nossa opinião, primeiramente, que se trata de um direito do Estado (não um dever) e um exercício de soberania. Não bastasse estes elementos para concluirmos pela qualificação do ato de conceder asilo como discricionário e político, o texto segue estabelecendo um elemento claro e exposto de conveniência: admitir dentro de seu território as pessoas que julgar conveniente.

Esta diferenciação será importante mais adiante, porquanto, conforme será visto, no caso concreto em estudo, houve a concessão de refúgio à Cesare Battisti e não de asilo político ou territorial.

Carmem Tibúrcio e Luís Roberto Barroso possuem entendimento no sentido de que o asilo, assim como o refúgio, é causa impeditiva da extradição, prevista expressamente nos artigos 33 do Decreto Lei n. 43.201/60 (Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados)¹⁵⁵ e 33 da Lei n. 9.474/97^{156 157}.

Discordamos da afirmação dos autores. Os citados artigos, contrariamente ao que afirmam os autores, não é exposto no sentido de impedir a extradição

¹⁵⁵ Decreto Lei n. 43.201/60: Artigo 33: “Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou repelirá um refugiado, seja de que maneira for, para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçadas em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões públicas”.

¹⁵⁶ Lei n. 9.474/97: “Art. 33. O reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio”.

¹⁵⁷ TIBÚRCIO, Carmen e BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional Internacional. Rio de Janeiro: Renovar: 2013. p. 301/302.

quando o indivíduo é beneficiado com a condição de asilado. Os textos legais são expressos apenas para determinar o impedimento em caso de refúgio. Em verdade, o que os autores fazem é uma interpretação do texto legal, tomando o asilo como sinônimo de refúgio.

Concordando ou discordando, não negamos que é possível fazer uma interpretação neste sentido. Questionamos apenas a afirmação dos autores utilizando-se o termo “expresso”, quando, em verdade, a lei não é expressa no que diz respeito ao asilo. Em outras palavras, tomar o termo “asilo” como sinônimo de “refúgio” decorre de uma interpretação conceitual dos institutos, não podendo se dizer que a mesma foi “expressa” no texto legal.

No mais, é certo que, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que a concessão de asilo político não impede a extradição:

“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”.¹⁵⁸

Assim, à luz da jurisprudência¹⁵⁹, não é possível considerar o asilo e o refúgio como sinônimos, não possuindo, os dois institutos, o mesmo efeito prático quando diante de um processo de extradição.

Ressaltamos que a Nova Lei de Migração acrescentou um novo inciso ao antigo artigo 77 do Estatuto do Estrangeiro, para incluir, como causa de não extradição quando o extraditando for beneficiário de refúgio ou de asilo territorial¹⁶⁰, sendo este último, tratado pela referida lei como espécie de asilo

¹⁵⁸ Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Extradição n. 524-3/120/Governo do Paraguai. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 08/03/1991.

¹⁵⁹ Outros exemplos de jurisprudência neste sentido são:

“A concessão do asilo diplomático ou territorial não impede, só por si, a extradição, cuja procedência é apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, e não pelo governo” (Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Extradição n. 232/Governo de Cuba. DJ: 09/10/1961; e

“A partir dos precedentes firmados na EXT n. 232/Cuba e EXT n. 524/Paraguai, o STF asseverou a tese de que a concessão de asilo político não impede, em princípio, a extradição, desde que ocorrentes os pressupostos para o seu deferimento. Assim, afigura-se que evidente que, excetuada a configuração de situação que obsta ou impede a extradição – crime político ou de opinião ou a impossibilidade de julgamento por juiz natural – a concessão do asilo político ou diplomático, por si só, não implica inextraditabilidade” (Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Extradição n. 1008/República da Colômbia. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ em 17/08/2007).

¹⁶⁰ Artigo 82, IX da Lei n. 13.445/17.

político, no já citado artigo 27.

Podemos dizer que, diferentemente das demais normas, a Nova Lei de Migração, de fato, foi “expressa”, no sentido de impedir a extradição no caso de concessão de asilo.

Após a edição da Nova Lei de Migração o Supremo Tribunal Federal não se manifestou quanto a este novo impedimento. Porém, ante a alteração na legislação, prevemos que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal irá ser modificada, uma vez que, agora, tornou-se expresso o impedimento em caso de concessão de asilo, equiparando-o ao refúgio, não sendo a jurisprudência atual compatível com o novo texto legal.

Com relação ao refúgio, tem-se que a sua concessão já era causa impeditiva da extradição, sendo este processo suspenso quando do pedido de concessão de refúgio, conforme conta na regra do artigo 33 da Lei n. 9.474/97¹⁶¹.

Para fins deste estudo, nos interessa limitar o tema para a concessão de refúgio em casos do “fundado temor” de perseguição por motivos de opiniões políticas e para a questão da concessão de refúgio para criminosos condenados.

A já mencionada Lei n. 9.474/97, que implementou o Estatuto dos Refugiados de 1951, dispõe no seu artigo 3º, limitações à concessão de refúgio, para o qual chamamos a atenção ao inciso III:

Art. 3º Não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que:

(...)

III - tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas;

Tal impedimento à concessão de refúgio para pessoas condenadas por crime hediondo, reflete os citados conceitos do Manual de Procedimentos e Critérios para Determinar a Condição de Refugiado Político, de 2004, do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados – ACNUR, e da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, os quais destacamos, respectivamente:

56. Deve-se distinguir perseguição de punição pela prática de crimes comuns. As pessoas que fogem de um processo criminal ou da execução de uma pena imposta

¹⁶¹ Art. 33. O reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio.

por infrações dessa natureza, em geral, não são refugiadas. Convém lembrar que um refugiado é uma vítima – ou uma vítima potencial – da injustiça e não alguém que foge da justiça.

1- F. As disposições desta Convenção não serão aplicáveis às pessoas a respeito das quais houver razões sérias para pensar que:

(...)

b) elas cometeram um crime grave de direito comum fora do país de refúgio antes de serem nele admitidas como refugiados¹⁶².

Ainda, o artigo 1-F, b é explicado pelo próprio ACNUR, nas Diretrizes sobre Proteção Internacional: Aplicação das Cláusulas de Exclusão, esclarecendo que um crime grave deve ser considerado comum quando outros motivos, como razões pessoais ou ganho, são predominantes. Não havendo clara relação entre o crime e sua alegada finalidade política, ou o ato em questão é desproporcional, entende-se que o motivo predominante é não político, ou seja, se trata de um crime comum¹⁶³.

Por estas razões, a questão do refúgio, para nosso estudo, está tão intimamente ligada com a necessidade de conceituação e classificação, casuística, do crime político, pois, uma reflete diretamente na outra.

Isto é, contrariamente ao asilo político, entendemos que a concessão de refúgio não é um ato exclusivamente político, soberano. Sua concessão possui limitações legais, não pode ser concedido para criminosos comuns.

Mas então, o que é o crime comum e o que é o crime político? É o que pretendemos discutir no próximo ponto.

2.3.2.

Crimes Políticos

Como exposto no primeiro capítulo deste trabalho, a defesa de Cesare

¹⁶² O fundamento para essa exclusão, afirma Jean-Yves Carlier, é de que não há dúvida nenhuma que os redatores de Genebra, logo após Nuremberg, tenham decidido excluir da condição de refugiado os criminosos de guerra e também de direito comum no tocante às regras de extradição. Pois que desejavam dispensar, excluir, os direitos e liberdades para os inimigos da liberdade, o que não se tratava de uma tarefa fácil. (CARLIER, Jean-Yves. Droit D'Asile et des Réfugiés de la Protection aux Droits. In. *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*. Volume: 332. Editora Brill Nijhoff, Leiden, 2008. p. 243)

¹⁶³ *Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*. UNHCR, HCR/GIP/03/05 de 04/09/2003. Disponível em: <http://www.unhcr.org/publications/legal/3f7d48514/guidelines-international-protection-5-application-exclusion-clauses-article.html?query=interpreting%20article%201>. Acessado em 28/01/2018. p. 05.

Battisti, sempre alegou ser ele vítima de perseguição política na Itália, por defender ideais comunistas.

Alega que o seu julgamento à revelia, que culminou na condenação pelos quatro homicídios entre 1978 e 1979, fez parte desta perseguição política e que tais crimes devem ser classificados como crimes políticos, não passível de extradição.

Inicialmente, devemos apontar para o fundamento por trás da regra que impede a extradição quando fundamentada em crimes políticos.

Diversas são as razões que justificam a não extradição de pessoas condenadas por crimes políticos. Em especial, há uma questão de ordem democrática e respeito à diversidade de opiniões e liberdade de expressão. Isto pois, presume-se que, em um estado democrático, não haverá qualquer tipo de perseguição contra aqueles que possuem pensamentos diversos, por exemplo, sobre a forma de governo.

Clóvis Beviláqua afirmou que:

“os crimes políticos são, pela quase unanimidade dos internacionalistas, afastados da extradição, porque as paixões partidárias, muitas vezes, obscurecem a apreciação, dando como crimes odiosos factos de somenos importância, e, outras tantas, impelle, á pratica de actos reprováveis, pessoas não propensas ao crime, mas grandemente suggestionáveis. No primeiro caso, o suposto delinquente é, antes, uma victima do ódio partidário.”¹⁶⁴

Seguindo a mesma linha de pensamento, Carmen Tibúrcio e Luís Roberto Barroso vão além, para destacar que o acusado de crime político está mais suscetível a ter um julgamento injusto e seus direitos fundamentais violados, que o criminoso comum¹⁶⁵.

Neste ponto, não há como não concordarmos com os citados autores. Até mesmo quando estamos diante de um julgamento de um acusado por crime indiscutivelmente comum, é possível que, dadas as circunstâncias do contexto político e/ou de características pessoais da pessoa acusada, o julgamento pode vir a ter uma conotação política e, conseqüentemente, pode o juízo, ainda que involuntariamente e com a melhor das intenções, deixar de ser imparcial.

Um crime político, mais ainda, é de se esperar que não seja julgado de forma imparcial. Podemos presumir, legitimamente, assim como presumiu o

¹⁶⁴ BEVILÁQUA, Op. Cit., Tomo II, p. 142/143.

¹⁶⁵ TIBÚRCIO e BARROSO, Op. Cit., p. 336.

legislador que um tribunal de exceção não garantiria a imparcialidade e os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, que as mesmas podem não vir a ser respeitadas quando se trata de um crime político, invariavelmente maculado por um ódio partidário.

Henning Sørensen afirma que o direito de ser politicamente ativo deve ser considerado um dos mais importantes na sociedade moderna, razão pela qual muitos Estados, ao celebrarem acordos de extradição preveem nos tratados a exceção de não extraditar indivíduos por crimes políticos. De qualquer modo, ressalta que esta não é a única razão para a exceção, que também tem por objetivo preservar a soberania do Estado requisitado¹⁶⁶.

Dito isso, há que se fazer uma análise do que pode ser classificado como crime político.

Crimes políticos, geralmente, são aqueles cometidos contra a ordem política estatal, contra a segurança interna do Estado e a sua forma de governo.¹⁶⁷

Contudo, a classificação de crimes políticos não é tão simples, uma vez que devemos buscar entender quais crimes podem ser considerados atentados contra a ordem política, o Estado ou o governo.

O Ministro Djaci Falcão em seu voto no processo de Extradicação 347¹⁶⁸, também da República Italiana, destacou que:

“Em nosso direito positivo não há uma definição de crime político. Aliás, o conceito de crime político é controvertido e variável, porquanto não é fácil dizer do seu conteúdo e limites, no tempo e no espaço. Não resta dúvida, porém, que no seu conceito são incluídos os delitos que atingem a estrutura política do Estado,

¹⁶⁶ SØRENSEN, Henning. Bang Fuglsang Madsen. Political Activity, Extradition and the Common Interest. In: *The Common Interest in International Law*. Organização: BENEDEK, Wolfgang; DE FEYTER, Koen; KETTEMANN, Matthias C. e VOIGT, Christina. Cambridge: Intersentia, 2014. p. 199-200.

¹⁶⁷ GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. *Medidas Compulsórias*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 75.

¹⁶⁸ Neste processo a República Italiana requereu a extradição de Ovidio Lefebvre D'Ovidio, acusado de corrupção passiva e estelionato, tendo os crimes sido praticados no interesse da sociedade Lockheed Aircraft Corporation e Lockheed Georgia Company. A defesa alegava a prática de crimes políticos, porém este argumento foi vencido, uma vez que o Supremo Tribunal Federal não identificou caráter político, em primeiro plano, na prática dos crimes, mas sim, a predominância do interesse de lucro. Nota-se que o outro argumento da defesa era que o extraditando iria ser julgado pelo Tribunal Constitucional Italiano, pois que seu julgamento se daria em conjunto com o julgamento de ex-senadores, os quais tinham foro privilegiado. Assim, D'Ovidio seria, no entendimento da defesa, julgado em um tribunal de exceção. Este argumento também não prevaleceu no julgamento. Contudo, o fato do extraditando ser julgado juntamente com membros do Senado, permitiria a interpretação de que se tratavam de crimes políticos. Ainda assim, o crime político não restou configurado, o que evidencia uma interpretação restritiva daquilo que pode ser considerado crime político.

as suas instituições públicas, a sua independência, a sua soberania.”¹⁶⁹

A doutrina e a jurisprudência norte-americana tratam a não extradição de pessoas condenadas por crimes políticos como o princípio da exceção da ofensa política (“*the political offence exception*”).

Por este princípio, nenhum indivíduo pode ser extraditado quando este enfrentar um julgamento por um ato político.

De acordo com David Lieberman, este princípio é matéria de consenso internacional e quase todos os tratados de extradição modernos contém clausula no sentido de impedir a extradição por crimes políticos. No entanto, afirma o autor que o consenso acaba, abruptamente, na tarefa de “*line-drawing*”, ou seja, na tarefa de se determinar o que é “político”¹⁷⁰.

Assim como nos Estados Unidos, no Brasil, existe grande dificuldade em se determinar aquilo que pode ser considerado crime político, sendo certo que as normas penais, não necessariamente, irão definir determinado crime utilizando este termo, vocábulo, específico, de forma que os Tribunais recorrem a uma análise casuística, cabendo ao Estado requerido, analisar e definir como o crime deve ser qualificado.

Celso D. de Albuquerque Mello apontou que a doutrina propõe dois critérios para a classificação dos crimes:

“a) um objetivista - define o crime político como sendo aquele perpetrado contra a ordem política estatal; o importante é que o bem jurídico atingido seja de natureza política; e b) um subjetivista – que considera crime político o que foi cometido com a finalidade política. Tese desenvolvida pela jurisprudência suíça. Nos dias de hoje, um critério misto resultante da combinação dos dois acima citados é o que tem sido mais utilizado para a verificação da natureza política ou não de um crime”.¹⁷¹

Entendemos que o critério misto atualmente adotado é o mais correto, uma

¹⁶⁹ Brasil, Supremo Tribunal Federal, Extradição n. 347/República Italiana. Relator Ministro Djaci Falcão. Publicado no DJ em 09/06/1978. p. 40

¹⁷⁰ No original: “*The political offense exception-the principle that an individual cannot be extradited to face criminal prosecution for a "political" act-has long been a staple of extradition law. Its existence is a matter of international consensus; almost every modern treaty contains boilerplate language exempting such offenses from its provisions.1 That consensus abruptly ends, however, at the task of line-drawing. What is or is not "political" conduct has been the subject of controversy since the first exception appeared over 180 years ago.*” (LIEBERMAN, David M. Sorting the Revolutionary from the Terrorist: The Delicate Application of the Political Offense Exception in U.S. Extradition Cases. In Stanford Law Review n. 181, 2006. p. 182)

¹⁷¹ MELLO, 2004, Op. Cit., p. 1026/1027.

vez que analisa não apenas o bem jurídico afetado, mas também a finalidade política. Não vemos como separar os dois, porquanto um ato praticado contra o Estado, não necessariamente terá uma finalidade política. Nos parece um bom exemplo, a sonegação fiscal. É evidente, a nosso ver, que a sonegação fiscal é um ato que atinge diretamente o Estado. Porém, o mesmo não possui, via de regra, qualquer finalidade outra que não seja a obtenção de vantagem econômica.

Lafayette Rodrigues Pereira destaca que a concessão do asilo e a não extradição por crimes políticos, decorre de um princípio de humanidade, e *“justifica-se pela razão de que o crime político é antes filho do erro do que da perversidade”*¹⁷².

Com estas palavras, temos que o crime político não tem, em primeiro plano, a intenção, exclusiva, de praticar um ato perverso, ou para ganho exclusivamente pessoal, mas sim possui um objetivo maior, de alcançar uma sociedade melhor e mais justa, de acordo com os ideais daquele que comete o crime.

Concluimos que o crime político pode ser considerado como um meio necessário, na visão do indivíduo que o comete, para se atingir um fim maior que entende ser nobre.

Sobre o que pode ser classificado como crimes políticos, temos que alguns crimes, tais como traição e espionagem, usualmente são considerados crimes políticos “puros” e atendem ao critério objetivista. Assim, não há grandes discussões nas Cortes sobre possibilidade de extradição de indivíduos acusados desses crimes, sendo, em regra, estes pedidos de extradição indeferidos, estando a natureza política evidente.

Gilda Russomano cita Nelson Hungria para explicar como o criminoso político, muitas vezes, assim o é considerado, por ser vencido politicamente:

“ao crime político, mais do que a qualquer outro, não são ajustáveis, sob o ponto de vista ético-social, critérios permanentes ou estáveis. O crime político é tudo quanto há de mais contingente. Basta dizer que sua punição depende do seu insucesso. Se colhe êxito, já não é crime, mas título de glória”. (Hungria, apud., Russomano, 1973, p. 107)

Na mesma linha de pensamento, Mirtô Fraga traz o pensamento Dardeau

¹⁷² PEREIRA, Op. Cit., Tomo I, p. 237.

de Carvalho, que afirma:

“A repressão ao crime político, ao contrário do que ocorre com o crime comum, só interessa ao Estado em que é cometido. Não ofendendo, via de regra, as instituições dos demais Estados, por serem de repercussão puramente local, é lógica a disposição que exclui o crime político dentre os que justificam a extradição, sobretudo porque o crime político é sempre inspirado por motivos elevados e nobres, que se não encontram na criminalidade comum.” (Carvalho, apud., Fraga, 1985, p. 302)

Há que se destacar, também, que nem todos os Estados podem considerar crime, o ato praticado pelo indivíduo, não cabendo a um Estado, se imiscuir nas políticas internas de outro, pois que haveria, nesse caso, uma violação à soberania nacional.

Isto é, conforme bem explicou Celso D. de Albuquerque Mello, “*o aspecto anti-social deste crime é relativo, o que se acentua no direito internacional, que admite a validade dos mais diferentes regimes políticos*”. O autor segue citando o exemplo em que determinado Estado que possui um governo capitalista, pode não considerar crime os atos praticados por um indivíduo que tenta derrubar um governo comunista.¹⁷³

Contudo, acentuamos que, ainda que a doutrina e os tribunais concordem, a princípio, com os critérios objetivista, subjetivista ou misto, permanece um problema de ordem prática, especialmente no que diz respeito aos crimes cometidos que contém elementos de crimes comuns, tal como o homicídio.

Trata-se de uma zona cinzenta, em que o crime pode misturar elementos de crime comum e de crime político.

É possível considerar como crime político, ofensas comuns, quando estas estão ligadas a um ato político. No Brasil, não se defere a extradição quando um crime comum é cometido, porém, é absorvido pelo crime político¹⁷⁴.

Neste sentido, Gilda Russomano aponta para a existência de delitos conexos e delitos complexos, que também podem ser chamados de delitos políticos relativos ou mistos, e delitos políticos puros, respectivamente. Nos

¹⁷³ MELLO, 2004, Op. Cit., p. 1028.

¹⁷⁴ Tal impedimento se encontra no artigo 77, parágrafo 1º da Lei 6.815/80, tendo a redação sido mantida na Nova Lei de Migração, no artigo 82, parágrafo 1º:

Art. 82. Não se concederá a extradição quando: VII - o fato constituir crime político ou de opinião;

§ 1º A previsão constante do inciso VII do caput não impedirá a extradição quando o fato constituir, principalmente, infração à lei penal comum ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal.

primeiros, haveria o cometimento de dois delitos, um claramente político e outro comum, de forma simultânea. Neste caso, o exemplo citado pela autora é a pilhagem de “casas de negócios” durante um motim popular. Já os delitos complexos (ou políticos puros), seriam aqueles em que, “embora ferindo, a um só tempo, a ordem política e o direito comum, constituem ato único e inseparável em seus elementos”. Aqui o exemplo da autora seria um crime de regicídio, com o objetivo de se instaurar um regime republicano.¹⁷⁵

Carmem Tibúrcio e Luís Roberto Barroso, sobre a questão do crime comum que é absorvido pelo crime político, afirmam que este “sempre” deverá preponderar sobre o crime comum, para o fim de se evitar a extradição¹⁷⁶.

Não obstante, entendemos que a afirmação destes autores, últimos, deve ser levada em consideração com certo cuidado. A utilização do termo “sempre” pelos autores nos parece complicada. Isto pois, percebemos que a análise daquilo que é crime político e do que é crime comum deve ser feita caso a caso e, para considerarmos que o crime comum está abrangido, absorvido, pelo crime político, deve haver uma conexão entre eles.

Em outras palavras, entendemos que não deve ser considerado crime político, o crime comum praticado na forma de oportunismo, de um “aproveitamento”, de um momento político conturbado. O cometimento de um crime comum, cujo objetivo é meramente obtenção de uma vantagem para o agente, para benefício próprio, não deve ser considerado crime político meramente por ter sido cometido durante um momento político conturbado.

Como explicitado anteriormente, crimes como espionagem e traição são exemplos claros de crimes políticos e, portanto, não há dificuldade no momento do julgamento da extradição¹⁷⁷.

Entretanto, quando o crime se encontra inserido em uma zona cinzenta, entre a ofensa política e a ofensa comum, nos deparamos com os grandes

¹⁷⁵ RUSSOMANO, Op. Cit., p. 111.

¹⁷⁶ TIBÚRCIO e BARROSO, Op. Cit., p. 344.

¹⁷⁷ Exemplo de caso é o pedido de extradição de Karl-Heinz Schaab, negado por unanimidade de votos pelo Supremo Tribunal Federal: “Extraditando acusado de transmitir ao Iraque segredo de Estado do Governo requerente (República Federal da Alemanha), utilizável em projeto de desenvolvimento de armamento nuclear. Crime político puro, cujo conceito compreende não só o cometido contra a segurança interna, como o praticado contra a segurança externa do Estado, a caracterizarem, ambas as hipóteses, a excludente de concessão de extradição.” (Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Extradição n. 700/República da Alemanha. Relator: Ministro Octavio Gallotti. DJ: 05/11/1999)

problemas, que não estão limitados ao receio do indivíduo de sofrer punição injusta por suas opiniões.

Estas dificuldades não são enfrentadas apenas no Brasil. A exemplo dos Estados Unidos, onde a questão é tratada como “*Political Offense Exception*”, que podemos traduzir como a exceção à ofensa política, a Corte de Apelações para o 9º Circuito, se deparou com os mesmos problemas apontados pela doutrina brasileira, no julgamento de *Quinn v. Robinson*¹⁷⁸: 1) de que governos não deveriam se envolver nos problemas governamentais de outros Estados; 2) o medo dos indivíduos, condenados por crimes políticos, de que enfrentariam punição injusta por expressar suas opiniões; e 3) o valor que estes indivíduos colocam no seu direito de se rebelar contra o governo e de incentivar o ativismo político.

Christina Piemonte, aponta, ao comentar o caso *Quinn v. Robinson*, para a necessidade de se encontrar um equilíbrio na aplicação da “exceção à ofensa política”, uma vez que uma interpretação do conceito de crime, ou ofensa, política, demasiadamente extensiva pode impedir que sejam levadas à justiça pessoas que cometeram crimes “abomináveis”. Enquanto, por outro lado, a interpretação restrita pode acarretar em uma injustiça contra aqueles que agem em defesa de mudanças políticas, de forma a negar o propósito da exceção, que é, precisamente, proteger aqueles que agem em prol de uma revolução¹⁷⁹.

Por esta razão que também discordamos da generalização feita por Carmen Tibúrcio e Luís Roberto Barroso, exposta acima, de que os crimes comuns sempre

¹⁷⁸ Neste caso, o Reino Unido buscava a extradição de William Joseph Quinn, cidadão americano, membro do Exército Republicano Irlandês, conhecido como IRA, com o objetivo de julgá-lo pelo homicídio do policial Stephen em 1975 e por conspiração para causar seis explosões em Londres, em 1974 e 1975. Em primeira instância a extradição foi deferida, porém, Quinn impetrou habeas corpus e a Corte do Distrito determinou que a extradição não seria possível, ante o princípio do direito internacional da “exceção da ofensa política”. Houve, então, recurso para a Corte de Apelações para o 9º Circuito, em 1984 e em 1986 a Corte decidiu que Quinn poderia ser extraditado, entendendo que os crimes de conspiração para causar explosões e o assassinato do policial não se tratavam de crimes políticos, em especial pelo fato de terem sido cometidos fora do território Irlandês.

¹⁷⁹ No original: “*One major theme throughout the development of the political offense exception is the need to balance between two competing concerns: on the one hand is the concern that an overly broad application of the exception will prevent those who have committed abhorrent crimes from facing justice, and on the other is the fear of punishing those who act bravely in defense of productive political change, thus negating the very purpose of the exception to protect those acting in furtherance of productive revolution*”. (PIEMONTE, Christina. *Meza v. U.S. Attorney General: Motivation is Fickle in the Application of the Political Offense Exception to Extradition*. *Journal of International and Comparative Law* n. 634, 2013. p. 621/622)

deverão ser absorvidos pelo crime político.

Entendemos, seguindo a reflexão proposta por Christina Piemonte, que deve ser encontrado um equilíbrio. A nosso ver, a generalização causa um forte desequilíbrio e abre caminho para a impunidade por crimes que podem não ter qualquer relação direta com crimes políticos, mas são assim disfarçados.

Dito isso, temos que o caso de Cesare Battisti, nos traz um ótimo exemplo da dificuldade que muitas vezes se tem em classificar um crime como político, ou não, quando sua natureza pode não ser tão evidente quanto o crime de espionagem, ou o regicídio, citados por Gilda Russomano, por exemplo.

2.4.

Das Hipóteses Aplicadas à Extradicação de Cesare Battisti

Como visto anteriormente, Cesare Battisti teve o refúgio concedido pelo Ministro de Estado da Justiça, Tarso Genro, que fundamentou o deferimento, na existência de fundado temor de perseguição por motivo de opiniões políticas.

Carmem Tibúrcio e Luís Roberto Barroso¹⁸⁰, escreveram especificamente sobre o caso, e defenderam que tais crimes, claramente (na opinião dos autores), foram “*praticados como atos políticos e julgados como delitos políticos, partes integrantes de uma ação política subversiva*”¹⁸¹.

Seguem os autores afirmando, categoricamente, que o Estado Italiano tentou isolar os quatro homicídios do contexto em que foram praticados, com o fim de proceder à uma extradicação política disfarçada, uma vez que os crimes atendiam aos três critérios adotados pelo Supremo Tribunal Federal para classificação do crime como político: 1) a motivação política; 2) a finalidade política; e 3) o contexto político conturbado¹⁸².

¹⁸⁰ Nota-se que o ilustre doutrinador, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, foi advogado de defesa de Cesare Battisti no processo de Extradicação n. 1085.

¹⁸¹ TIBÚRCIO e BARROSO, Op. Cit., p. 391-392.

¹⁸² Para Tibúrcio e Barroso os três elementos se faziam presentes da seguinte forma: “(i) A motivação política na hipótese era manifesta. A sentença estrangeira registrava que os atos foram praticados como parte de uma estratégia organizada e publicamente assumida para a subversão da ordem vigente, por ser esta considerada iníqua. Tanto assim que as ações foram objeto de reivindicação por diferentes grupos revolucionários. (...) (ii) A finalidade política era também incontestável. Jamais se cogitou que os atos pudessem ter sido praticados com qualquer perspectiva ou interesse de lucro, vantagem ou proveito pessoal. (...) Na realidade, com sacrifício e risco pessoais, os ativistas tinham como objetivo declarado a substituição da ordem vigente por outra. Entende-se hoje, felizmente, que mesmo os fins mais nobres não

Seguindo esse entendimento, teríamos que, a princípio, seria legítima a concessão do refúgio e equivocada a decisão do Supremo Tribunal Federal que anulou a concessão do refúgio e deferiu o pedido de extradição de Battisti.

Ressalte-se que, para que se possa considerar válida esta hipótese, é necessário, também, aceitar que o Ministro da Justiça, ou o CONARE, em primeira instância, tenham competência para apreciar a natureza do crime.

Assim, tendo em vista a discussão do que é crime político e do que é crime comum, para fins de concessão de refúgio e para fins de impedimento da extradição, devemos analisar como se deve classificar os crimes pelos quais Battisti foi condenado.

Importante destacarmos, novamente, que, no julgamento do processo de Extradição n. 1085, contra Cesare Battisti, não houve unanimidade na decisão final da Corte.

No que diz respeito aos votos divergentes, desfavoráveis ao deferimento da Extradição, destacamos que apenas os Ministros Eros Grau e Marco Aurélio, entraram no mérito desta discussão a respeito da classificação dos crimes pelos quais Battisti foi condenado¹⁸³.

Acolhendo a tese da defesa de Battisti, o Ministro Marco Aurélio votou contrariamente ao deferimento da extradição, entendendo que, na época dos fatos, inúmeros outros crimes foram cometidos, no contexto do “conflito extremado entre o Estado e movimentos subversivos”, praticados por cidadãos “sonhadores de dias melhores”. Afirmou o Ministro que os crimes não poderiam ser considerados individualmente, mas sim deve ser visto como uma totalidade que caracteriza a rebelião política¹⁸⁴.

Vemos no voto do Ministro similaridades com o pensamento exposto por

admitem o manejo de quaisquer meios: essa, porém, como se sabe, não era a convicção de muitos na época. (iii) O contexto político conturbado no qual as ações estavam inseridas era igualmente notório. Os anos de chumbo na Itália foram marcados pela radicalização de ambos os lados, ativistas revolucionários e Estado. A mentalidade era outra e as ações violentas tornaram-se uma forma extrema, porém corriqueira, de se intervir na condução política.” (Tibúrcio e Barroso, Op. Cit., p. 394-395)

¹⁸³ O Ministro Joaquim Barbosa e a Ministra Cármen Lúcia, apesar de proferirem votos contrários ao Ministro Relator, para indeferirem o pedido de extradição formulado pela República Italiana, não entraram na ceara da classificação dos crimes, limitando-se a proferir entendimento no sentido de que a extradição deveria ser negada, pelo fato de que o Ministro de Estado da Justiça, Tarso Genro, havia concedido refúgio ao extraditando, sendo esta decisão de caráter político, na esfera do poder discricionário e que, portanto, o Supremo Tribunal Federal não poderia revê-la. Os votos dos Ministros se encontram, respectivamente, às folhas 220/230 e 231/239 do Inteiro Teor do Acórdão na Extradição n. 1085.

¹⁸⁴ Supremo Tribunal Federal. Extradição 1085, Op. Cit., p. 346 e 361.

Carmem Tibúrcio e Luís Roberto Barroso, no sentido de que o crime comum “sempre” deve ser absorvido pelo crime político.

Ao considerar que os “diversos crimes” devem ser vistos como uma totalidade, que caracterizam rebelião política, se está determinando que todos os crimes comuns estão sendo absorvidos pelo crime político, no caso, de rebelião.

Por outro lado, prevaleceu no Supremo Tribunal Federal o entendimento do Ministro Relator, Cezar Peluso, seguido pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres Britto, Gilmar Mendes e Ellen Gracie, pelo qual os crimes não poderiam ser caracterizados como crimes políticos, pois que foram praticados em contexto diverso, “*à margem de propósitos legítimos de tomada do Estado*”¹⁸⁵.

No Capítulo 1, expomos que o Ministro Cezar Peluso entendeu que, à época dos fatos, não havia perseguição política por parte de um governo de direita e que o Estado Italiano era democrático, com representantes eleitos pelo povo.

Tal entendimento é extremamente controverso, sendo a década de 1970 na Itália conhecida como “anos de chumbo”, em que havia repressão estatal à movimentos extremistas. Ainda que não fosse uma perseguição especificamente contra movimentos de esquerda, sendo também reprimidos movimentos de grupos de extremistas de direita, é questionável a afirmação de que não havia qualquer tipo de perseguição.

É inegável, em nossa opinião, que o contexto político da época era, no mínimo, conturbado, conforme defendem Carmem Tibúrcio e Luís Roberto Barroso.

Contudo, entendemos que, independentemente de ter existido algum tipo de repressão ao grupo Proletários Armados pelo Comunismo, dentre outros grupos, tanto de direita, quanto de esquerda, tal argumento, por si só, não é capaz de qualificar os crimes que fundamentam o pedido de extradição de Cesare Battisti, como crimes políticos, devendo ser analisada a motivação e a finalidade dos crimes.

Neste ponto, passamos a divergir do entendimento de Carmen Tibúrcio e Luís Roberto Barroso, sobre a motivação e finalidade política dos crimes cometidos por Battisti.

¹⁸⁵ Ibid. p. 153.

Como narrado na apresentação do caso, e no início do Capítulo 2, Cesare Battisti foi condenado por quatro homicídios premeditados, de um agente de custódia, de um agente da polícia, de um açougueiro e de um joalheiro.

Destacamos também que, o fato de todos os crimes terem sido cometidos na mesma época, ao longo dos anos 1978 e 1979, não significa que tiveram o mesmo propósito, razão pela qual, em nosso entendimento, eles devem ser analisados individualmente, a fim de se verificar o propósito e motivação de cada um, não devendo ser feita uma análise generalizada, sem atenção às peculiaridades de cada caso concreto.

A nosso ver, somente uma análise individualizada dos casos pode permitir a identificação da sua motivação, impedindo assim a impunidade por casos que podem possuir uma motivação disfarçada.

Dar tratamento genérico, unicamente por se tratarem de crimes cometidos durante período de conturbação política, trata-se, a nosso ver, de dar fim a todos os institutos legais de repressão ao crime. Estar-se-á permitindo a impunidade para o cometimento de todo e qualquer tipo de crime comum, praticado contra cidadãos, civis, particulares, à mera alegação de crime político, de crime contra o “*establishment*”.

Ressaltamos que, ainda que se admita que Battisti tenha cometido algum crime de natureza política, tendo sido condenado pela primeira vez, por crimes de “ações subversivas”, anterior aos crimes que fundamentam o pedido de extradição, tal fato não pode impedir a extradição, pois que se tratam de crimes diversos, não tendo sido reconhecida nenhuma relação entre eles¹⁸⁶.

Tanto assim que, como visto no Capítulo 1, o Supremo Tribunal Federal negou o pedido da defesa para que o Estado Italiano fosse compelido a juntar aos autos a sentença anterior, entendendo o Ministro Relator, Cezar Peluso, que não havia necessidade de juntada, uma vez que não havia relação entre as condenações e o pedido de extradição não era fundamentado nos crimes anteriores, mas apenas nos crimes de homicídio ora analisados.

Conforme afirma J. Puende Egido, não parece razoável excluir a

¹⁸⁶ Lembramos que, conforme descrito no capítulo 1, a defesa de Battisti requisitou que o Estado Italiano fosse compelido a juntar aos autos do processo de extradição a sentença do processo anterior, em que foi condenado por “ações subversivas”. Contudo, o Supremo Tribunal Federal entendeu que desnecessária a juntada, pois que o crime de “ações subversivas” não fundamentava o pedido de extradição, sendo, portanto, irrelevante.

extradição de uma pessoa condenada por delitos de direito comum pela simples razão de que a mesma teria cometido uma infração política não sujeita à extradição, quando o Estado requerente garante, satisfatoriamente, a sua intenção de não estender a sua ação punitiva a crimes de natureza política¹⁸⁷.

Sobre os homicídios do agente de custódia Antonio Santoro e do agente de polícia Andrea Campagna, entendemos que aceitável a hipótese, ao menos no plano teórico, que estes poderiam ter um caráter político, na medida em que, tratando-se de funcionários do aparelho estatal, inclusive de repressão, sendo um agente de polícia e outro agente do cárcere, poderiam ser considerados representantes do Estado, sobre o qual se insurgem aqueles que se dizem revolucionários.

Ainda assim, há que se ressaltar que os referidos crimes não foram cometidos em um ato ou demonstração política, durante algum tipo de manifestação ou mesmo durante algum tipo de atentado à alguma instituição parte do Estado, o que enfraquece o possível caráter político. Isto é, as duas vítimas foram mortas quando não estavam no exercício de suas funções. Antonio Santoro saía de casa para se dirigir ao trabalho, enquanto Andrea Campagna acompanhava o futuro sogro à loja de sapatos.

Destaca-se que Cesare Battisti havia sido detido, anteriormente, no cárcere de Udine e conhecia, pessoalmente, o agente de custódia Antonio Santoro. Sobre Andrea Campagna, tem-se que o agente da polícia havia participado de algumas prisões, durante as investigações do homicídio de Pierluigi Torregiani (do qual Battisti também foi acusado), de outros membros do PAC, trazendo elementos de vingança como motivação para os crimes¹⁸⁸.

Importante notar que a presente análise é feita exclusivamente através dos conceitos em abstrato aqui estudados e elementos trazidos aos autos do processo de Extradição n. 1085, não sendo analisadas provas que teriam sido utilizadas nos processos criminais que tramitaram na Justiça Italiana.

Entendemos que a análise de provas é incabível, pois que escapa à

¹⁸⁷ EGIDO, J. Puende. *L'Extradition en Droit International: Problèmes Choisis*. In: *Collected Courses of The Hague Academy of International Law* Volume: 231. Editora Brill Nijhoff, Leiden, 1991. p. 123. No original: “ne nous semble pas raisonnable d'exclure l'extradition d'une personne reconnue coupable de délits de droit commun pour la simple raison qu'elle aurait commis un délit politique non susceptible d'extradition, à conditions toutefois que l'Etat requérant garantisse de façon satisfaisante son intention de ne pas étendre son action punitive aux délits de nature politique.”

¹⁸⁸ Relato dos crimes foram juntados às folhas 65/73 do processo de Extradição n. 1085.

competência do Supremo Tribunal Federal, que não pode ser utilizado como um tribunal de recursos contra uma sentença estrangeira.

Assim, reconhecemos que questionável a caracterização dos crimes, seja como político, seja como crime comum, ante a subjetividade da matéria.

A partir do momento em que não admitimos a reanálise das provas dos processos criminais na Justiça Italiana, nos cabe apenas tomar por verdadeira a existência de provas válidas que demonstram a vingança como motivação para estes crimes.

Dito isso, não nos parece o mais correto admitir a possibilidade de existência de duas motivações para o mesmo crime: a motivação política e a vingança pois não conseguimos enxergar uma conexão entre elas. Nossa interpretação, aqui, é no sentido de que, em verdade, haveria uma motivação de vingança que a defesa tenta disfarçar de motivação política.

Admitimos, todavia, que a motivação pode não ser a mesma para todos os indivíduos envolvidos. Isto é, tendo o crime sido praticado em conjunto com outros indivíduos, temos que a motivação de cada um desses indivíduos pode ser distinta, de forma que, para um outro agente que tenha participado da execução do crime ou do seu planejamento, sua motivação, poderia ser, de fato, política, se, juntamente, admitirmos, na hipótese, que o crime praticado contra um agente representante do Estado, seria um crime contra a ordem estatal.

No caso em tela, não nos cabe apreciar a motivação de outros criminosos e, em se tratando de uma questão que envolve o foro íntimo de cada um dos participantes, entendemos que a motivação de um não pode ser estendida aos outros, de forma genérica, apenas pelo fato de terem praticado o crime juntos, razão pela qual deve ser feita uma análise individualizada da motivação por traz dos crimes, com relação, exclusivamente, à Cesare Battisti.

No que diz respeito aos homicídios de Pierluigi Torregiani e Lino Sabbadin, estes nos parecem menos controversos, isto é, de mais fácil análise.

Apesar da defesa insistir que se tratam de crimes políticos, afirmando Luís Roberto Barroso e Carmen Tibúrcio que presentes todos os elementos para sua caracterização, do nosso ponto de vista, mais uma vez, não conseguimos vislumbrar a alegada motivação política ou a finalidade política.

No homicídio do açougueiro Lino Sabbadin nos parece evidente o motivo de vingança, uma vez que em dezembro de 1978, aproximadamente dois meses

antes do homicídio, companheiros do grupo de Battisti haviam tentado assaltar o açougue, quando Lino Sabbadin, que portava, legalmente, uma arma de fogo, reagiu ao assalto, matando um dos assaltantes em legítima defesa.

Fatos similares envolveram o homicídio do joalheiro Pierluigi Torregiani, que, em 23/01/1979, pouco mais de um mês antes do seu assassinato, se encontrava no restaurante Transatlântico de Milão, quando, novamente, o grupo do qual Battisti fazia parte tentou praticar um assalto, tendo Torregiani e outros indivíduos presentes, que também portavam armas de fogo, reagido, em legítima defesa, mataram um dos delinquentes.

Assim, estes assassinatos teriam sido motivados por vingança, pelas mortes dos companheiros, não havendo qualquer conotação política nos crimes, visão esta da qual compartilhamos.

Nossa análise vai além da motivação de vingança. Ainda que se questione as evidências que demonstram tal elemento, nos parece claro que, qualquer que possa ser a motivação e a finalidade dos crimes de Torregiani e Sabbadin (obtenção de lucro, talvez), estas nunca foram políticas.

Após as diversas apreciações que fizemos ao longo deste trabalho, não conseguimos, em nenhuma hipótese, vislumbrar como o assassinato de um açougueiro que trabalhava no momento do crime e um joalheiro que caminhava na rua, possa ser considerado como um ato subversivo contra o Estado, sua forma de governo ou sua organização política.

Ressaltamos que não foi levantado nenhum indicativo de que as vítimas Lino Sabbadin e Pierluigi Torregiani, além de seus trabalhos como açougueiro e joalheiro, teriam qualquer vinculação com o governo ou com o Estado. Não eram políticos ou candidatos a qualquer cargo eletivo, não possuindo qualquer tipo de filiação partidária ou a grupos relacionados a movimentos sociais, sendo meramente comerciantes, cidadãos comuns. Também, estes cidadãos, no momento dos crimes, não se encontravam sequer próximos a um local onde ocorria qualquer tipo de manifestação ou ato político, que pudesse justificar os crimes como decorrentes de um confronto entre manifestantes, revolucionários e o Estado.

Ao contrário, os homicídios se deram de forma premeditada, com a utilização de emboscada, tendo sido empregados disfarces e tendo os criminosos aguardado cada uma das vítimas passarem por seus locais habituais, sendo seus

respectivos hábitos previamente estudados e identificados no planejamento de cada um dos crimes.

Lembramos, ainda, que, em relação ao homicídio de Lino Sabbadin, este foi morto após os criminosos indagarem se ele se tratava mesmo de Sabbadin, atirando após a vítima confirmar sua identidade, evidenciando que o objetivo do crime era o assassinato desta vítima específica, não se tratando de uma vítima colateral, por exemplo, de um crime de latrocínio.

Concluimos, portanto, que acertada a decisão do Supremo Tribunal Federal em afastar a alegação de caráter político dos crimes, para inexistindo assim impedimento para o deferimento da extradição.

3.

Os Atos Administrativos e o Caso Cesare Battisti

Antes de entrarmos no conceito de ato administrativo, cabe estabelecermos que este difere de ato da administração e fato administrativo e não devemos confundi-los.

Os fatos administrativos expõem a atividade, material, prática, da Administração Pública. O seu fundamento é, como regra, o ato administrativo, porém o fato pode ser anterior ao ato¹⁸⁹.

Miguel Seabra Fagundes nos dá um bom exemplo que ajuda a vislumbramos a diferença: quando da apreensão de bens, primeiro temos a operação que resulta na apreensão e, somente depois, vem o ato administrativo que, no caso, é o auto de apreensão¹⁹⁰.

Quando não regido pelo direito privado, os atos são chamados de atos da Administração, tais como contratos de compra e venda e contratos de aluguel, não sendo caracterizados como atos administrativos¹⁹¹.

Os atos administrativos, por sua vez, materializam, exteriorizam, uma vontade da Administração Pública e devem possuir uma finalidade pública. José dos Santos Carvalho Filho afirma que deve o ato ser regido basicamente, pelo direito público e ser praticado por um agente competente, no uso de prerrogativas públicas¹⁹².

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua o ato administrativo como:

“Declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeita a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.”¹⁹³

Similarmente, Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma que o ato

¹⁸⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 91.

¹⁹⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 50/51.

¹⁹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. Cit. p. 92.

¹⁹² Ibid. p. 94.

¹⁹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 389.

administrativo é “a declaração do Estado, ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”¹⁹⁴.

Antônio Carlos Cintra do Amaral, por sua vez, entende que o ato administrativo é: “a norma jurídica concreta, criada pelo Estado no exercício da função administrativa, que produz efeitos, diretamente, na esfera jurídica dos particulares, fora, portanto, do âmbito do aparelho estatal”¹⁹⁵.

A partir destas conceituações feitas pela doutrina, podemos extrair alguns elementos básicos do ato administrativo: deve ser praticado por um agente competente, sendo tal competência decorrente da lei, bem como deve possuir uma finalidade pública, ainda que produza efeitos na esfera de pessoas e entes particulares.

Conforme ensina José Cretella Júnior, cabe ao Poder Executivo, por excelência, a prática de atos administrativos. Todavia, não se trata de uma exclusividade do Poder Executivo, podendo ser praticados, também, pelos Poderes Executivo e Judiciário¹⁹⁶.

Ressaltamos que nenhum dos três Poderes do Estado, Executivo, Legislativo e Judiciário, estão limitados à sua função principal, possuindo, cada um, funções típicas e atípicas, sem que seja caracterizada violação ao princípio da separação dos poderes.

Queremos dizer que, apesar do Poder Executivo ter como função precípua a administração do Estado, ele também exerce a função legislativa, por exemplo, ao editar medidas provisórias. Da mesma forma, o Poder Judiciário exerce uma função legislativa ao editar normas regimentais internas, e o Poder Legislativo exerce a função atípica, judicante, por exemplo, quando o Senado federal processa e julga o Presidente da República, nos casos de crimes de responsabilidade.¹⁹⁷

¹⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 203.

¹⁹⁵ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Extinção do Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 08.

¹⁹⁶ CRETILLA JÚNIOR, José. *Dos Atos Administrativos Especiais*. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 17.

¹⁹⁷ Diogo de Figueiredo Moreira Neto explica: “Ao se afirmar que o ato administrativo é manifestação da vontade da Administração Pública, não se quer restringi-lo aos praticados por entes, órgãos e agentes do Poder Executivo; se assim o fosse, não se teria mais do que um conceito formal. Mas como os demais Poderes do Estado também devem exercer as respectivas funções administrativas que lhes competem, resulta que tal conceito deve abranger a totalidade do gênero, portanto, incluindo quaisquer atos administrativos praticados pelos órgãos da

Os atos administrativos podem ser materializados, através de decretos, regimentos, instruções, resoluções, alvarás, portarias, circulares, provimentos, avisos, dentre outros.

Não nos cabe conceituar e descrever cada um destes instrumentos. Contudo, destacamos que o decreto é um instrumento utilizado exclusivamente pelos Chefes do Poder Executivo, em âmbito federal, estadual, municipal e distrital.

A expulsão de estrangeiros é realizada através de decreto presidencial que manifesta, formalmente, a vontade do Estado.

Para além do conceito de ato administrativo, Miguel Seabra Fagundes defende a existência de três gradações de atos: o ato administrativo como gênero; o ato político (ou de governo), como espécie; e o ato administrativo de sentido exclusivamente político, que seria uma subespécie. Afirma o autor que a conceituação do ato administrativo político é elástica, não sendo possível definir com precisão, sendo necessário analisar o elemento da finalidade do ato, para diferenciá-lo do ato administrativo “não político”, o que também acarreta em uma análise subjetiva¹⁹⁸.

Compartilha desse pensamento, Odete Medauar, para quem o ato político, ou de governo está inserido no gênero “ato administrativo”, sendo “*dotado de predominante aspecto político, vista a função governamental desempenhada pela Chefia do Executivo*”¹⁹⁹.

José Cretella Júnior, cita, como exemplo de ato administrativo político, “*a manifestação do Presidente da República, concretizada em decreto, declarando a expulsão de estrangeiro indesejável*”²⁰⁰.

Destacamos que, neste ponto, a doutrina é divergente. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, os atos políticos ou de governo não devem ser considerados como atos administrativos, uma vez que correspondem a uma função puramente política, e não administrativa²⁰¹.

magistratura, pelos órgãos do Poder Legislativo e pelos demais órgãos constitucionalmente independentes.” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 150)

¹⁹⁸ FAGUNDES, Op. Cit., p. 196-198.

¹⁹⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 176.

²⁰⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. P. 160.

²⁰¹ MELLO, 2014. Op. Cit., p. 387-387.

José dos Santos Carvalho Filho também discorda do posicionamento de Miguel Seabra Fagundes, entendendo que atos de governo ou atos políticos emanam diretamente da lei, com maior liberdade de ação, não podendo ser qualificados como ato administrativo²⁰².

Considerando as exposições doutrinárias, somos tendentes a concordar com a classificação dos atos políticos, ou de governo, como sendo uma espécie de “ato administrativo”. Assim nos parece mais adequado, porquanto, ainda que o ato político seja dotado de maior liberdade, seja um exercício do poder soberano, ele não deixa de expressar e materializar uma vontade da Administração Pública.

Ademais, deve ser considerado o fato de que mesmo os atos políticos nem sempre poderão ser classificados como atos inteiramente discricionários, conforme será demonstrado.

Bruno Francisco Cabral Aurélio faz ainda uma distinção, apresentando, como uma classificação do ato administrativo, o “ato administrativo ampliativo da esfera jurídica dos administrados” ou, apenas, “ato administrativo ampliativo”, a qual depende da análise do conteúdo do ato e do seu resultado, isto é, dos efeitos que produz sobre os direitos e deveres dos administrados²⁰³.

A nosso ver, esta classificação proposta por Bruno Francisco Cabral Aurélio não possui muita relevância prática. Entendemos assim, pois, para efeitos de anulação e revogação dos atos administrativos, sempre deverá ser feita uma análise das repercussões e efeitos do ato, independentemente de sua nomenclatura, a fim de se verificar a existência de direitos adquiridos e, como buscaremos demonstrar, nem todo ato que produz benefícios ao administrado, necessariamente, irá gerar um direito adquirido.

É relevante consignar que os atos administrativos podem, ainda, ser classificados de acordo com a sua duração de efeitos. Isto é, existem atos cujo efeito é exaurido imediatamente, em uma única ação e atos cujos efeitos são continuados, protraindo-se no tempo.

O ato quando exaurido, torna sem efeito prático, a sua eventual revogação. Isto pois, por exemplo, no caso de uma autorização para uma manifestação em um local público, uma vez que ocorrido o fato (manifestação), fosse a Administração

²⁰² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Op. Cit., p. 92.

²⁰³ AURÉLIO, Bruno Francisco Cabral. *Atos Administrativos Ampliativos de Direitos: Revogação e Invalidação*. São Paulo: Malheiros, 2011. P. 39/40.

Pública revoga-lo, estaria praticando um ato inócuo.

Sobre a duração dos efeitos do ato administrativo, destacamos o ensinamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“Os atos instantâneos não apresentam maiores dificuldades técnicas, uma vez que toda a sua possível eficácia pretendida se esgotará em uma só execução. Diferentemente, os atos continuados, que a projetam no tempo, exige que o interprete distinga, por sua vez, os direitos adquiridos a uma eficácia dilatada, da mera expectativa de direitos a uma continuidade da produção de efeitos, atentando, para isso, para a diferença entre a natureza vinculada ou discricionária do ato continuado.”²⁰⁴

A análise dos efeitos do ato no tempo, nos é relevante uma vez que afeta diretamente, a questão da sua possibilidade de revogação, que será objeto do estudo mais adiante.

No mais, os atos administrativos podem ser discricionários ou vinculados. No posicionamento de Miguel Reale, eles podem ser vinculados quanto ao fim, ao conteúdo, e quanto aos meios (inteiramente vinculados); vinculados quanto ao conteúdo, mas discricionários quanto aos meios; discricionários quanto ao conteúdo e meios (inteiramente discricionários); e discricionário quanto ao conteúdo e vinculado quanto aos meios.²⁰⁵

Entende-se por ato discricionário quando este possui elementos variáveis, que permitem ao agente público limitar o conteúdo do ato, utilizando-se de critérios de conveniência e oportunidade. Já o ato vinculado possui determinações já estabelecidas em lei, não podendo o agente público escolher os limites do ato.

Regis Fernandes de Oliveira afirma que, em verdade, não se pode falar em ato totalmente discricionário, mas sim, que há um conteúdo discricionário, que permite certa liberdade ao agente que pratica o ato administrativo, dentro de limites traçados pelo legislador, fazendo uma escolha, dentre as soluções apresentadas na norma legal, sem perder a finalidade pública²⁰⁶.

Esta ideia fundamenta-se no pensamento Kelseniano, uma vez que, podemos dizer, os elementos dos atos administrativos discricionários dependem, de um prévio quadro normativo, uma moldura, permitindo diversos resultados

²⁰⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 171.

²⁰⁵ REALE, Miguel. *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 42.

²⁰⁶ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato Administrativo*. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 76/78.

dentro das indeterminações legislativas:

“Em todos os casos de indeterminação, intencional ou não, do escalão inferior, oferecem-se várias possibilidades à aplicação jurídica. O ato jurídico que efetiva ou executa a norma pode ser conformado por maneira a corresponder a uma ou outra das várias significações verbais da mesma norma, por maneira a corresponder à vontade do legislador. (...) uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação.”²⁰⁷

Assim, o ato administrativo discricionário possui elementos de conveniência e oportunidade, frise-se, quando permitido pela norma, enquanto o ato vinculado, em oposição, não permitiria este juízo.

Marçal Justem Filho define a discricionariedade como:

“o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico. A discricionariedade é um tipo de disciplina legislativa. A lei pode conter todos os elementos necessários à sua aplicação – a isso se denomina disciplina normativa vinculada. Por outro lado, pode demandar que alguns desses elementos sejam verificados em vista do caso concreto – a isso se denomina disciplina normativa discricionária.”²⁰⁸

Gilmar Mendes, em seu voto no processo de Extradicação n. 1085 também conceituou a discricionariedade da seguinte maneira:

“o conceito de discricionariedade é justamente este: em simples termos, a existência de uma margem de livre apreciação, segundo critérios de oportunidade conveniência, precisamente delimitados normativamente, seja por meio de cláusulas gerais, conceitos normativamente indeterminados, preceitos normativos abertos e/ou indeterminados etc. lembremos aqui a tão citada moldura normativa concebida por Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito. Discricionariedade pode ser assim conceituada como existência de alternativas interpretativas, sempre dentro do quadro ou moldura delimitada normativamente”.²⁰⁹

Exemplo comum do ato administrativo vinculado, citado por José dos Santos Carvalho Filho, é a licença para exercício de profissão: uma vez que o cidadão preenche os requisitos estabelecidos pela lei, para obtenção de licença para exercício de determinada profissão, o agente público não pode negar a licença ou restringir o exercício da profissão²¹⁰.

²⁰⁷ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 390.

²⁰⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 244.

²⁰⁹ Página 505 do Inteiro Teor do Acórdão proferido na Extradicação n. 1085.

²¹⁰ CARVALHO FILHO, Op. Cit., p. 105.

Bem explica Hely Lopes Meirelles que o poder discricionário da Administração Pública deriva da norma jurídica, que concede liberdade de escolha para que o administrador, conhecedor da realidade e capaz de analisar cada caso, possa apreciar os motivos do ato, a sua conveniência e oportunidade. Por outro lado, o poder vinculado é aquele que a lei confere à Administração Pública para a prática de ato, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização²¹¹.

Desta forma, o poder discricionário permite a ponderação de diversos interesses secundários, que não necessariamente são interesses públicos, face a um interesse primário, que é o interesse público, elemento fundamental de todos os atos administrativos²¹².

Devemos notar que está superada a ideia de que um ato administrativo pode ser inteiramente vinculado, pois, conforme afirma Hely Lopes Meirelles, “*haverá sempre aspectos sobre os quais a Administração terá opções na sua realização*”²¹³.

Assim, segue explicando o autor, que o caracteriza o ato vinculado “*é a predominância de especificações da lei sobre os elementos deixados livres para a Administração*”, porém o ato discricionário sempre será vinculado quanto aos critérios de competência, forma e finalidade²¹⁴.

Nos parece bem claro que há uma unanimidade na doutrina, ao expressar que a não existem atos administrativos inteiramente discricionários. Contudo, face a controvérsia a respeito da classificação do ato exclusivamente político como espécie de ato administrativo, surge a questão: admitindo-se o ato político como ato administrativo, seria o primeiro inteiramente discricionário? Nesse caso, seríamos obrigados a voltar atrás para dizer, então, que existem atos administrativos inteiramente discricionários? É o que se pretende estudar.

Tendo em vista os elementos de conveniência e oportunidade constantes nos atos administrativos discricionários, questiona-se a possibilidade de revisão destes pelo Poder Judiciário.

²¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 138-139.

²¹² POLTRONIERI, Renato. *Discricionariedade dos Atos Administrativos e a Ambiguidade da Norma Jurídica Positiva*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Juarez Tavares de Oliveira, 2002. p. 79.

²¹³ MEIRELLES, Op. Cit., p. 139.

²¹⁴ MEIRELLES, Op. Cit., p. 139-140.

Como visto, ainda que o ato administrativo seja discricionário, não significa que a Administração Pública pode proferir um ato da forma como bem entender, devendo-se respeitar os requisitos legais previamente determinados, tais como a competência e a finalidade, atendendo-se ao princípio da legalidade²¹⁵.

Um ato emanado por um órgão sem competência é um ato nulo. Assim como o desvio de finalidade pode caracterizar abuso de poder e tornar o ato nulo ou anulável.

Juarez Freitas destaca como requisitos de validade dos atos administrativos: (a) a competência, (b) a finalidade pública, (c) a forma prescrita em lei (d) a motivação congruente e consistente (com indicação explícita de fatos e fundamentos jurídicos) e (e) objeto determinável, possível e revestido de juridicidade,²¹⁶ sendo o atendimento a estes requisitos passíveis de revisão pelo Poder Judiciário.

Aqui já podemos começar a responder à uma das perguntas anteriormente propostas. Considerando o ato exclusivamente político como um ato administrativo, não o vemos como inteiramente discricionário, ainda que decorrente do exercício da soberania. Isto pois, terá que atender, ao menos, ao requisito legal da competência, lembrando que determinados órgãos podem proferir atos exclusivamente políticos, por delegação (artigo 84, parágrafo único da Constituição Federal de 1988).

Ainda, como já citado acima, José Cretella Júnior afirma que a expulsão de um estrangeiro é um ato administrativo político. Aceitando-se este exemplo como um ato administrativo político, então é imperativo concluirmos que o ato político não será, necessariamente, inteiramente discricionário, uma vez que, assim como são impostas limitações à extradição, o Estatuto do Estrangeiro estabeleceu, e a Nova Lei de Migração manteve, no artigo 55, diversos casos em que não se procederá à expulsão, limitando-se o poder discricionário político.

Entende-se que o Poder Judiciário poderia analisar e rever se o ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, no que tange à sua legalidade. Porém, com relação aos atos administrativos discricionários, não poderia, o Poder

²¹⁵ A legalidade é princípio da Administração Pública, segundo o qual a Administração Pública somente pode fazer o que a lei permite, em oposição ao particular, que pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, vigorando, para este último, o princípio da autonomia da vontade. (DI PIETRO, Op. Cit., p. 64-65).

²¹⁶ FREITAS, Juarez. Discricionariedade Administrativa: O Controle de Prioridades Constitucionais. In *Revista NEJ - Eletrônica*, Vol. 18 - n. 3 - set-dez 2013. p. 418.

Judiciário, rever o seu mérito, porquanto inserido nos critérios de conveniência e oportunidade.

Neste sentido, afirma Hely Lopes Meirelles:

“Erro é considerar-se o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois a Justiça poderá dizer sobre sua legitimidade e os limites de opção do agente administrativo, ou seja, a conformidade da discricionariedade com a lei e com os princípios jurídicos. No exame dessa conformidade a razoabilidade e a proporcionalidade devem ser conjugadas com a necessidade do próprio ato. O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz. Não pode, assim, invalidar opções administrativas ou substituir critérios técnicos por outros que repare mais convenientes ou oportunos, pois essa valoração é privativa da Administração”.²¹⁷

Desta forma, temos que mesmo os atos discricionários, uma vez que dotados de elementos vinculados, podem ser submetidos ao crivo do Poder Judiciário. Nos cabe, então, buscar definir, para este estudo, como devem ser classificados os atos praticados pelo Ministro da Justiça e pelo Presidente da República, no caso de concessão de refúgio e extradição de Cesare Battisti.

3.1.

O Ato Administrativo Praticado Pelo Presidente do CONARE

Ressaltamos que, na pesquisa realizada, não encontramos nenhum autor ou mesmo outro trabalho de pesquisa, que tenha se encarregado de analisar, especificamente, o ato administrativo praticado pelo Ministro da Justiça que reforma a decisão do CONARE para conceder, ou negar, pedido de refúgio.

Exceção está presente no já citado livro *Direito Constitucional Internacional* de Carmen Tiburcio e Luís Roberto Barroso, o qual não analisa as decisões de forma abstrata, mas menciona a decisão do Ministro da Justiça, especificamente no caso de Battisti, procedendo a um relato dos argumentos apresentados pela defesa de Battisti, com a comparação feita pela mesma, do caso com o, também já citado, processo de Extradição n. 1008/República da Colômbia, apenas para concluir o capítulo com o texto: “*Com isso a defesa demonstrou a simplicidade da questão: concedido o refúgio, o processo de extradição não havia*

²¹⁷ MEIRELLES, Op. Cit., p. 142.

de prosseguir”²¹⁸.

A exposição dos autores não entra em nenhuma análise de mérito, do ponto de vista do direito administrativo, e não faz referência a outros doutrinadores, sendo o único comentário dos autores, sobre os argumentos da defesa e os votos dos Ministros no julgamento do processo de Extradicação n. 1008, o citado no parágrafo acima.

Assim, a análise que se segue é feita com base nas decisões do Supremo Tribunal Federal e nos conceitos do direito administrativo, trazidos de forma ampla.

No julgamento do processo de Extradicação de Cesare Battisti, o Ministro Relator Cezar Peluso afirmou que o reconhecimento da condição de refugiado constitui ato administrativo vinculado, pois que necessário o atendimento aos requisitos expressos e taxativos que a lei lhe impõe, como condição necessária de validade²¹⁹.

Tal entendimento decorre da capitulação das hipóteses em que o refúgio pode ser deferido e as hipóteses em que não pode, “*sem lugar para formulação discricionária de juízo de conveniência ou oportunidade, sem grosseiro abuso ou carência de poder jurídico*”²²⁰.

Em seu voto divergente, a Ministra Cármen Lúcia afirmou discordar do Ministro Relator, ao argumento de que, atualmente já não se fala em ato vinculado e ato discricionário, não existindo um ato inteiramente vinculado ou inteiramente discricionário, uma vez que todos os atos administrativos possuem elementos de vinculados, tais como competência, forma e finalidade e, alguns, possuem elementos de maior discricionariedade. Assim, há que se falar apenas em poder discricionário, que deve ser “*simplesmente o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal*”²²¹.

Como visto acima, a exposição da Ministra, se encontra em pleno acordo com o pensamento doutrinário moderno.

Especificamente sobre a decisão do Ministro da Justiça, Presidente do CONARE, destacamos o trecho do voto da Ministra Cármen Lúcia:

²¹⁸ TIBURCIO e BARROSO, Op. Cit., 385.

²¹⁹ Supremo Tribunal Federal. Extradicação 1085. Op. Cit., p. 22.

²²⁰ Ibid., p. 22.

²²¹ Ibid. p. 233-234.

“Não pudesse a autoridade do Poder Executivo decidir sobre o pedido de refúgio em grau recursal, seria inócua, de um lado, a competência a ela conferida para examiná-lo. (...) Ou a norma do artigo 29 da Lei n. 9474 seria um nada normativo ou seria ineficaz, pois inconstitucional este Supremo Tribunal já afirmou que ela não é. (...) O que se teve na espécie, portanto, foi exatamente o exercício dos elementos de discricionariedade do ato recursal provido pelo Ministro da Justiça, que atuou no desempenho de competência que lhe foi conferida legalmente.”²²²

No mesmo sentido, afirmou o Ministro Joaquim Barbosa, também em voto divergente, que “*o deferimento do refúgio é questão da competência política do Poder Executivo, condutor das relações internacionais*”²²³.

Estes votos descrevem bem a questão a ser analisada, a qual se mostra bem controvertida: o ato praticado pelo Ministro da Justiça, ao reformar a decisão do CONARE para deferir a concessão de refúgio, é um ato administrativo discricionário ou vinculado? Ou, ainda, seria um ato exclusivamente político, de governo, o qual a doutrina diverge sobre a sua classificação como ato administrativo?

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do processo de Extradicação n. 1008/República da Colômbia²²⁴, decidiu, por maioria dos votos, extinguir o processo, sem julgamento do mérito, uma vez que havia sido deferido, pelo CONARE, o pedido de refúgio. Neste caso, o entendimento da Corte foi no sentido de que é válida a lei que reserva ao Poder Executivo a competência para tomar decisões que tenham reflexo no plano das relações internacionais, lhe sendo privativo o poder de conceder asilo e refúgio, sendo, no caso, o já citado artigo 33 da Lei n. 9474/97²²⁵.

Na ocasião do Julgamento da extradicação do colombiano Francisco Antonio Cadena Collazos, restou vencido o Ministro Relator, Gilmar Mendes, para quem deveria se proceder com a extradicação²²⁶.

²²² Ibid. p. 236-237.

²²³ Ibid. p. 227.

²²⁴ No processo de Extradicação n. 1008, foi requerida a extradicação de Francisco Antonio Cadena Collazos, também conhecido por seus codinomes, Oliverio Medina, Camilo Lopez e Cura Camilo, para fins de instrução de investigação criminal, sendo o extraditando, sacerdote da Igreja Católica à época dos fatos, acusado de participação em ação militar das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC), homicídio, “sequestro extorsivo”, terrorismo e rebelião. A acusação tinha o extraditando como um dos comandantes das FARC, e teria atacado a base nacional do exército em Los Girasoles, em 08/01/1991, ocasião em que foram mortos um oficial e um suboficial das forças armadas da Colômbia e outros 17 (dezessete) militares foram sequestrados. (páginas 218/219) do Inteiro Teor do Acórdão.

²²⁵ Supremo Tribunal Federal. Extradicação n. 1008/República da Colômbia. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Publicado no DJ em 17/08/2007. Inteiro Teor do Acórdão, p. 216.

²²⁶ Voto do Ministro Gilmar Mendes se encontra às folhas 231/250 do Inteiro Teor do Acórdão no

Nota-se, neste precedente, que a decisão do Supremo Tribunal Federal, assim como no processo de extradição de Cesare Battisti, não foi unânime, havendo sempre divergência, entre os Ministros, sobre a possibilidade de revisão do ato que concede o refúgio.

Em que pese o processo de Extradição n. 1008 de Francisco Collazos ter sido utilizado como precedente para os votos divergentes, tendo sido também destacado por Carmen Tibúrcio e Luís Roberto Barroso²²⁷ como justificativa para o não prosseguimento do processo de extradição de Battisti, entendemos haver uma diferença fundamental entre os dois casos.

No caso de Battisti, como visto nos capítulos anteriores, foram praticados 4 (quatro) crimes de homicídio qualificado, os quais eram classificados como crimes comuns.

Já no caso de Collazos, os crimes que lhe eram imputados tratavam-se de crimes praticados em ação militar, contra a base nacional do exército colombiano, sendo classificados como terrorismo e rebelião, sendo este último, a nosso ver, claramente político.

Ressalte-se que a classificação dos crimes como de terrorismo e rebelião não foi feita pelo CONARE, mas sim, trata-se de uma classificação feita pela Justiça Colombiana, em conformidade com a lei penal do Estado requerente.

Resgatemos, então, as disposições legais sobre a concessão de refúgio.

O parágrafo segundo do artigo 77 do, atualmente revogado, Estatuto do Estrangeiro, determinava que apenas o Supremo Tribunal Federal poderia apreciar o caráter da infração, sendo tal competência exclusiva. Assim, não caberia a nenhum outro Tribunal ou instância administrativa, apreciar se determinada infração teria natureza de crime político.

A Nova Lei de Migração alterou, em parte a redação do referido parágrafo, passando a constar, no seu parágrafo segundo do artigo 82 o texto: “Caberá à autoridade judiciária competente a apreciação do caráter da infração”.

Da interpretação dos dois artigos, concluímos que, apesar da mudança no texto legal, permanece o Supremo Tribunal Federal, e somente ele, competente para apreciar a natureza da infração.

Isto pois, o novo texto do artigo 82, parágrafo 2º da Nova Lei de Migração,

Processo de Extradição n. 1008/República da Colômbia.

²²⁷ TIBURCIO e BARROSO, Op. Cit., p. 282-283.

determinou a competência como sendo da “autoridade judiciária”. Assim, temos que excluída a possibilidade de análise do caráter da infração penal por qualquer órgão ou autoridade administrativa.

Ainda, apesar da supressão do termo “exclusivamente” que constava no texto do parágrafo 2º do Estatuto do Estrangeiro, entendemos que a competência continua sendo exclusiva do Supremo Tribunal Federal, ainda que implicitamente, pelo fato de que apenas este Tribunal tem a competência para apreciar, originalmente, os processos de extradição. Assim, na prática, não vemos como outro Tribunal, em instância inferior, poderia vir a apreciar tal matéria²²⁸.

Mirtô Fraga, ao comentar o parágrafo 2º do artigo 77 do Estatuto do Estrangeiro, afirma ser este “supérfluo”, porquanto a lei brasileira não permite a extradição sem o prévio julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, quanto à sua legalidade e procedência, e “*é claro, se a Corte vai proceder a esse exame, apreciará, também, o caráter da infração*”²²⁹.

Contudo, o caso em estudo nos faz discordar da afirmação da autora. Como estamos vendo, há clara discordância entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, se poderia o Ministro da Justiça ou o CONARE, órgão integrante do Poder Executivo, apreciar o caráter da infração.

Fosse a lei omissa, inexistindo o referido parágrafo segundo, entendemos que a divergência seria agravada, posto que havendo uma lacuna legal que poderia permitir tal apreciação, também pela Autoridade Administrativa, em uma interpretação ampla.

Ademais, o artigo 3º, inciso III da Lei n. 9.474/97 é claro e expresso ao determinar que não serão beneficiadas pela condição de refugiado os indivíduos que tenham cometido crime hediondo, como é o caso do homicídio qualificado²³⁰.

Desta forma, vislumbramos apenas duas conclusões, no plano teórico, para a concessão do refúgio para Cesare Battisti, pelo Ministro da Justiça: 1) a decisão teria violado, claramente, o disposto no artigo 3º, inciso III da Lei n. 9.474/97, concedendo refúgio a um indivíduo condenado por crime hediondo, ou 2) a

²²⁸ Até a conclusão deste estudo, não foi publicado nenhum estudo ou livro comentando a nova lei, de forma que apresentamos, neste ponto, apenas nossa própria interpretação, relativa à mudança do texto legal.

²²⁹ FRAGA, Op. Cit., p. 303.

²³⁰ A legislação brasileira define o crime de homicídio qualificado como crime hediondo no artigo 1º, I da Lei n. 8.072/1990, enquanto o Código Penal define, as hipóteses de homicídio qualificado, no artigo 121, parágrafo 2º.

decisão, em seus fundamentos, procederia a apreciação da natureza da infração, fazendo uma requalificação desta, com o objetivo de afastar a aplicação do citado artigo 3º, III, violando, assim, a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Na prática, é forçoso concluir que ocorreu a segunda hipótese. Em sua decisão o Ministro Tarso Genro afirmou:

“Por fim, assinala-se que não há impedimentos jurídicos para o reconhecimento do caráter de refugiado do Recorrente. Embora se reporte a diversos ilícitos que teriam sido praticados pelo Recorrente, em nenhum momento o Estado requerente noticia a condenação do mesmo por crimes impeditivos do reconhecimento da condição de refugiado, estabelecidos no art. 3º, inc. III, da Lei nº. 9.474/97”²³¹

Em nosso entendimento a afirmação do Ministro de Estado da Justiça distorce os fatos evidentes no processo de Extradicação, ao afirmar que em nenhum momento o Estado requerente noticia a condenação por crimes comuns. Ao contrário, temos que o Estado Italiano fundamentou o pedido de extradicação exclusivamente nas condenações por quatro crimes de homicídio, comuns, que, como visto, não cabe à Autoridade Administrativa realizar qualquer interpretação sobre a natureza dos crimes para afastar a incidência do mencionado artigo 3º, inciso III da Lei n. 9.474/97.

Por esta razão, concordamos com o Ministro Relator Cezar Peluso, quando este afirmou, no julgamento do processo de extradicação de Cesare Battisti, que a decisão administrativa do Ministro Tarso Genro requalificou, como crimes políticos, os crimes pelos quais Cesare Battisti foi condenado, de forma indevida, invadindo a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal.

Em que pese a extradicação envolver matéria das relações internacionais, de competência do Presidente da República, nos parece inegável que a Lei n. 9.474/97 impôs limites à concessão do refúgio, os quais também se encontram previstos nas normas internacionais, não sendo o poder do Presidente da República, ou de quem o representa por delegação, ilimitado.

No mais, da análise destes artigos e dos conceitos apresentados sobre discricionariedade e vinculação do ato administrativo, chegamos à conclusão de

²³¹ Decisão proferida pelo Ministro de Estado da Justiça, Tarso Genro, em 13 de janeiro de 2009, nos autos do Processo Administrativo nº. 08000.011373/2008-83. Origem: CONARE. Disponível em https://www.conjur.com.br/dl/decisao_cesare_batti.pdf. Acessado em 15/12/2017

que a concessão de refúgio, seja pelo CONARE, em primeira instância, seja em grau de recurso, pelo Ministro da Justiça, este não pode ser considerado como ato exclusivamente político ou de governo, independentemente de considerarmos estes como ato administrativo, como defende Miguel Seabra Fagundes ou, função puramente política, e não administrativa, como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, ambos anteriormente citados.

Este também não pode ser considerado inteiramente discricionário, pelos mesmos fundamentos. Fosse um ato de soberania, exclusivamente político ou de governo, não haveriam critérios ou limitações estabelecidas na lei para a sua concessão. Neste caso, a norma poderia apenas determinar que o refúgio poderia ser concedido a critério do Ministro da Justiça, ou do CONARE, conforme a sua conveniência e oportunidade.

De tal modo, entendemos que se trata, de fato, de um ato administrativo predominantemente vinculado e não de um ato discricionário ou exclusivamente político.

A norma é clara no sentido de que não pode ser concedido refúgio a criminosos condenados, aqui se tratando de criminosos comuns, obviamente excluídos os criminosos políticos, estando aí presente o elemento de vinculação claro e inafastável, ressaltando-se, novamente, que é competência apenas do Supremo Tribunal Federal analisar e julgar se se tratam de crimes comuns ou políticos.

Lembramos que os elementos de vinculação não são vislumbrados somente ante as limitações estabelecidas na lei, no caso, no artigo 3º da n. 9.474/97, impeditivas da concessão de refúgio.

Tais elementos estão presentes, também, a nosso ver, na impossibilidade da Administração Pública em negar a concessão de refúgio, quando o indivíduo atende aos requisitos legais.

Entendemos que o princípio da não devolução, abordado no item 2.3.1 deste estudo, pode ser interpretado de forma ampla para considerar que o refúgio é um direito subjetivo do indivíduo que atende aos critérios para a sua concessão e que, por óbvio, que não se enquadra em nenhuma das hipóteses limitadoras do referido artigo 3º.

Ademais, o artigo 1º da Lei n. 9.474/97 determina que “será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:”, passando os seus incisos a estabelecer as

hipóteses e critérios. Enfatizamos, aqui, o termo “será”. Nota-se que o referido artigo não afirma, por exemplo, que “poderá ser reconhecido como refugiado”, o que estabeleceria um elemento de discricionariedade. O artigo utiliza apenas o termo “será”, de forma imperativa.

Nossa interpretação do artigo é, portanto, que este é categórico ao afirmar que todo indivíduo que atender aos requisitos estabelecidos nos incisos será (necessariamente) reconhecido como refugiado, previsto que não se encaixe em nenhuma das proibições do artigo 3º da mesma lei.

As imposições estabelecidas no artigo 3º da Lei n. 9.474/97, que implementou o Estatuto dos Refugiados de 1951, provém a Administração Pública com limitações ao poder concessivo do refúgio. Há, assim, uma moldura normativa, que a Administração Pública não pode ultrapassar.

Cumpramos ressaltar que, conforme explica Hely Lopes Meirelles, a mera existência de conceitos indeterminados ou imprecisos (como seria o caso do termo “fundado temor de perseguição”, constante no artigo 1º da Lei n. 9.474/97), não gera discricionariedade, mas necessidade de interpretação do conceito, a ser feita especialmente fundada nos princípios da finalidade e da razoabilidade. Assim, quando o texto legal usar conceitos indeterminados, a discricionariedade somente poderá ser reconhecida se a lei também autorizá-la²³².

Em outras palavras, um conceito indeterminado da lei, não gera discricionariedade, não se confundindo esta, com a necessidade de interpretação dos conceitos.

Concordamos com este entendimento. Para nós, o “fundado temor” não traz um elemento de discricionariedade, porquanto, a nosso ver, a discricionariedade está ligada a um juízo de conveniência e oportunidade. Dito isso, não entendemos possível que seja aplicada à conveniência e oportunidade da Administração Pública na interpretação do fundado temor.

Dito isso, não nos parece a mais correta a interpretação dada pela Ministra Cármen Lúcia, de que não pudesse o Ministro da Justiça decidir sobre o pedido de refúgio em grau recursal, seria inócua, a competência a ela conferida para examiná-lo pelo artigo 29 da Lei n. 9474/97.

Entendemos que as limitações impostas pelo citado artigo 3º, não excluem

²³² MEIRELLES, Op. Cit., p. 139-140.

ou tornam inócua a atuação do Ministro da Justiça. Apenas, esta decisão deve atender aos requisitos legais, não podendo ser um ato contrário à lei.

A atuação do Ministro da Justiça em grau recursal, nos parece, deve funcionar como uma segunda instância, para reapreciar o ato que foi praticado, inicialmente, pelo CONARE que, sujeito às mesmas limitações impostas pela lei, não está isento de proferir uma decisão, concedendo ou negando o refúgio, de forma contrária à lei. Pode-se dizer que funciona, assim, como um poder judicante atípico da Administração Pública.

O fato de o cargo de Ministro de Estado, se tratar de um cargo político, não significa que todas as suas decisões terão, obrigatoriamente, natureza política.

De fato, está na esfera da competência do CONARE e do Ministro de Estado da Justiça conceder o refúgio. Porém, como visto, o artigo 77, parágrafo 2º do Estatuto do Estrangeiro é claro ao definir que a competência para apreciar a natureza do delito é do Supremo Tribunal Federal, de forma que invade a competência da Corte, a decisão administrativa que procede a esta análise e justifica a concessão do refúgio nesta.

Uma vez que não cabe ao CONARE ou ao Ministro da Justiça analisar a natureza do delito, deve a Administração, sendo-lhe apresentado pedido de refúgio por pessoa condenada por crime de homicídio qualificado, indeferir o pedido, pois, caso contrário, estaria proferindo uma decisão *contra legem*, em clara violação ao artigo 3º da Lei n. 9.474/97.

A eventual discricionariedade administrativa, decerto, não permite a prática de atos contrários à norma legal, não devendo ser confundida a discricionariedade com poder ilimitado.

Relembremos que a decisão questionada concedeu à Cesare Battisti a condição de refugiado, não tendo sido concedido asilo político que, como visto, possui grau de discricionariedade mais elevado.

Apesar de não ser objeto do estudo analisar possíveis razões políticas por trás das decisões proferidas, não é possível deixar de apontarmos, para efeitos de reflexão pessoal, um possível interesse em se insistir no deferimento da condição de refugiado, não se procedendo à concessão de asilo político ou territorial, porquanto o segundo, à época do julgamento do caso, estando vigente o Estatuto do Estrangeiro, não produzia o efeito de impedir a extradição.

3.2.

O Ato Administrativo Praticado Pelo Presidente da República

Tendo o Supremo Tribunal Federal decidido, por maioria, pela anulação da decisão do Ministro da Justiça, retirando, assim, a condição de refugiado de Cesare Battisti e permitindo a sua extradição, surgiu um novo problema, qual seja, a recusa do Chefe do Poder Executivo, à época, Luiz Inácio Lula da Silva, em entregar Battisti para as Autoridades Italianas²³³.

No âmbito das relações exteriores, os efeitos desta decisão não estão restritos ao atrito político gerado entre as nações. Trata-se de uma violação ao princípio da voz única (*one voice principle*): “*nosso Estado não pode falar com duas vozes em determinada matéria, o Judiciário dizendo uma coisa e o Executivo outra*”.²³⁴

Não há dúvidas de que manifestações através de atos decisórios, diametralmente opostos, por parte de mais alto órgão do Poder Judiciário e do Chefe do Poder Executivo, sobre a mesma matéria, é capaz de gerar grande controvérsia.

Esta questão não se apresenta apenas nas relações internacionais. Há forte debate interno sobre a efetividade das decisões judiciais e a possibilidade de seu descumprimento pelo Poder Executivo, face ao princípio da separação de poderes²³⁵.

No julgamento da Reclamação n. 11.243 feita pela República Italiana, o Ministro Relator Gilmar Mendes reconheceu a problemática:

²³³ A negativa se deu através do acolhimento de parecer da Advocacia Geral da União AGU/AG 17/2010, o qual foi juntado às folhas 4.261/4.325 do processo de Extradição 1085/República Italiana. O parecer foi assinado pelo Consultor da União Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy e aprovado por despacho do Advogado Geral da União Substituto, Fernando Luiz Albuquerque Faria. Referido despacho foi juntado às folhas 4.326/4.330. Concluiu o parecer que não deveria se proceder à execução da extradição de Battisti, ante a existência de “*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*”.

²³⁴ “*Our state cannot speak with two voices on such a matter, the judiciary saying one thing, the executive another*”. (ATKIN, Lord, in COLLINS, Lawrence. *Foreign Relations and The Judiciary*. in *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 51 de Julho de 2002. p. 487)

²³⁵ Este debate se mostra presente, em especial, no controle difuso de constitucionalidade, sobre a necessidade, ou não, do Senado Federal editar resolução suspensiva de norma declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ante o disposto no artigo 52, X, da Constituição Federal, para que a decisão produza efeitos e se o Senado estaria vinculado à decisão da Corte. Contudo, podemos reconhecer as mesmas questões, no presente caso em estudo.

“Uma vez transitado em julgado o acórdão proferido pelo STF em extradição, entra-se numa fase de execução desse acórdão ou a decisão do Presidente é autônoma em relação ao processo de extradição no STF? A apreciação a fundo dessas questões também leva a outros problemas igualmente centrais, tais como o de saber se o Presidente da República pode se afastar dos fundamentos determinantes do acórdão do STF na extradição, ou até contrariá-los.”²³⁶

É nossa opinião que, no plano teórico do dever ser, a decisão do Supremo Tribunal Federal deveria vincular o Chefe do Poder Executivo, sob pena de se tornar uma decisão inócua.

Relembramos que, quando da discussão sobre a possível discricionariedade do Ministro da Justiça em conceder refúgio, a Ministra Cármen Lúcia afirmou que se o Ministro da Justiça não puder apreciar e decidir sobre a concessão de refúgio, em grau recursal, seria inócua, de um lado, a competência a ele conferida para examiná-lo, ou a norma do artigo 29 da Lei n. 9.474/97 seria um nada normativo.²³⁷

Podemos concluir, então, que permitir que o Chefe do Poder Executivo tome uma decisão contrária àquela proferida pelo Supremo Tribunal Federal, seria tornar inócua a atuação do Supremo Tribunal Federal.

Note-se que já afastamos a hipótese defendida pela Ministra Cármen Lúcia, no que diz respeito à atuação no Ministro da Justiça. Contudo, temos que, na hipótese do descumprimento da decisão do Supremo Tribunal Federal, o pensamento é válido: torna-se inócua a sua competência para apreciar a matéria, tratando-se de uma situação distinta.

Apontamos que a vinculação do CONARE e do Ministro da Justiça quando da apreciação de pedidos de refúgio, está claramente presente na lei que impõe limites e regras para a concessão.

Ademais, como visto, o Ministro da Justiça, pode sim apreciar e decidir sobre a concessão de refúgio, em grau recursal e o fato de sua decisão estar limitada por balizas legais, não retira sua competência ou não sendo inócua a norma do artigo 29 da Lei n. 9.474/97.

No caso do ato praticado pelo Presidente da República, a legislação não é expressa. Assim, questiona-se se a natureza da decisão do Supremo Tribunal

²³⁶ Supremo Tribunal Federal – Reclamação n. 11.243. Op. Cit. p. 23.

²³⁷ Supremo Tribunal Federal. Extradição 1085, Op. Cit., p. 236-237.

Federal, se esta defere (ou indefere) a extradição ou se apenas a declara viável²³⁸.

Artur de Brito Gueiros Souza afirma:

“Não existe, contudo, na legislação brasileira, qualquer esclarecimento acerca de tal questão; limita-se, o legislador, historicamente, a dizer que ‘nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão.’”²³⁹

Dito isso, tem-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, anterior ao julgamento do caso Cesare Battisti, se consolidou no sentido de que, uma vez deferida a extradição pela Corte, a efetiva entrega do extraditando fica a critério, discricionário, do Presidente da República, no que diz respeito às possibilidades de adiamento da entrega.

Neste ponto, devemos chamar a atenção para a linguagem utilizada nas decisões proferidas em diversos processos de extradição.

Analizando-se as decisões da Corte, é possível notar que, anteriormente ao processo de extradição de Cesare Battisti e mesmo em algumas decisões posteriores, estas proferiram determinações no sentido de que cabia ao Chefe do Poder Executivo, decidir sobre a “entrega imediata” (utilizando-se especificamente esta expressão), quando o extraditando estivesse cumprindo pena ou respondendo a processo criminal no Brasil, como é o exemplo do processo de Extradição de Manfred Landgraf²⁴⁰.

Haveria, pois, um juízo de conveniência e oportunidade no que diz respeito à efetivação da entrega, cabendo ao Presidente da República decidir se o

²³⁸ Francisco Rezek, que também é citado por Artur Souza, aponta que “existe, além do mais, uma impressão generalizada, e a todos os títulos defensável, de que a transmissão do pedido ao tribunal traduz aquiescência da parte do governo. O Estado requerente, sobretudo, tende a ver nesse ato a aceitação de sua garantia de reciprocidade, passando a crer que a partir de então somente o juízo negativo da corte sobre a legalidade da demanda lhe poderá vir a frustrar o intento. Nasceu, como era de se esperar que nascesse, por força de tais fatores, no Supremo Tribunal Federal, o costume de se manifestar sobre o pedido extradicional em termos definitivos. Julgando-a legal e procedente, o tribunal defere a extradição. Não se limita, assim, a declará-la viável, qual se entendesse que depois de seu pronunciamento o regime jurídico do instituto autoriza ao governo uma decisão discricionária”. (REZEK, Op. Cit., p. 200)

²³⁹ SOUZA, Op. Cit., p. 54-55.

²⁴⁰ O processo de Extradição n. 893/República Federal da Alemanha, julgado em 17/12/2004, tinha por objetivo a entrega de Manfred Landgraf, cidadão alemão, acusado de estelionato e fraude no país de origem. A extradição foi deferida, porém, ficou a critério do Presidente da República a sua entrega imediata, a qual ainda não ocorreu, tendo sido adiada, uma vez que Landgraf cumpre pena no Brasil após ser condenado, no processo 0029995-91.2006.8.24.0038, na Comarca de Joinville/Santa Catarina, pelos crimes de tortura e homicídio de uma criança, filho de sua companheira à época.

extraditando seria entregue antes ou depois do fim do processo criminal ou do cumprimento de eventuais penas²⁴¹.

As decisões, contudo, não entraram no mérito sobre se o juízo de conveniência e oportunidade permitiria a não entrega ou apenas o seu adiamento. Assim, o que se interpreta destas, ante a linguagem utilizada, é que não foi reconhecido um poder discricionário absoluto do Presidente da República, uma vez que, em cada um dos casos concretos se apresentou o adiamento como uma possibilidade, ante a existência de processos criminais e cumprimentos de pena em curso.

Mas este juízo de conveniência e oportunidade, a nosso ver, não decorre de uma interpretação extensiva da norma, porquanto a norma escrita nos artigos 89 e 90 do Estatuto do Estrangeiro nos é perfeitamente clara. Trata-se, pois, de uma interpretação incorreta, forçada.

Podemos então concluir que, conforme apontado por Francisco Rezek, as decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria de extradição nunca se limitaram a declarar a sua legalidade, mas sim a deferir ou negar o pedido de extradição, de uma forma a presumir-se uma vinculação do Poder Executivo à decisão proferida.

Verifica-se assim, mais um elemento de peculiaridade do caso de Battisti: tanto a jurisprudência anterior e posterior ao caso em estudo, utiliza apenas a linguagem no sentido de permitir o adiamento da entrega. Por que razão então o processo envolvendo Cesare Battisti é diferente? O que torna o caso mais peculiar não são os elementos do processo de Extradição em si, mas sim o que veio a ocorrer posteriormente à decisão final do Supremo Tribunal Federal.

A Ministra Ellen Gracie ressaltou, em aditamento ao seu voto no processo de Extradição de Battisti, que nunca houve hipótese de desatenção pelo Presidente da República, de decisão que o Supremo Tribunal Federal tenha tomado em matéria de extradição, razão pela qual nunca houve a necessidade de a Corte debater e se pronunciar sobre o assunto.

A Ministra chega a questionar, ainda, o interesse de se discutir a matéria, nesse caso concreto, uma vez que a questão não foi suscitada pelas partes

²⁴¹ Outros exemplos de decisões, neste sentido, foram proferidos nos processos de Extradição n. 1103/Estados Unidos da América, n. 1015/República Federal da Alemanha, n. 1020/República Federal da Alemanha, n. 1006/República Argentina, n. 985/República Argentina.

envolvidas.²⁴²

Lembramos que este debate se travou logo no julgamento do processo de Extradicação de Battisti, ou seja, antes que houvesse a decisão do então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Deixamos este questionamento para reflexão pessoal do leitor.

No âmbito do julgamento da Reclamação n. 11.243, a matéria voltou a ser discutida. Em seu voto vencido, o Ministro Relator Gilmar Mendes defendeu, mais uma vez:

“A discricionariedade do Poder Executivo, portanto, se existente, é delimitada e circunscrita por preceitos legais da Lei n.º 6.815/80, especialmente os arts. 67, 89 e 90, além das disposições do tratado de extradição, se houver, que vinculam o Presidente da República em suas relações com os Estados estrangeiros pactuantes. Recorde-se, assim, que o Parágrafo único do art. 89 do Estatuto do Estrangeiro permite o mero adiamento da efetivação da entrega do extraditando.”²⁴³

Tal entendimento já havia sido proferido pelo Ministro no processo de extradição de Battisti, que, juntamente com a Ministra Ellen Gracie, seguiram o voto do Relator, Ministro Cezar Peluso:

“Observe-se que o Estatuto do Estrangeiro, na hipótese de deferimento do pedido de extradição pela Corte, não confere ao Presidente da República discricionariedade para efetivá-la, ou não. Essa conclusão é confirmada pela regra excepcional prevista no art. 89, caput e parágrafo único da Lei n. 6.815/80, que apenas atribui ao Presidente da República a faculdade de adiar a execução da extradição em certos casos, mas nunca de deixar de efetivá-la.”²⁴⁴

No entanto, os três Ministros restaram vencidos, neste ponto, tanto no julgamento do processo de Extradicação n. 1085, quanto do processo de Reclamação n. 11.243, tendo a maioria do Supremo Tribunal Federal, na ocasião dos julgamentos, ampliado o entendimento constante na jurisprudência da Corte, estendendo a discricionariedade do Presidente da República, lhe facultando a entrega, em qualquer caso, e não apenas o seu adiamento.

O entendimento vencedor foi fundamentado no disposto no artigo 84, incisos VII e VIII da Constituição Federal de 1988²⁴⁵, juntamente com os já

²⁴² Supremo Tribunal Federal. Extradicação 1085, Op. Cit., p. 599-600.

²⁴³ Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 11.243 Op. Cit., p. 46-49.

²⁴⁴ Supremo Tribunal Federal. Extradicação 1085, Op. Cit., p. 169.

²⁴⁵ Dispõe a Constituição Federal de 1988:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...)

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

citados artigos 89 e 90 do Estatuto do Estrangeiro.

O Ministro Marco Aurélio, ao votar em favor da discricionariedade do Presidente da República, o justificou com o entendimento de que, deferida a extradição pelo Supremo Tribunal Federal:

“abre-se salutar oportunidade ao Presidente da República não de modificar o pronunciamento judicial, mas de, à frente da política brasileira no campo internacional, entregar, ou não, o estrangeiro que poderá merecer o status de asilado (...) em plena harmonia com a regra do artigo 89 da Lei n. 6.815/80”²⁴⁶.

Gilda Russomano expressou entendimento pela discricionariedade, com outro fundamento. Para a autora, a redação do artigo 94 do Decreto-Lei n. 941/69²⁴⁷, ao determinar que “*nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência*”, está a dizer que ao Supremo Tribunal Federal cabe apenas “declarar” o pedido de extradição legítimo e procedente, ou não. Para a autora, isso significa que a concessão da extradição não é ato do Poder Judiciário, mas sim do Poder Executivo, que é autorizado pelo primeiro a executar a extradição.²⁴⁸

Todavia, como visto acima, Francisco Rezek, apontou que, na prática, o que vinha ocorrendo antes do julgamento do processo de Extradição n. 1085, era o deferimento, e não a mera declaração de legitimidade, viabilidade e procedência e o mesmo se vê em decisões posteriores ao caso.

Mirtô Fraga, ao comentar os artigos 89 e 90 do Estatuto do Estrangeiro, não abordou a possibilidade de não entrega do extraditando, porém afirmou que: “*cabe ao Presidente da República decidir sobre a conveniência e oportunidade da pronta entrega do extraditando*”²⁴⁹ (grifamos).

Assim, vemos esta decisão, possivelmente, como uma interpretação demasiadamente ampla, forçada, do Estatuto do Estrangeiro, no que diz respeito aos artigos 89 e 90, uma vez que, em verdade, não estabelecem, expressamente, nenhuma faculdade de recusa da entrega do extraditando ao Presidente da

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

²⁴⁶ Supremo Tribunal Federal. Extradição 1085. Op. Cit., p. 372-374.

²⁴⁷ O livro “A Extradição no Direito Internacional e Brasileiro” de Gilda Russomano foi publicado em 1973. Portanto, antes da edição da Lei. 6.815/80, vigorando, como Estatuto do Estrangeiro, à época, o Decreto-Lei n. 941/69. A exposição da autora, contudo, permanece atual, uma vez que a redação do artigo 94 se manteve inalterada no artigo 83 da Lei n. 6.815/80 e na atual Lei de Migração n. 13.445/17, no artigo 90.

²⁴⁸ RUSSOMANO, Op. Cit., p. 165-166.

²⁴⁹ FRAGA, Op. Cit., p. 355.

República, mas apenas o de adiá-la.

Referidos artigos foram inseridos na Lei n. 6.815/80 com o claro objetivo de preservar a jurisdição brasileira, no que diz respeito à repressão de crimes cometidos no território brasileiro²⁵⁰.

No que diz respeito aos citados incisos do artigo 84 da Constituição Federal de 1988 também consideramos que a decisão do Supremo Tribunal Federal procedeu à uma interpretação excessivamente ampla. O inciso VIII se refere, especificamente, a competência do Chefe do Poder Executivo para celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. Não visualizamos na redação do inciso uma moldura normativa capaz de permitir a prática de atos administrativos no âmbito de um processo de extradição.

Inegável que a norma constitucional atribui ao Presidente da República a competência para celebrar tratados em matéria de extradição, mas não concordamos com a extensão da interpretação para abranger a discricionariedade na entrega ou recusa de extraditando.

O mesmo se conclui da interpretação do inciso VII (manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomático). Um processo de extradição, na medida em que caracteriza uma forma de cooperação internacional, de certo que afeta as relações entre dois ou mais Estados. Porém, daí a se concluir que as decisões sobre a manutenção de relações diplomáticas abrangem um poder discricionário que permita ao Presidente da República negar a entrega de extraditando, contrariando uma decisão do Supremo Tribunal Federal, nos parece exagerado.

Considerando ainda, a linguagem utilizada na jurisprudência anterior e nas decisões posteriores ao processo de Extradicação n. 1085, vistas acima; o fato da discussão sobre a discricionariedade de não entregar (e não apenas adiar a entrega), ter sido proposta nos autos do referido processo de extradição, sem que tenha sido suscitada por qualquer das partes; e sem precedente na história, como apontado pela Ministra Ellen Gracie; o somatório de todos estes elementos, nos faz questionar se a interpretação dada aos mencionados dispositivos legais, para permitir a não entrega de Battisti por parte do Chefe do Poder Executivo (e

²⁵⁰ Ibid., p. 355.

especificamente em se tratando deste cidadão, pois, frisamos novamente, que não foram proferidas decisões com a mesma linguagem posteriores ao julgamento da Extradução n. 1085), se tratou de uma interpretação artificial, não técnica, que esconde uma conotação política.

De qualquer modo, entendemos que esta discussão deve ser superada com a revogação do Estatuto do Estrangeiro e a entrada em vigor da Lei n. 13.445/17, uma vez que a nova lei alterou o texto do artigo 86 e passou a determinar:

Art. 92. Julgada procedente a extradição e autorizada a entrega pelo órgão competente do Poder Executivo, será o ato comunicado por via diplomática ao Estado requerente, que, no prazo de 60 (sessenta) dias da comunicação, deverá retirar o extraditando do território nacional.

O texto “e autorizada a entrega pelo órgão competente do Poder Executivo” não existia na redação anterior²⁵¹, o que nos faz concluir que o legislador ao redigir a nova lei, buscou, ainda que de forma não muito clara ou expressa, prever a possibilidade do Chefe do Poder Executivo não efetivar a entrega do extraditando, expandindo a moldura normativa para permitir maior discricionariedade.

Passa o texto legal, então a determinar, não apenas que o pedido de extradição será apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, mas caberá à Autoridade Administrativa, autorizar a extradição, sendo possível, a partir de então, interpretar que esta “autorização” gera, como consequência, que a natureza da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal será meramente uma declaração de viabilidade, de legalidade, e não um deferimento da extradição, como decisão final e imutável, como defendia Gilda Russomano.

Em nossa opinião, a lacuna legislativa constante no artigo 92 da Nova Lei de Migração permite uma interpretação nesse sentido, muito mais do que o artigo 84, VII e VIII da Constituição Federal de 1988 e os artigos 89 e 90 do Estatuto do Estrangeiro, que, a nosso ver, eram bem claros, em especial estes últimos, em seu objetivo e não permitiriam a interpretação que foi dada pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Extradução n. 1085.

Contudo, ainda que possamos divergir do entendimento do Supremo Tribunal Federal, fato é que a Corte decidiu pela legitimidade do ato do Presidente

²⁵¹ A redação do revogado artigo 86 previa: “Concedida a extradição, será o fato comunicado através do Ministério das Relações Exteriores à Missão Diplomática do Estado requerente que, no prazo de sessenta dias da comunicação, deverá retirar o extraditando do território nacional”.

Luiz Inácio Lula da Silva de não entregar Cesare Battisti²⁵².

Prevaleceu o entendimento de que a entrega é um “ato de governo”, exclusivamente político, do Presidente da República. Porém, como visto no item 1.3.1, ainda assim, estaria vinculado ao Tratado de Extradicação celebrado com a República Italiana.

Ressalvamos que a discricionariade é permitida apenas quando do deferimento da extradicação pelo Supremo Tribunal Federal. Isto é, quando negada a extradicação, não pode o Presidente da República proceder à extradicação. Neste sentido, afirmou o Ministro Marco Aurélio que “*a decisão do Supremo é constitutiva negativa no tocante à entrega, quando assentada a ilegitimidade do pedido de extradicação*”²⁵³.

Com esta conclusão, se apresenta um problema: negada a extradicação pelo Supremo Tribunal Federal, o Presidente da República estaria vinculado a esta, não lhe sendo permitido entregar o indivíduo para a autoridade do Estado solicitante. Porém, deferida a extradicação, o Chefe do Poder Executivo não está mais vinculado a decisão do Supremo Tribunal Federal. Então, o que seria a decisão do Presidente da República? Por vezes um ato vinculado, por vezes um ato exclusivamente político?

Questionamos por que razão, quando deferida a extradicação pelo Supremo Tribunal Federal, é facultado ao Presidente da República proceder, ou não, com a entrega, sob o fundamento de que se trata de um ato exclusivamente político, decorrente do artigo 84, VII da Constituição Federal de 1988, enquanto, por outro lado, o indeferimento gera vinculação? Neste segundo caso, onde estaria a soberania?

A princípio, encontramos dificuldade em justificar como a caracterização do ato como sendo exclusivamente político, decorrente da soberania do Estado, somente se aplica quando o Supremo Tribunal Federal defere o pedido extradicional.

A interpretação mais lógica diria que, então, em se tratando de um ato exclusivamente político, discricionário do Presidente da República, este poderia proceder à entrega de indivíduo, mesmo em face da negativa do Supremo Tribunal

²⁵² A decisão denegatória foi publicada no Diário Oficial da União, Seção 1 - Edição Extra Nº 251-A, sexta-feira, 31 de dezembro de 2010.

²⁵³ Supremo Tribunal Federal. Extradicação 1085. Op. Cit., p. 372.

Federal.

Porém, fato é que tal faculdade não é conferida ao Presidente da República, uma vez que deve prevalecer a garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana, sobre o princípio da soberania, sendo assim justificada a aparente contradição.

No julgamento da Reclamação n. 11.243 restou definido:

“O Presidente da República, no sistema vigente, resta vinculado à decisão do Supremo Tribunal Federal apenas quando reconhecida alguma irregularidade no processo extradicional, de modo a impedir a remessa do extraditando ao arrepio do ordenamento jurídico, nunca, contudo, para determinar semelhante remessa, porquanto, o Poder Judiciário deve ser o último guardião dos direitos fundamentais de um indivíduo, seja ele nacional ou estrangeiro, mas não dos interesses políticos de Estados.”²⁵⁴

Até hoje, não há registro de entrega de indivíduo pelo Presidente da República contrariando decisão denegatória da extradição pelo Supremo Tribunal Federal, de forma que a questão fica, ao menos por hora, no plano teórico.

Por fim, há que se fazer uma constatação sobre a discricionariedade e a vinculação do ato, no que diz respeito ao Tratado de Extradicação. Verificamos que o Supremo Tribunal Federal reconheceu ao Chefe do Poder Executivo, uma discricionariedade que lhe permite desobedecer a decisão proferida pelo próprio Tribunal, declarando se tratar de um poder soberano. Porém, ao mesmo tempo, vinculou a decisão do Presidente da República ao Tratado de Extradicação, sem que a Corte tenha competência para analisar eventuais alegações de descumprimento do referido Tratado.

Temos assim uma questão *sui generis* que, mais uma vez, traz um aparente conflito: é um poder soberano²⁵⁵, ao mesmo tempo em que não é.

²⁵⁴ Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 11.243 Op. Cit., p. 4.

²⁵⁵ Sobre a soberania, esclarecemos que a ideia de poder soberano comumente nos remete ao estado absolutista, no qual o rei, soberano, tinha poderes ilimitados, podendo agir conforme a sua vontade. No Estado Democrático de Direito, já não é possível admitir esta ideia, sendo reconhecido como soberano o povo. Contudo, adotando-se a democracia representativa, passa o Presidente da República, eleito pelo povo, de forma democrática, a exercer um poder soberano que, contudo, não é ilimitado. A expressão da soberania pode ser encontrada, quando prevista na Constituição conferindo poderes específicos ao Presidente da República ou quando se está a falar de soberania do Estado, frente a outros Estados ou organismos internacionais. Assim, podemos dizer que nenhum Estado está obrigado a celebrar um tratado com outro Estado. No âmbito da extradição, não havendo tratado entre dois Estados, o estado requerido não está obrigado a entregar o indivíduo requisitado. Trata-se de uma expressão da soberania, porquanto cabe ao Estado requerido decidir quem pode ou não permanecer em seu território. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 elencou, em seu artigo 84, as atribuições que são

Contudo, no que diz respeito a questão de descumprimento do Tratado de Extradicação, entendemos que não cabe ao direito interno dar solução, porquanto o caso concreto estabeleceu uma problemática que ultrapassa as fronteiras do direito brasileiro, gerando uma lide entre dois Estados soberanos que, assim, somente pode ser decidida através de mecanismos internacionais, seja pela Corte Internacional de Justiça, seja através de uma comissão de conciliação instaurada para esse fim²⁵⁶.

Nos interessa, então, analisar os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal, a qual sedimentou o entendimento, no julgamento da Reclamação n. 11.243, que a decisão presidencial que negou a extradicação é “autêntico ato de soberania”²⁵⁷ e a sua possibilidade de revogação.

3.3.

Da Possibilidade de Revogação do Ato que Negou a Entrega de Cesare Battisti

Antes de adentrarmos no estudo sobre os efeitos da decisão que classificou o ato do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, relativo à não entrega de Cesare Battisti, para as autoridades Italianas, devemos abordar as possibilidades de extinção do ato administrativo.

Diversas são as causas de extinção dos atos administrativos. Marçal Justem Filho as elenca como: a) exaurimento da eficácia do ato; b) decurso do tempo; c) desaparecimento do pressuposto fático; d) renúncia do interessado; e) rescisão por inadimplemento; f) resolução por força maior e caso fortuito; g)

privativas do Presidente da República. Assim, ao atuar conforme tais atribuições, está o Presidente a exercer a soberania que lhe foi conferida pela Constituição, seja na qualidade de Chefe de Estado, como na qualidade de Chefe de Governo. José Afonso da Silva aponta que “o Estado, como grupo social máximo e total tem também o seu poder, que é o poder político ou poder estatal. A sociedade estatal, também chamada de sociedade civil, compreende uma multiplicidade de grupos sociais diferenciados e indivíduos, aos quais o poder político tem que coordenar e impor regras e limites em função dos fins globais que ao Estado cabe realizar. Daí se vê que o poder político é superior a todos os outros poderes sociais. (...) Essa superioridade do poder político caracteriza a soberania do Estado” (SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20ª. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 106-107).

²⁵⁶ O Tratado de Extradicação celebrado entre o Brasil e a Itália não prevê nenhum mecanismo de solução de controvérsia. Assim, entende-se que, nesses casos, devem ser seguidas as disposições contidas na Convenção de Conciliação e Solução Jurídica firmada pelo Brasil e a Itália em 1954, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 129 de 1955, a qual prevê no artigo I um processo de conciliação, cuja decisão não é vinculativa e, não aceitando as partes a proposta da comissão de conciliação, a controvérsia poderá ser submetida à Corte Internacional de Justiça.

²⁵⁷ Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 11.243, Op. Cit., p. 5.

invalidação pela própria Administração; h) revogação; i) invalidação pelo Poder Judiciário²⁵⁸.

Para este estudo, interessa-nos analisar apenas a revogação. Isto pois, no caso concreto que apresentamos, são incabíveis as demais causas. No entanto, cabe fazemos uma breve exposição sobre a invalidação, a fim de se explicar por que razão ela não se aplica ao caso.

A invalidação, seja pela própria Administração Pública²⁵⁹, seja pelo Poder Judiciário, pressupõe um defeito, um vício, na prática do ato, que pode gerar uma nulidade relativa ou absoluta²⁶⁰. No primeiro caso, o defeito afeta direitos disponíveis de forma que se admite que o ato produza efeitos, até que seja pronunciado o vício, enquanto no segundo caso, há a violação de direitos indisponíveis e, em regra, a sua revogação gera efeitos retroativos²⁶¹.

As nulidades do ato administrativo decorrem de vícios de competência, forma, objeto (ou conteúdo), motivo e finalidade, elementos estes que estão presentes no artigo 2º da Lei n. 4.717/65 (Lei da Ação Popular)²⁶².

No caso concreto em estudo, ressaltamos que, ante a decisão do Supremo Tribunal Federal no processo de Extradicação n. 1085 e na Reclamação n. 11.243, o ato praticado pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva atende aos requisitos de validade, não sendo possível vislumbrar qualquer nulidade neste.

O ato denegatório da entrega de Cesare Battisti foi praticado por sujeito competente, o Presidente da República, tendo a Corte firmado entendimento, como já visto, de que tal competência decorre do artigo 84, VII e VIII da Constituição Federal de 1988.

Miguel Seabra Fagundes afirma que o ato administrativo pode ser escrito ou verbal quanto à sua forma²⁶³. No caso, tem-se que o ordenamento jurídico não prevê forma específica para a prática deste ato, porquanto entende-se não haver vício de forma na decisão escrita, publicada no Diário Oficial da União, em 31 de

²⁵⁸ JUSTEN FILHO, Op. Cit., p. 429.

²⁵⁹ A possibilidade de invalidação pela própria Administração Pública decorre do princípio da legalidade, tendo sido editada a Súmula 473 do STF neste sentido.

²⁶⁰ É possível até mesmo gerar a sua inexistência jurídica que, conforme explica Marçal Justen Filho, “se verifica quando não existem os requisitos mínimos necessários à qualificação de um ato como jurídico”. JUSTEN FILHO, Op. Cit., p. 435.

²⁶¹ Ibid., p. 435.

²⁶² DI PIETRO, Op. Cit., p. 209.

²⁶³ FAGUNDES, Op. Cit., p. 47.

dezembro de 2010²⁶⁴.

O conteúdo do ato, conforme explica Maria Sylvia Zanella di Pietro, deve ser lícito, possível, certo e moral. O ato ora em análise, atende a estes requisitos, já tendo sido definido que foi praticado em conformidade à Lei, no caso a Constituição Federal e os artigos 89 e 90 do Estatuto do Estrangeiro, vigente à época da prática do ato.

Também não há dúvidas sobre a sua definição, sendo certo com relação aos seus destinatários: Cesare Battisti e a República Italiana, e seu efeito: não entregar Cesare Battisti para as autoridades Italianas.

Por fim, o ato praticado não pode ser considerado imoral, sendo este requisito subjetivo. Lembramos que, existe muita polêmica sobre o caso e, ainda que muitos discordem da decisão proferida, o mero desentendimento de opiniões, muitas vezes de cunho pessoal sobre a pessoa do Presidente da República, a sua orientação política e de seu partido, ou sobre a pessoa do extraditando, não são suficientes para considerar o ato imoral.

Finalidade é o que a Administração Pública deseja alcançar com a prática do ato. No caso, a finalidade do ato era garantir a proteção do indivíduo, Cesare Battisti, que entendeu a Administração corria riscos de ter sua situação agravada no país de origem, em função de suas opiniões políticas, estando prevista esta possibilidade de negativa, no artigo III, 1, f²⁶⁵, do Tratado de Extradicação Celebrado entre o Brasil e a Itália, sendo este o fundamento. Ademais, em se tratando de um ato discricionário, sua motivação pode residir apenas nos critérios de conveniência e oportunidade.

Desta forma, concluímos que o ato praticado não possui qualquer tipo de nulidade, seja relativa ou absoluta, não sendo cabível a invalidação do ato praticado pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

²⁶⁴ Na íntegra: Processo n. 08000.003071/2007-51. Parecer n. AGU/AG-17/2010, adotado pelo Advogado-Geral da União Substituto, referente ao pedido de Extradicação n. 1.085, requerido pela República Italiana. Em face dos fundamentos, aprovo o Parecer e nego a extradicação. Em 31 de dezembro de 2010. DOU Seção 1 - Edição Extra Nº 251-A, sexta-feira, 31 de dezembro de 2010.

²⁶⁵ Determina o artigo III, 1, f:

Casos de Recusa de Extradicação.

1. A Extradicação não será concedida: (...)

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

À época do julgamento da Reclamação n. 11.243, feita pela República Italiana, a defesa de Battisti exaltou o decreto do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, por razões óbvias, como sendo correta, parte do exercício de discricionariedade e da soberania nacional.

Passados mais de 5 (cinco) anos, já não importa mais à defesa que o ato seja válido. No processo de Reclamação n. 29.066, tornou-se interessante para a defesa de Battisti, tentar alegar que havia transcorrido o prazo decadencial para a Administração Pública anular seus próprios atos.

A nosso ver, a defesa está, de forma implícita, qualificando o ato do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva como nulo ou anulável.

Não vemos como o argumento da decadência pode prevalecer.

Como visto, uma vez que o Supremo Tribunal Federal decidiu que o referido ato é exclusivamente político, não estando presente qualquer causa de nulidade, não há que se falar em transcurso de prazo decadencial. O ato permanece impassível de anulação, sendo uma vez que válido.

Advertimos que se o ato estava vinculado ao Tratado de Extradicação e passível uma violação deste, capaz de gerar sua nulidade, não cabe ao Poder Judiciário Brasileiro tomar essa decisão.

Decidiu a própria Corte que não lhe cabia apreciar o ato do Presidente da República face ao Tratado, quando do julgamento da Reclamação n. 11.243, de forma que não pode lhe caber agora, no julgamento da Reclamação n. 29.066, a qual se encontra pendente de julgamento.

Lembramos que os atos administrativos possuem presunção de legalidade. Então, se não pode o Supremo Tribunal Federal analisar eventuais descumprimentos de tratados internacionais, nos resta aceitar que o mesmo não possui nulidades. Tanto assim, que a Reclamação n. 11.243 não foi conhecida, tendo o Supremo Tribunal Federal reafirmado a legitimidade e validade do ato em questão.

Concluimos que, face ao direito interno, não há nenhum tipo de nulidade no ato administrativo praticado pelo então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva.

Assim, de fato, o ato não pode ser anulado pelo Poder Judiciário Brasileiro, mas não pela razão da defesa (decadência), mas sim pelo fato de que o ato nunca foi passível de anulação em primeiro lugar.

Em se tratando de um ato predominantemente discricionário, um ato político, de governo, ele pode ser, contudo, passível de revogação.

A revogação desfaz um ato anteriormente praticado, reconhecendo-se que este não mais é conveniente para a Administração Pública.

O parecer da Advocacia Geral da União, acolhido, também, pelo Ministério da Justiça nos autos da Reclamação n. 29.066 sustenta o mesmo:

“não se aplica à hipótese, nem analogicamente, o prescrito no art. 54 da Lei n.º 9.784/99²⁶⁶, não havendo que se falar em incidência de prazo decadencial, eis que somente existe limite temporal ao poder de anular da Administração Pública, e não ao poder de revogar, haja vista o entendimento de que o interesse público pode ser modificado a qualquer tempo.”²⁶⁷

Diogo de Figueiredo Moreira Neto observa que apenas os atos existentes, válidos e discricionários podem ser revogados. Pois, se o ato é inexistente ou inválido, é cabível apenas a anulação²⁶⁸.

Concordamos com este posicionamento, uma vez que a norma disposta no artigo 53 da Lei n. 9.748/99²⁶⁹ nos é bastante clara, determinando o dever da Administração Pública de anular seus próprios atos quando eivados de vício, restando a revogação, assim, para os atos que, apesar de válidos, não mais atendem aos seus critérios de conveniência e oportunidade.

A revogação pode ser feita de forma expressa ou tácita (implícita), total, quando o ato é inteiramente revogado, ou parcial quando apenas uma parte do ato é retirado do ordenamento jurídico.

A revogação expressa é feita através da edição de um novo ato que expressamente determina a revogação do ato anterior, enquanto a revogação tácita vem da edição de um novo ato, com disposições contrárias, incompatíveis com o ato anterior²⁷⁰.

²⁶⁶ Dispõe:

Art. 54. O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

²⁶⁷ Parecer juntado aos autos da Reclamação n. 29.066 como Informações n.º 00008/2017/CONS/UNIAO/CGU/AGU. Pagina 02.

²⁶⁸ MOREIRA NETO, Op. Cit., p. 170.

²⁶⁹ Dispõe:

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos

²⁷⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª Edição. São Paulo: Melheiros, 2010. p. 449.

Afirma Hely Lopes Meirelles que, em regra, todo ato administrativo discricionário é revogável, ressalvado direitos adquiridos²⁷¹. Este entendimento é pacífico na doutrina, tendo sido expresso, igualmente, por Maria Sylvia Zanella di Pietro²⁷², Marçal Justen Filho²⁷³, Odete Medauar²⁷⁴, Celso Antonio Bandeira de Mello²⁷⁵, além de ter sido sumulado pelo Supremo Tribunal Federal:

Súmula 473: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Restou definido que o ato que negou a entrega de Cesare Battisti, trata-se de um ato de soberania, sendo assim, um ato exclusivamente de governo, ou político. Então, caberia a sua revogação?

A priori, esclarecemos que o ato em questão possui efeitos continuados (que se estendem no tempo), porquanto o ato, implicitamente, permitiu que o interessado permanecesse em território nacional. Com isso, a cada momento em que Battisti permanece no Brasil, sem que possa ser entregue às Autoridades Italianas, está o ato a produzir seus efeitos.

Desta forma, não há que se falar em ato cujo efeito é esgotado instantaneamente, o qual, como visto, a revogação seria inócua.

Ainda sobre seus efeitos, o referido ato trouxe uma vantagem inegável para Battisti, uma vez que seu desejo nunca foi ser extraditado²⁷⁶. Pode-se dizer que o mesmo gerou uma real expectativa para o interessado, de que o efeito do ato se estenderia no tempo.

José Cretella Junior entende que apesar da discricionariedade do ato político ser maior do que do ato administrativo, ambas estão limitadas por prerrogativas individuais²⁷⁷.

Ainda, como já demonstrado, especificamente sobre a decisão do Chefe do

²⁷¹ MEIRELLES, Op. Cit., p. 228.

²⁷² DI PIETRO, Op. Cit., p. 257.

²⁷³ JUSTEN FILHO, Op. Cit., p. 462.

²⁷⁴ MEDAUAR, Op. Cit., 187.

²⁷⁵ MELLO, 2010, Op. Cit., p. 448-449.

²⁷⁶ Aqui há que se levar em consideração a vontade do administrado, como um elemento subjetivo, pois se a vontade fosse contrária, o ato praticado poderia ser considerado como restritivo de direito. Ainda que a hipótese seja incomum, ou mesmo estranha, é possível concebê-la no plano teórico.

²⁷⁷ CRETELLA JUNIOR, José. Controle Jurisdicional do Ato Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 168.

Poder Executivo de entregar, ou não, pessoa cuja extradição foi deferida ou negada pelo Supremo Tribunal Federal, entende-se que a discricionariedade, a soberania que fundamenta o ato do Presidente da República somente pode ser exercida quando deferida a extradição pela Corte.

Isto é, sendo indeferido o pedido de extradição, não é facultado ao Presidente da República entregar o indivíduo, havendo uma limitação ao seu poder soberano, ante a existência de um princípio predominante, qual seja, as garantias individuais.

Transportando esta ideia para a possibilidade de revogação do ato, é possível entender que a revogação não seria permitida, apesar de se tratar de um ato exclusivamente político, pois que este estaria limitado à uma prerrogativa individual, concedida pelo ato anterior.

Notamos, entretanto, que mesmo sendo reconhecido um direito adquirido, o ato administrativo permaneceria passível de revogação, se adotarmos a ideia de que prevalece, no direito administrativo, a preponderância do interesse público.

Neste sentido, Antônio Carlos Cintra do Amaral defende:

“A revogação esbarra no limite constitucional dos direitos adquiridos (...). Esse limite constitucional, porém, não é insuperável. O ato administrativo pode sempre ser revogado, porque do sistema jurídico brasileiro se pode extrair o princípio da supremacia do interesse público sobre o do particular. Como a supremacia de um interesse sobre o outro não exclui a conciliação entre os dois – princípio que também pode se extrair do direito brasileiro – do ato revocatório resulta a responsabilidade do Estado pelo prejuízo causado ao particular, compensável mediante indenização”²⁷⁸

Hely Lopes Meirelles compartilha dessa solução. Para o autor, mesmo os atos tidos por irrevogáveis, ao tornarem-se inconvenientes ao interesse público, podem ser suprimidos, através da revogação, mediante indenização dos prejuízos, uma vez que não pode o particular manter situação prejudicial ao interesse público.²⁷⁹

Neste ponto, entendemos o interesse público em seu sentido mais amplo. O ato administrativo que negou a extradição de Battisti, à primeira vista, pode parecer isento de interesse público, sendo predominante o efeito que este produziu especificamente na esfera particular um determinado indivíduo. Contudo, enxergamos o interesse público na medida em que a decisão afetou diretamente o

²⁷⁸ AMARAL, Op. Cit., p. 47

²⁷⁹ MEIRELLES, Op. Cit., p. 228-229.

Estado Brasileiro, no âmbito das relações exteriores.

Por outro lado, não podemos deixar de salientar que a preponderância do interesse público não é algo pacífico. Como aponta Gustavo Binimbojm, já não se entende mais por esta prevalência:

“nos Estados democráticos e constitucionais, não há mais espaço para a defesa da prevalência *a priori* e descontextualizada dos interesses coletivos sobre os direitos individuais. (...) uma norma que preconiza a supremacia *a priori* de um valor, princípio ou direito sobre outros não pode ser qualificada como um princípio. Ao contrário, um princípio, por definição, é norma de textura aberta, cujo fim ou estado de coisas para o qual aponta deve ser sempre contextualizado e ponderado com outros princípios igualmente previstos no ordenamento jurídico. A prevalência apriorística e descontextualizada de um princípio constitui uma contradição em termos”.²⁸⁰

Nota-se que o autor não nega a existência de um princípio do interesse público, questionando apenas a sua “supremacia”.

Ainda que o pensamento mais moderno tenha superado a ideia de supremacia do interesse público, não vemos nenhuma objeção à proposta de Meirelles e Amaral. Independentemente de reconhecermos o interesse público como um princípio supremo, ou não, fato é que, quando confrontado com interesses individuais, em um determinado caso concreto (não de forma apriorística e descontextualizada como rechaça Binimbojm), pode vir a se definir que prevalecerá o interesse público.

O fato de não mais se adotar o interesse público como um princípio supremo, não significa que os papéis foram invertidos, ou seja, não passou a se adotar a ideia de que, então, os interesses individuais seriam supremos, preponderariam sempre.

Nos parece a ideia de indenização, então, uma solução adequada e razoável para a pacificação de um conflito de interesses legítimos entre particulares e a Administração Pública. Em que pese estes autores (Meirelles e Amaral) terem exemplificado a possibilidade de indenização com o mesmo exemplo de uma concessão de licença para construir, posteriormente sendo o particular impedido de realizar a construção²⁸¹, evidenciando assim uma questão patrimonial, não vemos razão para que o mesmo não possa ser aplicado em casos

²⁸⁰ BINIMBOJM, Gustavo. Temas de Direito Administrativo e Constitucional – Artigos e Pareceres. Rio de Janeiro, Renovar: 2008. p. 08.

²⁸¹ MEIRELLES, Op. Cit., p 228/229 e AMARAL, Op. Cit., p. 47.

de reparação por danos morais.

No mais, lembramos que, no caso de Cesare Battisti, o Supremo Tribunal Federal deferiu a extradição, razão pela qual não haveria limitação do poder Soberano do Presidente da República, pois que já determinado que a sua extradição não viola seus direitos ou garantias individuais.

Com isso, há que se determinar apenas se o ato praticado pelo então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva seria gerador de um direito adquirido, impondo barreira à prática de um novo ato por Presidente sucessor, limitando-se, mais uma vez, o poder soberano.

Ressaltamos que, até o momento, não há posicionamento sobre esta matéria, no Supremo Tribunal Federal, uma vez que a Reclamação n. 29.066, feita por Cesare Battisti, se encontra pendente de julgamento e o Habeas Corpus n. 136.898 foi negado, por decisão monocrática, entendendo o Ministro Luiz Fux, que Battisti não ostentava contra si “*ato concreto de ameaça ou cerceio ilegal de sua liberdade, não servindo a tanto afirmações genéricas no sentido de que está sendo perseguido por órgãos estatais*”²⁸², não tendo a decisão no Habeas Corpus entrado do mérito da possibilidade de revisão do ato pelo atual Presidente da República.

Para que seja possível chegar a uma conclusão sobre se o ato administrativo do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva gerou direito adquirido, é necessário buscarmos entender o que faz algo ser classificado como direito adquirido.

A doutrina no Direito Administrativo é pacífica ao afirmar que estes direitos devem ser respeitados e dá inúmeros exemplos de casos. Porém, não explicam o que se entende por direito adquirido, no plano abstrato, limitando-se a afirmar que assim se considera aquilo que gera efeito favorável ao indivíduo, sem maiores explicações.

Os exemplos de direito adquirido, invariavelmente, dizem respeito a questões patrimoniais, tal como a doação de um imóvel, a compra e venda de materiais ou uma licença para construir.

O caso em análise, contudo, é um tanto quanto singular, pois não afeta nenhum direito patrimonial, de forma que não entendemos adequado tentar

²⁸² Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 136.898. Op. Cit., p. 5.

encaixar a situação apresentada nos exemplos fornecidos pela doutrina, não sendo possível vislumbrar nenhuma analogia plausível.

O parágrafo 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro conceitua o direito adquirido da seguinte forma:

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

No entanto, o texto da norma não é claro e não resolve nosso problema, uma vez que sabidamente, nem tudo gera direito adquirido.

José Afonso da Silva aponta que a doutrina não fixou, com precisão, o conceito de direito adquirido, afirmando que o direito adquirido está ligado ao direito subjetivo:

“O direito subjetivo é um direito exercitável segundo a vontade do titular (...). Se tal direito é exercido, foi devidamente prestado, tornou-se situação jurídica consumada. Por exemplo, quem tinha o direito de casar de acordo com a regras de uma lei, e casou-se, seu direito foi exercido, consumou-se. A lei nova não tem o poder de desfazer a situação jurídica consumada. A lei nova não pode descasar o casado, porque estabeleceu regras diferentes para o casamento. Se o direito subjetivo não foi exercido, vindo a lei nova, transforma-se em direito adquirido, porque era direito exercitável e exigível à vontade de seu titular. Incorporou-se ao seu patrimônio, para ser exercido quando convier. A lei nova não pode prejudica-lo só pelo fato de o titular não o ter exercido antes. (...) Se não era direito subjetivo antes da lei nova, mas interesse jurídico simples, mera expectativa de direito ou mesmo interesse legítimo, não se transforma em direito adquirido.”²⁸³

Dito isso, devemos apontar que, no caso em estudo, não estamos falando de um direito (seja ele adquirido ou não), que decorre da lei. Trata-se de uma situação jurídica resultante de um ato administrativo discricionário.

Com base nas afirmações de José Afonso da Silva, verificamos que o ato praticado pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, não gerou direito adquirido para Cesare Battisti, mas apenas um interesse jurídico, uma expectativa de direito. Entendemos desta forma, pois, Cesare Battisti nunca teve um direito subjetivo de permanecer no território brasileiro e não ser extraditado. Ao contrário, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo deferimento da sua

²⁸³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20ª. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 432-433.

extradição, sedimentou-se que não possuía qualquer direito nesse sentido²⁸⁴.

Dentre os doutrinadores do Direito Administrativo, apenas Celso Antonio Bandeira de Mello procede a uma análise do que é direito adquirido. Afirma que nem todo benefício deve ser considerado direito adquirido. Para o autor, entende-se adquirido o direito quando:

“o direito derivado da disposição legal concessiva não tenha outra razão de ser, outra significação lógica, outro conteúdo racional, senão exata e precisamente perlongar-se no tempo, cristalizadamente, pois o dispositivo legal atributivo do direito perderia sentido se não fosse para este fim”.²⁸⁵

Dito isso, destacamos que o texto do ato do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva se limita a expressar que o Presidente “aprova o Parecer e nega a extradição”, nestes termos.

Ao interpretarmos o texto do ato não identificamos, ainda que implicitamente, que este tenha como única razão de ser, a sua prolongação no tempo, requisito para ser considerado como gerador de um direito adquirido. O fato de produzir efeitos que se prolongam no tempo, não significa que este é a sua única razão de ser.

Esta análise não se baseia, exclusivamente, no texto literal do ato.

O parecer da Advocacia Geral da União 17/2010, aprovado para que fosse negada a extradição pelo Presidente da República ressaltou que os crimes praticados se tratavam de crimes comuns, respeitando-se a decisão do Supremo Tribunal Federal, mas afirmou que os fatos possuem dimensão política, suscitando “*ponderáveis suposições de que o extraditando possa, em tese, enfrentar atos que agrave sua situação, por motivos de sua condição pessoal*” e, assim, fundamentando a não entrega de Battisti, sendo tal hipótese permissiva da não efetivação da extradição, conforme o já citado artigo III, 1, f, do Tratado de

²⁸⁴ Esclarecemos que, mesmo quando da concessão da condição de refugiado, entendemos que não há direito adquirido para se manter tal condição e, portanto, não há direito adquirido de permanecer no território nacional. Assim entendemos porquanto a Lei n. 9.474/97, no já citado artigo 12, inciso II determinou como atribuição do CONARE decidir a cessação, em primeira instância, *ex officio* ou mediante requerimento das autoridades competentes, da condição de refugiado, enquanto o artigo 38 do mesmo diploma legal estabelece diversas hipóteses em que cessará a condição de refugiado. Sendo possível a cessação da condição de refugiado, concluímos que o deferimento do pedido inicial não é capaz de gerar direito adquirido.

²⁸⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. P. 115.

Extradicação celebrado entre o Brasil e a Itália²⁸⁶.

Analisando o fundamento do parecer e, portanto, o fundamento do ato praticado pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, entendemos que este não pode ser considerado como sendo sua razão de ser a sua prorrogação no tempo.

A nosso ver, a justificativa para o ato, além de subjetiva, é mutável, pois, decorre de um elemento de atualidade. Ou seja, à época da prática do ato, o momento político transpareceu à Administração ponderáveis suposições de Battisti poderia ter sua situação agravada, por motivos de sua condição pessoal.

Porém, tendo em vista a volatilidade das conjunturas políticas, as “ponderáveis suposições”, que existiam à época, podem não mais existir, avaliação esta, subjetiva e que cabe, exclusivamente, ao Chefe do Poder Executivo com mandato em vigor²⁸⁷.

Pode-se dizer que a essência do ato é, portanto, mutável, pois que seu fundamento não é inalterável, de forma que o ato não pode ser considerado imutável ou gerador de direito adquirido.

A situação é similar e pode ser comparada com a concessão da condição de refugiado, a qual pode cessar, na hipótese em que o estrangeiro não puder mais continuar a recusar a proteção do país de que é nacional por terem deixado de existir as circunstâncias em consequência das quais foi reconhecido como refugiado, como determina o artigo 38, inciso V do Estatuto dos Refugiados.

Ante essa análise, concluímos que, afirmar que o atual Chefe do Poder Executivo ou qualquer de seus sucessores, no futuro, não pode revogar o ato que negou a entrega de Cesare Battisti, seria admitir que o ato de entrega de extraditando se trata de um poder discricionário, soberano, exclusivamente político, de governo, para um Chefe do Poder Executivo, mas não para o seu

²⁸⁶ Folhas 4.324/4.325 do processo de Extradicação n. 1085/República Italiana.

²⁸⁷ No início deste item 4.3, destacamos que, além da revogação, existem outras formas de extinção do ato administrativo, dentre elas o desaparecimento do pressuposto fático que é caracterizado quando a continuidade dos efeitos do ato depende de uma situação fática. Marçal Justen Filho dá como exemplo a aposentadoria que se extingue com a morte do beneficiário. Assim, explica o autor que, quando se desaparece o pressuposto, extinguindo-se o fato, extingue-se, automaticamente o ato administrativo (JUSTEN FILHO, Op. Cit., p. 429). Poderia-se dizer, então, que extinto o pressuposto fático da negativa de extraditação pelo Presidente da República, qual seja “ponderáveis suposições de que o extraditando possa, em tese, enfrentar atos que agrave sua situação, por motivos de sua condição pessoal”, o ato seria extinto. Contudo, não vislumbramos esta possibilidade, de extinção por desaparecimento do pressuposto fático, uma vez que, neste caso concreto, não é possível a extinção automática, dado o caráter subjetivo do fundamento, que depende de uma análise pelo Chefe do Poder Executivo para se determinar se o pressuposto foi, de fato, desapareceu.

sucessor. Estaríamos a escolher quando o poder é soberano e quando não é, o que entendemos incorreto, em se tratando da prática de um mesmo ato em abstrato: de entregar um extraditando, quem quer que seja.

Por fim, ainda que se pudesse entender que o referido ato gerou um direito subjetivo, adquirido, para Cesare Battisti, concluimos que permanece sendo possível a revogação do ato discricionário, abrindo-se a possibilidade de uma eventual indenização.

Conclusão

A extradição se trata de medida de saída compulsória do estrangeiro, envolvendo uma cooperação entre Estados, sendo fundamentada em um tratado, ou na promessa de reciprocidade.

Tem por objetivo a repressão de crimes, mas devem ser garantidos os direitos fundamentais do extraditando, de forma que existem critérios de legalidade e limitações à extradição, os quais são analisados exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, ante a disposição do artigo 102, I, g, da Constituição Federal de 1988.

A extradição não pode ser deferida quando o crime que fundamenta o pedido se trata de crime político.

Crimes políticos são aqueles cometidos contra a ordem política estatal, a segurança interna do Estado ou sua forma de governo. Mesmo assim, o enquadramento de um crime nesta classificação depende de análise casuística.

Cabe, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal analisar a natureza do delito, se comum ou político, na forma do artigo 77, parágrafo 2º do Estatuto do Estrangeiro e do artigo 82, parágrafo 2º da Nova Lei de Migração, não podendo nenhuma Autoridade Administrativa proceder à esta análise.

A concessão de refúgio também impede a extradição, na forma do artigo 33 da Lei n. 9.474/97, que implementou o Estatuto dos Refugiados de 1951. Entretanto, o refúgio não pode ser concedido quando o indivíduo foi condenado por crime comum, conforme consta no art. 3º, III da mesma lei.

A concessão de refúgio pelo Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) e pelo Ministro de Estado da Justiça, em grau de recurso, se trata de ato administrativo vinculado, no que diz respeito às restrições para a sua concessão, de forma que ilegal o ato administrativo quando concessivo de refúgio para indivíduo condenado por crime comum.

Tal vinculação decorre do fato de que, ainda que a extradição envolva matéria das relações internacionais, de competência do Presidente da República, a Lei n. 9.474/97 impôs limites à concessão do refúgio, os quais também se

encontram previstos nas normas internacionais, não sendo o poder do Presidente da República, ou de quem o representa, por delegação, ilimitado.

Fosse um ato de soberania, exclusivamente político ou de governo, não haveriam critérios ou limitações estabelecidas na lei para a sua concessão.

Também se trata de ato vinculado no que diz respeito à impossibilidade de negar a concessão de refúgio, quando o indivíduo atende a algum dos critérios estabelecidos no artigo 1º da Lei 9.474/97, ao mesmo tempo em que não se enquadra nas limitações estabelecidas pelo artigo 3º do mesmo diploma legal, em decorrência do princípio da não devolução e da literalidade do referido artigo 1º.

É ilegal a concessão de refúgio pela Autoridade Administrativa quando esta é fundamentada através de requalificação do crime comum como crime político, tratando-se de invasão da competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, tendo sido este o caso da concessão de refúgio à Cesare Battisti pelo Ministro da Justiça Tarso Genro.

Um crime comum não pode ser absorvido por crime político quando não há relação entre os mesmos, não sendo o mero de ter sido cometimento durante período de conturbação política, suficiente para caracterizá-lo como crime político.

O contexto político da época em que os crimes foram praticados por Cesare Battisti era inegavelmente conturbado e, ainda que tenha existido algum tipo de repressão ao grupo Proletários Armados pelo Comunismo, do qual Battisti fazia parte, tal argumento, por si só, não é capaz de qualificar os crimes que fundamentam o pedido de extradição de Battisti, como crimes políticos, devendo ser analisada a motivação e a finalidade dos crimes.

Os crimes cometidos por Cesare Battisti, que fundamentaram o pedido de extradição foram corretamente classificados, pela maioria do Supremo Tribunal Federal, como crimes comuns, não tendo sido identificada nenhuma finalidade ou motivação política.

Ainda que Battisti tenha cometido algum crime de natureza política, anterior aos crimes que fundamentam o pedido de extradição, tal fato não pode impedir a extradição.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, anterior ao julgamento da Extradição n. 1085 estabeleceu a faculdade do Presidente da República de entregar “imediatamente” o extraditando ou adiar a efetivação da extradição

quando o indivíduo estivesse sendo processado por outros crimes no Brasil, ou cumprindo alguma pena, em decorrência dos artigos 89 e 90 do Estatuto do Estrangeiro.

O objetivo dos referidos artigos era permitir a repressão de crimes cometidos no território nacional, não relacionados aos crimes objeto do pedido de extradição.

Quando do julgamento da Extradição n. 1085 inexistia dispositivo legal permitindo expressamente a possibilidade de o Presidente da República negar a extradição contrariando a decisão do Supremo Tribunal Federal.

No julgamento da Extradição n. 1085 o Supremo Tribunal Federal procedeu, de forma não unânime, à uma interpretação extensiva dos artigos 89 e 90 do Estatuto do Estrangeiro e do artigo 84, VII e VIII da Constituição Federal de 1988, ampliando a jurisprudência para dar ao Chefe do Poder Executivo discricionariedade para negar a entrega do extraditando e não apenas adiar a extradição.

O Supremo Tribunal Federal passou, assim, a definir o ato do Chefe do Poder Executivo como um ato exclusivamente político, decorrente do exercício da soberania.

A edição da Nova Lei de Migração pode vir a reduzir a controvérsia, uma vez que o artigo 92 afirma que a efetivação da extradição deve ser, além de julgada procedente pelo Supremo Tribunal Federal, deverá ser autorizada pelo órgão competente da Administração Pública.

A faculdade do Chefe do Poder Executivo somente existe quando o Supremo Tribunal Federal defere o pedido de extradição, não podendo ser praticado ato de governo, exclusivamente político quando a Corte indefere a extradição, ante a prevalência das garantias e direitos fundamentais do indivíduo sobre o princípio da soberania do Estado.

O ato administrativo de governo praticado pelo então Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva não está eivado de nulidade, razão pela qual incabível a sua invalidação, seja pela própria Administração Pública, seja pelo Poder Judiciário.

Não sendo eivado de nulidade e, portanto, não sendo passível de anulação, não há que se falar em decadência do direito da Administração Pública de anular o ato.

Contudo, o referido ato administrativo pode vir a ser revogado por Chefe do Poder Executivo sucessor. Posto que, assim como foi considerado ato de soberania a não entrega do extraditando, deve ser considerado ato de soberania a sua entrega, uma vez que não há ilegalidade na extradição, ante o seu deferimento pelo Supremo Tribunal Federal.

O ato praticado pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, não gerou direito adquirido para Cesare Battisti, mas apenas um interesse jurídico e expectativa de direito, uma vez que nunca houve um direito subjetivo de permanecer no território brasileiro e não ser extraditado.

Ao contrário, a partir do momento em que o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo deferimento da sua extradição, sedimentou-se que não possuía qualquer direito subjetivo nesse sentido.

Ademais, pode-se dizer que a essência do ato é mutável, ante a volatilidade da conjuntura política de forma geral, pois que seu fundamento não é inalterável, de forma que o ato não pode ser considerado imutável ou gerador de direito adquirido.

Tanto se trata de uma situação mutável que, comparativamente, tem-se que a própria condição de refugiado quando deferida, pode posteriormente cessar, quando alterada a situação que deu causa ao deferimento do pedido de refúgio. Isto é, se não há mais, por exemplo, a perseguição política no Estado de origem do estrangeiro, tendo este sido o fundamento para a concessão do refúgio, o CONARE poderá fazer cessar o benefício.

Ainda que o ato administrativo discricionário venha a gerar direito adquirido ao particular, este permanece passível de revogação, mediante indenização, seja de caráter patrimonial ou moral, caso seja verificado, no caso concreto, a necessidade de manutenção da supremacia do interesse público.

O ato de governo que decidiu pela não entrega de Cesare Battisti para as autoridades Italianas não gera direito adquirido, uma vez que não é possível identificar especificamente a finalidade de prolongar-se no tempo.

Tal impossibilidade decorre da interpretação de que o fundamento do ato (ponderáveis suposições de que o extraditando possa enfrentar atos que agrave sua situação, por motivos de sua condição pessoal) depende de análise subjetiva e é mutável, podendo as “ponderáveis suposições”, presentes à época da prática do ato, não mais existirem.

Ainda, não se deve confundir o direito adquirido com a expectativa de direito, sendo certo que apenas a segunda não é suficiente para gerar direito adquirido.

Referências bibliográficas

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Extinção do Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

AMOROSO, Daniele. Insinducibilità Degli Atti Politici e Legittimità del Diniego di Estradizione per Motivi Umanitari: in margine al caso Battisti. In *Rivista quadrimestrale Diritti Umani e Diritto Internazionale*, Vol., 5, n. 3, III quadrimestre, dezembro de 2011. p. 550-563.

ANDRADE, José H. Fischel de. *Direito Internacional dos Refugiados – Evolução Histórica (1921-1952)*. 1ª ed. Rio de Janeiro, Renovar: 1996;

AURÉLIO, Bruno Francisco Cabral. *Atos Administrativos Ampliativos de Direitos: Revogação e Invalidação*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição da República Federativa do Brasil Anotada*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1998.

_____. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo I, 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASSIOUNI, M Cherif. *The Legal Framework of Extradition in International Law and Practice*. Oxford University Press, 2015.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito Público Internacional*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1911.

BÍBLIA. Antigo Testamento, Juízes.

BINENBOJM, Gustavo. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional – Artigos e Pareceres*. Rio de Janeiro, Renovar: 2008.

BOEPPLE, Rick Gene. *International Extradition and the Amanda Knox Case: What is “Conviction” Anyway?* Gonzaga Law Review n. 53, 71, 2013.

CAMPAZ, Walter. *Revogação dos Atos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

CAPALDO, Giuliana Ziccardi. A Role for the International Court of Justice as a Global Supreme Court: A Proposal for a Judicial Solution to the Battisti Extradition Case. In: *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence*. Oceana, New York: Oxford University Press, 2012, Vol., I. p. XVII/XXXII.

_____. Il Principio di Buona Fede Nell'Esecuzione dei Trattati. Il Caso Battisti: Um Esempio Emblematico di Mala Fides. In: *Atti del Convegno in memoria di Luigi Sico*. Organização: Talitha Vassalli do Dachenhausen. Napoli: Editoriale Scientifica, 2010. P. 509/531.

CARLIER, Jean-Yves. Droit D'Asile et des Réfugiés de la Protection aux Droits. In. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Volume: 332. Editora Brill Nijhoff, Leiden, 2008. P. 243.

CASANOVAS, Oriol. La Protection Internationale des Réfugiés et des Personnes Déplacées dans les Conflits Armés. In. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Volume: 306. Editora Brill Nijhoff, Leiden, 2003. P. 51.

CASTELLANETA, Marina. Vicenda Battisti Atto Secondo: La Nuova Decisione del Supremo Tribunal Federal e le Persistenti Violazioni del Diritto Internazionale. In *Rivista quadrimestrale Diritti Umani e Diritto Internazionale*, Vol., 5, n. 3, III quadrimestre, dezembro de 2011. p. 537-549.

CIAMPAGLIA, Márcia Cristina Nogueira. *Ato Administrativo Inválido e a Restauração da Legalidade*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2014.

CIAMPI, Annalisa. L'ipotesi dell' Estradizione Condizionata di Battisti dal Brasile all'Italia. In *Rivista di Diritto Internazionale*. Giuffrè Editore. Volume XCIV, 2011. p. 183/187.

COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. *Assistência Jurídica a Brasileiros e Estrangeiros*. 1ª ed. Curitiba, Juruá Editora: 2011;

COLLINS, Lawrence. Foreign Relations and The Judiciary. in *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 51 de Julho de 2002.

CRETELLA JUNIOR, José. *Dos Atos Administrativos Especiais*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. *Do Ato Administrativo*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1972.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *A Extradução no Alvorecer do Século XXI*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

DINIZ, Irene Bogado e PEREIRA, Marcos Vinícius Torres. Uma Análise Da Jurisprudência Do Supremo Tribunal Federal Sobre Extradução: O Brasil Não é o Paraíso para os Criminosos Estrangeiros. In. *Cosmopolitan Law Journal*, v. 2, n. 1, jun. 2014, p. 168-198.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25ª Edição. São Paulo: Atlas, 2012. p. 2003.

EGIDO, J. Puende. L'Extradition en Droit International: Problèmes Choisis. In. *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Volume: 231. Editora Brill Nijhoff, Leiden, 1991

EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES. *Position on Exclusion From Refugee Status*. PP1/03/2004/Ext/CA, Março 2014.

FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos Pelo Poder Judiciário*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005;

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 21ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009

FRAGA, Mirtô. *O Novo Estatuto do Estrangeiro Comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 1985

FREITAS, Juarez. *Discrecionariiedade Administrativa: O Controle de Prioridades Constitucionais*. In *Revista NEJ - Eletrônica*, Vol. 18 - n. 3 – set/dez 2013.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 8ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

GROTIUS, Hugo. *On the Law of War and Peace*. Traduzido para o ingles por A.C. Campbell. Batoche Books, Kitchener 2001.

GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. *Medidas Compulsórias*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KELDALL, Emily C. *Sanctuary in the 21st Century: The Unique Asylum Exception to the Extradition Rule*. In *Michigan State International Law Review*. Vol. 23.1, 2014.

KHAN, Sadruddin Aga. *Legal Problems Relating to Refugees and Displaced Persons*. Londres: Zed Books, 1986.

LIEBERMAN, David M. Sorting the Revolutionary from the Terrorist: The Delicate Application of the Political Offense Exception in U.S. Extradition Cases. In *Stanford Law Review* n. 181, 2006.

LOPES, Inez. Dignidade da pessoa humana e mudança de paradigma da Lei de Migração no Brasil. in, *Revista de Direito Internacional*, Volume 14, n. 2, 2017.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 138/139.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006;

_____. *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981;

MELLO. Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato Administrativo*. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. P. 76/78.

PEGORARO, Luiz Nunes. *Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários*. Campinas: Servanda, 2010.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. *Princípios de Direito Internacional*. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2017.

PIEMONTE, Christina. Meza v. U.S. Attorney General: Motivation is Fickle in the Application of the Political Offense Exception to Extradition. *Journal of International and Comparative Law* n. 634, 2013

POLTRONIERI, Renato. *Discricionariedade dos Atos Administrativos e a Ambiguidade da Norma Jurídica Positiva*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Juarez Tavares de Oliveira, 2002.

REALE, Miguel. *Revogação e Anulamento do Ato Administrativo*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2005

RODRIGUES, Manuel Coelho. *A Extradução no Direito Brasileiro e na Legislação Comparada*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1930;

RUSSOMANO, Gilda. *A Extradução no Direito Internacional e Brasileiro*. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1973;

SALIBA, Aziz Tuffi; GROSS, Clarissa Piterman e UBALDO, Luisa Quintão. Discricionariedade ou vinculação? Um estudo dos atos administrativos de exclusão do estrangeiro admitido no território nacional. In. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 47 n. 188 out./dez. 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20ª. São Paulo: Malheiros, 2002.

SCHNYDER, Félix. *Les Aspects Juridiques Actuels du Problème des Réfugiés*. In *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*. Volume: 114. Editora Brill Nijhoff, Leiden, 1965.

SØRENSEN, Henning Bang Fuglsang Madsen. *Political Activity, Extradition and the Common Interest*. In: *The Common Interest in International Law*. Organização: BENEDEK, Wolfgang; DE FEYTER, Koen; KETTEMANN, Matthias C. e VOIGT, Christina. Cambridge: Intersentia, 2014. Capítulo 11.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *As Novas Tendências do Direito Extradicional*. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2013

_____. Controvérsias em Torno do Asilo, Refúgio, Crime Político e o Direito de Extradicação. In: *Revista Eletrônica de Direito Penal*, vol. 2, n. 1. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2014;

STEVEN Lubet e MORRIS Czackes. The Role of the American Judiciary in the Extradition of Political Terrorists. In *Journal of Criminal Law & Criminology*. Northwestern University School of Law. Vol, 71, n. 3. P. 193/2010.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Ato Administrativo Inválido*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

TIBÚRCIO, Carmen e BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar: 2013.

VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. 5ª edição. Livraria Freitas Bastos: Rio de Janeiro, 1980. Volume I,

VELLOSO, Carlos Mário da Silva Velloso. Parecer encomendado pela República Italiana. in *Processo de Extradicação 1.085/República Italiana*. Supremo Tribunal

Federal. p. 3.279/3.332.

ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. 3ª edição. São Paulo: Melheiros, 2008.

Jurisprudência:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradução nº 1.085 – Tribunal Pleno, Brasília, DF, DJ 16 de dezembro 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 11.243 – Tribunal Pleno, Brasília, DF, 08 de junho de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 136.898 – Decisão Monocrática, Relator Ministro Luiz Fux, Brasília, DF, 15 de setembro de 2016. Acórdão publicado no DJE em 20/09/16.

BRASIL. Justiça Federal da 1ª Região. Ação Civil Pública nº. 0054466-75.2011.4.01.3400 – 20ª Vara Federal. Juíza Federal Adverci Rates Mendes De Abreu, Brasília, DF, 26 de fevereiro de 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. Processo nº. 08000.011373/2008-83 – Ministro da Justiça Tarso Genro, Brasília, DF, 13 de janeiro de 2009.

BRASIL. Justiça Federal da 2ª Região. Ação Penal nº. 0804297-04.2007.4.02.5101. 02ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro. Juiz Federal Rodolfo Kronenberg Hartmann, Rio de Janeiro, RJ, 19 de fevereiro de 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Exceção de Suspeição nº. 0008957-82.2015.4.01.3400. Relator: Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro. DJ 18/05/2015

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial nº. 42.537/RJ. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. DJ: 27/05/14.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo no Recurso Especial nº. 990.383/DF. Relatora: Ministra Regina Helena Costa. DJ 13/12/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus – HC nº. 92.251, julgado em 20/10/2010. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Civil Originária – ACO nº. 1722,

julgado em 01/09/2011. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº. 4.538, julgado em 01/09/2011. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus – HC nº. 107.140, julgado em 14/06/2011. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo – ARE nº. 820.744, julgado em 20/06/2011. Relator: Ministro Gilmar Mendes.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação n. 330, julgado em 20 de março de 1975. Relator: Ministro Leitão de Abreu.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação n. 864, julgado em 18 de junho de 2003. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Extradicação n. 700/República da Alemanha. Relator: Ministro Octavio Gallotti. DJ: 05/11/1999

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação n. 524. Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 08.03.1991.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação n. 1082. Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 19/06/2008

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação n. 1008/República da Colômbia. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ em 17/08/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradicação n. 893/República Federal da Alemanha. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ em 17/12/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Extradicação n. 347/República Italiana. Relator Ministro Djaci Falcão. DJ em 09/06/1978.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Extradicação n. 1103/Estados Unidos da América. Relator Ministro Eros Grau. DJ em 02/04/2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Extradicação n. 1015/República Federal da Alemanha. Relator Ministro Joaquim Barbosa. DJ em 21/06/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Extradicação n. 1020/República Federal da Alemanha. Relator Ministro Marco Aurélio. DJ em 15/03/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Extradução n. 1006/República Argentina. Relator Ministro Marco Aurélio. DJ em 01/03/2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Extradução n. 985/República Argentina. Relator Ministro Joaquim Barbosa. DJ em 06/04/2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Extradução n. 267. Relator Ministro Themistocles Cavalcanti. DJ: 24/04/1969.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradução n. 1.409/Governo do Reino dos Países Baixos, Ministro Relator Edson Fachin. DJ: 15/03/2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença Estrangeira - SE n. 5705/Estados Unidos da América. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 17/03/1988

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 336. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 19/12/1990

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Agravo Regimental na Reclamação n. 4.058/Bahia. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ: 17/02/2010

Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Reclamação n. 3.982. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. DJ: 19/11/2007

ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Corte de Apelações para o 9º Circuito. William Joseph Quinn v. Glen Robinson, United States Marshal for the Northern District of California. Juizes Duniway, Fletcher, and Reinhardt. Julgado em 18/02/1986

Sítios:

UNHCR Statistical Online Population Database -
<http://apps.who.int/globalatlas/DataQuery/default.asp>. Acessado em 12/05/17.

<https://edition.cnn.com/2018/01/23/asia/bangladesh-rohingya-repatriation-fears-intl/index.html>. Acessado em 30/01/18.

<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/11/brasil-autoriza-visto-de-residencia-permanente-para-43-8-mil-haitianos> - acessado em 12/05/2017

Ministério da Justiça e Segurança Pública: Refúgio em Números – Disponível em:
http://www.justica.gov.br/news/brasil-tem-aumento-de-12-no-numero-de-refugiados-em-2016/20062017_refugio-em-numeros-2010-2016.pdf/view. -
Acessado em 12/10/2017

Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees. UNHCR, HCR/GIP/03/05 de 04/09/2003. Disponível em:
<http://www.unhcr.org/publications/legal/3f7d48514/guidelines-international-protection-5-application-exclusion-clauses-article.html?query=interpreting%20article%201>. Acessado em 28/01/2018.