CEPES
Centro de Pesquisa

O CASO BATTISTI: CONDIÇÕES DA AÇÃO NA RECLAMAÇÃO ITALIANA

Israel Paulino
Graduando Do 5º Semestre Em Direito Pelo Centro Universitário De Brasília – Uniceub

Ao Professor Francisco Rezek

RESUMO

O presente artigo busca analisar as condições da ação na reclamação proposta pela República Italiana ao Supremo Tribunal Federal em reação à negativa do então Presidente da República de proceder à entrega do nacional italiano Cesare Battisti, cujo pedido de extradição foi julgado legal e procedente pela Suprema Corte. Na ocasião do julgamento da reclamação, o colegiado entendeu, por maioria, que a Itália não seria parte legítima para ajuizar reclamação para anular um ato do Presidente da República e que não poderia o Tribunal cassar um ato eminentemente político emanado do Chefe do Executivo. Neste artigo, valendo-nos do direito positivo aplicável e da doutrina em Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Internacional Público e Teoria Geral do Processo, tentaremos demonstrar que, ao contrário do consignado pelo Supremo Tribunal Federal, estão sim presentes as condições da ação na reclamação proposta pela Itália, de forma que deveria ter sido esta ação conhecida e, no mérito, julgada procedente.

PALAVRAS CHAVE: Extradição. Reclamação. Condições da Ação. Controle judicial dos atos políticos.

ABSTRACT

This article aims to analyze the conditions of the action proposed by the Italian Republic to the Supreme Court in response to the refusal by the President of the

Republic to proceed with the delivery of the Italian citizen Cesare Battisti, who had his extradition process judged legal by the Supreme Court. At the judgment of the action, the Court understood, by majority, that Italy is not able to ask for the Court to nullify an act of the President and that the Court could not revoke an eminently political act issued by the President of the Republic. In this article, drawing upon the applicable substantive law and doctrine in Constitutional Law, Administrative Law, Public International Law and General Procedural Law, we will argue that, unlike stated by the Supreme Court, the conditions of action were present on the action, so it should have been judged on its merit.

INTRODUÇÃO

Nos acesos debates que permearam as sessões do Supremo Tribunal Federal no julgamento deste caso, foram reavivados temas controversos como sindicabilidade judicial de “atos políticos”, exercício de soberania, separação dos poderes e controle judicial da observância a tratados internacionais.

Apesar da exaustiva discussão, ainda não há paz na doutrina, na jurisprudência ou até mesmo na própria Corte a respeito do alcance dessas matérias e da sua devida aplicação. No caso Cesare Battisti ocorreu o que nunca antes na história do Brasil havia ocorrido: o então Presidente da República negou a efetivação da extradição concedida pelo Supremo Tribunal Federal. Após isso, o Estado requerente impetrou reclamação na Corte, alegando que o ato presidencial desrespeitou a decisão do Supremo, em cujo acórdão se assentava que atuação do Chefe de Estado estaria limitada ao disposto no Tratado bilateral convencionado entre os dois países. O Supremo não conheceu da reclamação e soltou Cesare Battisti, tendo este fato gerado um desconforto diplomático sem precedentes na relação Brasil-Itália.

De todos equívocos jurídicos cometidos no caso Battisti, o que mais salta aos olhos é o fato de o Supremo Tribunal Federal ter rejeitado a reclamação italiana, defendendo que o ato que negou a concessão da entrega foi um ato político

soberano, legítimo, e, mais do que isso, fora de qualquer possibilidade de apreciação judicial.

Para que se compreenda melhor o desenvolvido ao longo deste trabalho, é interessante relembrar algum dos fatos ocorridos antes do julgamento da reclamação.

2 BREVE HISTÓRICO

Cesare Battisti foi denunciado pelo Ministério Público italiano pela autoria e execução de quatro homicídios, todos premeditados, cometidos entre 1977 e 1979. Nos crimes, foram mortos, em sequência, um agente penitenciário, um açougueiro, um joalheiro e um agente de polícia. Na época dos fatos, Battisti era agitador político de extrema-esquerda, membro de um grupo subversivo clandestino autointitulado “Proletários Armados pelo Comunismo”. Foi preso ainda em 1979, porém fugiu do cárcere em 1981, evadindo-se para o México, onde viveu por nove anos, e, depois, para a França, onde se viu sob proteção do governo de François Miterrand por outros quatorze anos.

Enquanto isso, seu processo penal corria normalmente na Itália. Foi condenado pelos quatro homicídios e teve sua sentença condenatória transitada em julgado em 31de março de 1993, após ter percorrido o processo todas as instâncias possíveis do Judiciário italiano.

Quando as autoridades italianas tomaram ciência do paradeiro do fugitivo, à época ainda em território francês, requereram e obtiveram a sua extradição para cumprir a pena a que foi condenado, após longo curso processual que compreendeu decisões proferidas em todas as instâncias do Judiciário daquele país, a saber, o Tribunal de Recursos de Paris, o Supremo Tribunal de Justiça e o Conselho de Estado da França.

A condenação de Battisti e a concessão da extradição pela justiça francesa foram, a pedido do próprio italiano, reapreciadas pela Corte Europeia de Direitos Humanos, em que foi verificado se a condenação obedeceu ao devido processo

legal e aos direitos humanos do condenado. Esta Corte, por unanimidade, rejeitou o apelo e confirmou a higidez das decisões.

Posto em liberdade condicional com pendência de apelo no Tribunal de Recursos de Paris, Cesare Battisti fugiu para o Brasil, aqui ingressando em setembro de 2004, valendo-se de passaporte falso (fato pelo qual responde criminalmente na 2ª Vara Criminal Federal no Rio de Janeiro).

Foi formulado, então, em 2007, o pedido de extradição pela República Italiana à República Federativa do Brasil, com base no tratado bilateral entre os dois países e na Lei nº 6.815/80, objetivando a entrega de Battisti à Itália para que lá cumprisse sua pena. O pedido, regularmente, passou pelo Ministério das Relações Exteriores e foi encaminhado ao Ministério da Justiça, para então chegar ao Supremo Tribunal Federal.

Em junho de 2008 – destaque-se, após já instaurado o processo de extradição -, o extraditando, preso[1], solicitou refúgio político ao Conselho Nacional para Refugiados – CONARE. Dizia ele ter fundados temores de sofrer perseguição, na Itália, em razão de suas opiniões políticas - já que no passado fora agitador político de extrema esquerda – e por isso poderia ter sua situação pessoal agravada. Embasava seu pedido no inciso I do artigo 1º da Lei dos Refugiados – Lei nº 9.474/97[2].

Assim respondeu o CONARE[3] em sua decisão:

> Não há que se falar na existência de nexo causal entre a perseguição alegada e a solicitação de refúgio. Se for feita uma análise real da situação do Senhor Cesare Battisti, verifica-se que o mesmo foge da condenação desde 1981, quando escapou das

[1] O Estatuto do Estrangeiro ordena que, no curso do processo de extradição, o extraditando permaneça preso. Art. 81. O Ministério das Relações Exteriores remeterá o pedido ao Ministério da Justiça, que ordenará a prisão do extraditando colocando-o à disposição do Supremo Tribunal Federal. Parágrafo único do art. 84 desta lei: Parágrafo único. A prisão perdurará até o julgamento final do Supremo Tribunal Federal, não sendo admitidas a liberdade vigiada, a prisão domiciliar, nem a prisão albergue.

[2] 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;

[3] Fl. 3077 do processo de extradição (Ext. 1085/Itália, Rel. Min. Cezar Peluso).

> prisões italianas. O ora solicitante também foi procurado pelo Governo italiano, em território francês, em 1991, em 2003 e agora no Brasil, sempre pelos mesmos crimes e por vários Governos. Assim, não há como enquadrar o pedido nos preceitos de elegibilidade previstos na Lei nº 9.474/97, eis que não se vislumbra a existência de fundado temor de perseguição pelos motivos ali elencados, assim não há que se falar em generalizada violação de direitos humanos na Itália.

Após isso, o extraditando dirigiu recurso ao Ministro da Justiça, conforme art. 29 da Lei do Refúgio[4].

O então Ministro da Justiça, Tarso Genro, reavaliou o pedido do extraditando e anulou a decisão do CONARE, concedendo, assim, o status de refugiado a Cesare Battisti. Feito isso, o extraditando, por meio de seus advogados, peticionou no STF a extinção do processo de extradição sem resolução do mérito, pois o reconhecimento da condição de refugiado, segundo sustentou, seria o bastante para afastar o pedido de extradição, conforme redação do art. 33 da citada Lei nº 9.474/97, que estabelece: “o reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio.”.

Na apreciação dessa petição da defesa, a Corte entendeu que o ato de concessão do refúgio era completamente ilegal, não podendo este ato administrativo obstar o julgamento de uma causa posta à mesa do Supremo por imposição da própria Constituição. O Ministro Peluso, para efeitos de anular este ato, no que foi seguido por larga maioria do Tribunal, seguiu recomendação do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR[5], que relembra aos aplicadores da lei que“a proteção internacional dos refugiados e a aplicação do direito penal não são mutuamente excludentes.”. Foi aplicado, também, o item 56 do Manual deste Alto Comissariado, que por sua vez dispõe:

---

[4] Art. 29. 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.

[5] Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados - ACNUR. Nota de Orientação sobre Extradição e Proteção Internacional de Refugiados. Genebra: 2008, p. 5.

> 56. Deve-se distinguir perseguição de punição prevista por uma infração de direito comum. As pessoas que fogem de procedimentos judiciais ou à punição por infrações desta natureza não são normalmente refugiados. Convém relembrar que um refugiado é uma vítima - ou uma vítima potencial - da injustiça, e não alguém que foge da justiça.

Além disso, o art. 3º, III, da Lei nº 9.474 determina que indivíduos condenados por crime hediondo ou que tenham cometido atos de terrorismo não poderão ser beneficiados da condição de refugiado[6].

Efetuadas outras considerações, o Ministro Cezar Peluso[7] assim concluiu seu voto: "Trata-se, portanto, de ato administrativo, que, por sua manifesta, absoluta e irremediável nulidade e ineficácia, não pode opor-se à cognição nem a eventual procedência do pedido de extradição [...]. O ato é ilegal. Era correta a decisão do CONARE.".

Afastada esta prejudicial, o Tribunal decidiu, por maioria, conceder a extradição à Itália.

Como é sabido, o então Presidente da República, o Senhor Luiz Inácio Lula da Silva, de imediato não tomou nenhuma decisão sobre o caso. Segundo ele, como noticiado na mídia, seria necessária uma análise mais cuidadosa da decisão do Supremo e do Tratado firmado com a Itália. Então, no último dia de seu governo, a 31 de dezembro de 2010, o Presidente expediu ato que negou a extradição.

O que serviu de motivação para esta decisão foi um parecer da Advocacia Geral da União (Parecer AGU/AG 17-2010) que recomendava a não concessão da extradição. Em síntese, o parecer afirmava[8] que, com base na letra "f" do número 1 do artigo 3º do Tratado[9], poderia ser negada a entrega, neste caso, porque haveriam

---

[6] 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;

[7] Fl. 80 do processo de extradição (Ext. 1085/Itália, Rel. Min. Cezar Peluso).

[8] Item 170 do Parecer AGU/AG 17-2010.

[9] Artigo III: Casos de Recusa da Extradição. 1. A Extradição não será concedida: f) se a parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, condição social ou pessoal; ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados;

fundados receios de que o extraditando pudesse sofrer, na Itália, agravamento de sua situação pessoal em virtude de suas opiniões políticas e de seu passado marcado por "atividade política de intensidade relevante".

Assim que foi expedido o ato administrativo de negar a extradição, a defesa do extraditando, na figura do Dr. Luís Roberto Barroso, protocolou petição avulsana extradição, requerendo a imediata expedição de alvará de soltura para o extraditando ou, alternativamente, uma declaração da Corte de que estaria esgotada sua competência no processo, tocando aos órgãos do Poder Executivo dar o devido cumprimento à decisão presidencial. O Presidente do Supremo Tribunal Federal negou provimento à petição porque, segundo ele, restava verificar se o Presidente da República agiu nos conformes do acórdão emanado pelo Supremo, o que poderia ser decidido apenas pelo Plenário.

No dia 4 de fevereiro de 2011, a República Italiana ajuizou reclamação no Supremo Tribunal Federal (reclamação nº 11.243) contra o ato do Presidente da República que negou a extradição.

Segundo a reclamante, foi violada a decisão do Supremo no momento em que o Presidente da República sobrepujou a discricionariedade concedida pela Corte e negou a extradição determinada pelo Tribunal, desrespeitando, assim, o Tratado bilateral firmado entre os dois países e o próprio acórdão da extradição.

No dia 8 de junho de 2011, houve o julgamento conjunto da petição avulsa na extradição e da reclamação da República Italiana. Foi relator o Ministro Gilmar Mendes, que trouxe a questão como incidente de execução.

Por maioria[10], o Tribunal não admitiu a ação postulada. Não admitiu, basicamente, porque não seria legítimo a um Estado estrangeiro bater às portas do Supremo para impugnar "um ato eminentemente político", questionando o modo com que o Presidente da República conduz o país em suas relações internacionais, e

[10] Votaram contra a admissibilidade os senhores Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio. Vencidos os eminentes Ministros Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Ellen Gracie.

não poderia, além disso, estar suscetível de controle judicial, por sua natureza política, um ato de competência restrita do Poder Executivo.

Os ministros que votaram pelo desconhecimento da reclamação também votaram pela imediata expedição de alvará de soltura a Cesare Battisti, que foi solto do Complexo Penitenciário da Papuda na mesma noite.

Passadas estas informações básicas, passemos à análise das condições da ação.

2 AS CONDIÇÕES DA AÇÃO NA RECLAMAÇÃO PROPOSTA

Condições da ação são os requisitos essenciais que a ação deve preencher para que o juiz profira decisão sobre o mérito, pressupostos que devem necessariamente estar presentes para que o exercício da ação seja legítimo. A falta de algum dos requisitos impede o julgamento do mérito[11]. No julgamento do dia 8 de junho de 2011, o Supremo Tribunal Federal, como já relatado, desconheceu a reclamação proposta pela República da Itália. O Tribunal, por maioria, de forma sumária julgou ausentes na ação os três requisitos essenciais para sua propositura: a legitimidade, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido. Analisemos cada um deles:

2.1- A Legitimidade De Agir

A legitimidade de agir é um requisito ligado à pessoa que pode pleitear em juízo uma pretensão resistida. Somente podem demandar aqueles que forem sujeitos da relação jurídica de direito material em questão (legitimidade ativa), podendo ser demandado apenas aquele que seja titular da obrigação correspondente (legitimidade passiva) [12].

José de Albuquerque Rocha é, a nosso ver, o autor que melhor estuda a questão da legitimidade. Ele adverte que não se pode afirmar que só é possível

[11]CHEDID, Luciano; WEBER, Adriana. Noções introdutórias de teoria geral do processo. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004, p.125-126.
[12] CHEDID, Luciano; WEBER, Adriana. Op. Cit., p.126-127.

ingressar em juízo aquele que é o titular do direito, visto que, para que se determine quem é o titular do direito, é preciso que haja a prestação jurisdicional, da qual depende a impetração da própria ação.

Convém transcrever algumas palavras do respeitado processualista[13]:

> Sabemos que, quando alguém vai à Justiça, dirige uma petição ao juiz, *afirmando*, entre outras coisas, a existência de uma situação jurídica da qual se diz titular, pedindo para ela a proteção jurisdicional do Estado. É em função dessa afirmação contida na inicial que o processo se instaura, desenvolve, e, sobre ela, é quem incide o provimento jurisdicional. [...] Por conseguinte, a legitimidade para agir é estabelecida em função da situação jurídica *afirmada* no processo, e não da situação jurídica *concreta, real, existente*, coisa que só pode aparecer na sentença.

É sabido que o Estado requerente na extradição é *parte* no processo, e tem como pretensão a *entrega* de seu cidadão para que lhe seja aplicada a pena. A Itália, na ocasião da reclamação, se disse titular do direito de ter de volta seu cidadão a partir do consentimento do Supremo Tribunal no caso. Mesmo que, depois, não se lhe reconhecesse este direito, não parece – juridicamente falando – correto o procedimento tomado ao afastar o direito de agir da Itália com base em ilegitimidade *ad causam*.

O ensinamento do professor José de Albuquerque Rocha se aplica com muita propriedade ao caso pelo fato de que era aquela a primeira ocasião em que um Estado insurgiu-se contra um ato presidencial que negou extradição concedida pelo Supremo, de forma que seria extremamente difícil e arriscado dizer, sem maiores análises, que este Estado não poderia ingressar em juízo para tal.

O *direito* do qual a Itália se dizia titular adviria de um acórdão do Supremo Tribunal Federal. O juízo *prévio* de admissibilidade, então, não poderia ser completo sem se examinar a própria ferramenta jurídica que embasa este direito, que é justamente o acórdão publicado pelo Tribunal na ocasião, verificando em suas entranhas se é possível, com base nele, afirmar que este Estado faz jus (ou não) a este suposto direito, com base no que a própria Corte determinou.

---

[13] ROCHA, José de Albuquerque. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 190.

Nas primeiras páginas do acórdão dessa extradição se extrai textualmente que o Presidente da República, embora não absolutamente vinculado à concessão da extradição pelo Supremo Tribunal Federal, deveria ater-se ao Tratado para deliberar sobre a entrega do extraditando. O que a Itália arguiu na ocasião foi que o Tratado não foi respeitado, e, por consequência, não teria sido respeitada a decisão do Supremo.

A análise do próprio Tratado, do ato do Presidente da República e do acórdão publicado é necessária para que se defina se há um direito e quem é seu titular, de forma que sem este encaminhamento, ocorreria o tolhimento de um direito público subjetivo: o direito de ação[14].

A questão da legitimidade está umbilicalmente ligada ao interesse de agir, do qual falaremos em seguida.

2.2- O Interesse De Agir

O interesse de agir é a necessidade que tem alguém de recorrer ao Estado e dele obter proteção para o direito que julgue ter sido violado ou ameaçado de violação. Por conseguinte, alguém só pode exercitar o poder de ação, ou seja, só pode pedir a proteção jurisdicional do Estado, quando tem interesse nessa prestação jurisdicional, "interesse que nasce justamente do fato de seu pretenso direito ter sido violado ou ameaçado de violação"[15].

Ada Pellegrini Grinover ainda alerta que "é necessário que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja *necessária* e *adequada*"[16], sendo a *necessidade* a impossibilidade de o autor da ação ter o seu direito satisfeito sem a interferência do Estado, quando a outra parte se nega a satisfazê-lo, e a adequação a relação entre a situação lamentada pelo autor e a via escolhida para corrigi-la, ou

[14] GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 255.
[15] ROCHA, José de Albuquerque. Op. Cit., 1996, p. 194.
[16] GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit., p. 259.

seja, a ferramenta judicial escolhida para tal. O meio processual, então, deve ser o suficiente para pôr termo à situação da qual o autor se queixa.

Para que se diga que alguém é o ou não titular de um direito, é prudente verificar se, antes de tudo, *existe* este direito e de onde ele procede. Verifiquemos este ponto.

A argumentação italiana, em sua reclamação, foi baseada no fato de que o Presidente da República reavivou matéria já enterrada pelo Supremo no curso do processo de extradição para fundamentar a recusa da efetivação da entrega. Notoriamente, os motivos que ensejaram a concessão de refúgio a Cesare Battisti foram os mesmos motivos determinantes no parecer da AGU que motivou a decisão presidencial. A partir daí, temos sobre a mesa duas vias de análise: a existência do direito da República Italiana de não ver a extradição negada por razões já afastadas judicialmente, por sua manifesta improcedência, e a existência do direito de ter de volta seu nacional, para o cumprimento de sua pena, com base nos próprios termos do Tratado e do acórdão do Supremo.

O tratado bilateral entre Brasil e Itália estabelece que a parte requerida pode recusar a extradição quando houver “razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, condição social ou pessoal; ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados”, e o inciso I do art. 1º da Lei do Refúgio atesta que será concedido status de refugiado a quem, “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”. Ao conceder o refúgio, o Ministro da Justiça de então, Tarso Genro, afirmou que em virtude dos atos de “ativismo político” de extrema esquerda praticados na Itália dos anos 70, o italiano Cesare Battisti teria fundado receio de sofrer atos de perseguição e discriminação por suas opiniões políticas manifestadas por estes mesmos atos.

Esta tese foi vigorosamente rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal quando analisou em sede de preliminar esta prejudicial, dando curso ao julgamento da extradição, que culminou na sua concessão. Já no parecer da AGU, extrai-se, mais precisamente em seu item nº 170, que "há ponderáveis razões para se supor que o extraditando seja submetido a agravamento de sua situação, por motivo de sua condição pessoal, dado seu passado, marcado por atividade política de intensidade relevante".

A 4ª ementa do acórdão foi finalizada nos seguintes termos:

> 4. EXTRADIÇÃO. Passiva. Executória. Pedido fundado em sentenças definitivas condenatórias por quatro homicídios. Crimes comuns. Refúgio concedido ao extraditando. Decisão administrativa baseada em motivação formal de Justo receio de perseguição política, inconsistência. Sentenças proferidas em processos que respeitaram todas as garantias constitucionais do réu. Ausência absoluta de prova de risco atual de perseguição. Mera resistência è necessidade de execução das penas. Preliminar repelida. Voto vencido. Interpretação do art. 1º, Inc. I, da Lei nº9.474/97. Aplicação do item 56 do Manual do Alto Comissariado das Nações Unidas - ACNUR. Não caracteriza a hipótese legal de concessão derefúgio, consistente em fundado receio de perseguição política, o pedido deextradição para regular execução de sentenças definitivas de condenação porcrimes comuns, proferidas com observância do devido processo legal, quandonão há prova de nenhum fato capaz de justificar receio atual de desrespeito às garantias constitucionais do condenado.

O autor do Parecer da Advocacia Geral, ao que parece, atentou-se com grande afinco à parte do acórdão na qual é declarado que a decisão do Tribunal de extraditar não vincularia, por si só, o Presidente da República, mas não houver por bem dispensar a mesma atenção a esta ementa do acórdão, que, expressamente - e de forma clara - determina antecipadamente que não há risco justificado de o extraditando ter suas garantias constitucionais (dentre as quais há a de não ser perseguido por aqueles fatores[17]) violadas naquele país. Não haveria, além do mais,

[17] Arts. 2º e 3º da Constituição italiana: Art. 2º La Repubblicariconosce e garantisce i dirittiinviolabilidell'uomo, sia come singolo, sia nelleformazionisociali ove si svolgela sua personalità, e richiedel'adempimento dei doveriinderogabilidisolidarietà politica, economica e sociale. Art. 3. Tutti i

razoabilidade em se poder usar um item do acórdão para requentar considerações afastadas expressamente por outro item, notadamente, uma ementa, que só tinha razão de ser por se tratar, no caso, de matéria determinante no curso do julgamento. A continuidade das deliberações não teria sentido se, após o afastamento dessa prejudicial, fosse possível usar os seus fundamentos para negar a extradição autorizada justamente por ter sido ultrapassada essa preliminar. É questão até mesmo de economia processual, por ser óbvio que, disponibilizada essa liberdade ao Presidente da República, ele certamente a levantaria novamente quando tivesse oportunidade.

Sobre o problema em utilizar a motivação declarada ilegal pelo STF, o Ministro relator[18]da reclamação assevera:

> Nesse contexto, não se pode afirmar que a decisão do Presidente da República seja autônoma em relação às disposições e aos fundamentos determinantes da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no processo de extradição. A interpretação estabelecida pela Corte sobre as normas do ordenamento jurídico interno (inclusive os tratados internacionais, considerados como leis internas) e as declarações por ela emitidas sobre os fatos jurídicos envolvidos no processo de extradição notoriamente fazem coisa julgada material e não podem ser simplesmente desconsideradas por qualquer autoridade da Administração Pública, mesmo a mais alta delas.

A coisa julgada material que cria o direito material de a Itália não ver negada a extradição de Battisti por estes fatos jurídicos ao mesmo tempo gera a obrigação de a Presidência da República respeitar o consignado pela Corte a respeito destes mesmos fatos, pois de modo contrário, não haveria sentido na anulação do refúgio e na própria redação da ementa nº 4.

Porém, ainda que se considere que não há mal algum em negar a extradição por estas razões, ainda há a obrigação de extraditar em razão da aplicação do próprio Tratado.

---

cittadinihanno pari dignitàsociale e sono egualidavantiallalegge, senzadistinzionedi sesso, dirazza, dilingua ,direligione, di**opinionipolitiche**, di**condizionipersonali**e social. (grifo nosso).

[18] Fl. 40 do voto condutor da Reclamação nº 11.243/Rel. Min. Gilmar Mendes.

De acordo com a lição do Professor Marcelo Varella[19], "o tratado ratificado e internalizado pelo Brasil integra o direito interno [...], regulando a matéria à qual se destina". Em caso de extradição, todos os tratados bilaterais no país sobre este tema possuem força de lei, especificamente, de lei ordinária. Com a internalização, todos os três Poderes se comprometem com o respeito às suas normas. No momento em que o Tratado, com a promulgação do Decreto Executivo, passa a vigorar no território nacional, sua matéria deixa a órbita exclusiva de Direito Internacional Público e adere ao ordenamento jurídico doméstico.

Parafraseando excerto do último voto do julgamento:

> Quando um tratado assinado pelo Senhor Presidente da República é incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, mediante observância das formalidades constitucionais, não há hoje quem negue que o Tratado se transforme em norma jurídica de Direito Interno. [...] Logo, o Tratado incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro é Lei! É norma jurídica! E o Senhor Presidente da República, ao cumprir o Tratado, nada mais faz do que cumprir a lei! Porque *nasce* da condição de lei o dever jurídico de cumpri-la.

O Tratado bilateral entre Brasil e Itália em matéria de extradição foi assinado em Roma, em 17 de outubro de 1989, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 78, de 20 de novembro de 1992, trocadas as ratificações em Brasília, no dia 14 de junho de 1993, promulgado pelo Decreto nº 863, de 9 de julho de 1993 e finalmente publicado no Diário Oficial da União em 12 de julho de 1993.

No art. 1º, inciso I do Tratado[20], encontramos que

> Art. 1º Cada uma das partes **obriga-se** a entregar à outra, mediante solicitação, segundo as normas e condições estabelecidas no presente tratado, as pessoas que se encontrem em seu território e que sejam procuradas pelas autoridades judiciais da parte requerente, para serem submetidas a processo penal ou para a execução de uma pena restritiva de liberdade pessoal. (grifo nosso)

Antes até mesmo de Miguel Reale dizê-lo, sabemos que a cada direito corresponde uma obrigação, e vice-versa, e se o Brasil tem a obrigação de extraditar

[19] VARELLA, Marcelo Dias. Op. cit., p. 86.
[20] Texto disponível em <http://www.conjur.com.br/dl/tratado-extradicao-brasil-italia.pdf>. Acesso em 18.09.2011.

quando a lei assim o determina (e o intérprete maior da lei é, e sempre foi, o Poder Judiciário), não parece possível, juridicamente, afirmar que a Itália não possui o legítimo *direito* – satisfeitas determinadas condições – de ter de volta a pessoa procurada no território brasileiro, ou, além disso, que não seja ela titular do direito de questionar em juízo uma resistência ao exercício desta pretensão, simplesmente por ser sujeito de direito internacional público, incapaz, segundo foi sustentado, de litigar no foro brasileiro.

Aceitas estas premissas, estaria o interesse processual de agir configurado. Atrás, porém, do interesse processual, há o interesse material de agir. Este interesse, motor de todas as ações da extradição, é a vontade de um país fazer valer sua jurisdição para além das fronteiras em que exerce sua soberania. O interesse material na Reclamação seria o mesmo interesse material que em primeiro lugar ensejou o pedido de entrega, ou seja, o interesse de que não permaneça sobre a nação italiana, e em especial sobre as famílias das vítimas, a sensação de injustiça, impunidade e, principalmente, impotência diante da perspectiva de que viva livre um judicialmente condenado pelo homicídio doloso e qualificado de quatro pessoas.

2.3- A Possibilidade Jurídica Do Pedido

A doutrina coloca a possibilidade jurídica do pedido como aquela condição segundo a qual não podem ser colocados em julgamento pedidos cuja prestação não pode ser determinada pelo Judiciário, pois “às vezes, determinado pedido não tem a menor condição de ser apreciado pelo Poder Judiciário, porque já excluído *a priori* do ordenamento jurídico sem qualquer consideração das peculiaridades no caso concreto” [21].

Considerando que seis dos dez Ministros do Supremo Tribunal Federal que tiveram voto na ocasião do julgamento do pedido extradicional assentaram que a decisão do Supremo não poderia vincular o Presidente da República – o que, sem

[21] GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit., p. 258.

dúvida, não implica concessão de poderes discricionários amplos a ele -, resta saber se o Tribunal teria o poder de verificar a compatibilidade do ato presidencial com a normal legal que lhe servia de parâmetro, qual seja, o Tratado.

A defesa do extraditando sustentou que, preliminarmente, não mereceria prosperar a reclamação da República Italiana porque jazia contaminada por impossibilidade jurídica do pedido, pois não haveria possibilidade de o Poder Judiciário apreciar um "ato político soberano" emanado do Presidente da República.

Lições de Direito Administrativo e de Direito Constitucional podem solucionar a questão.

Antes, porém, de examinar se o ato do Presidente da República é ou não apreciável pelo Poder Judiciário, verificaremos primeiramente se a reclamação é ou não o remédio jurídico adequado para resolver a lide.

A ação reclamatória é instrumento antigo, de procedência jurisprudencial. Foi inserida no Regimento Interno do STF em 1957, ganhou fundamento constitucional na Carta de 1967 e hoje é também homenageada pela Constituição da República de 1988 (art. 102, I, "l").

A reclamação é entendida de maneira diversa por vários autores. Ora é vista como ação (Pontes de Miranda), ora como recurso (Moacyr Amaral Santos), remédio incomum (Alcides de Mendonça Lima), incidente processual (Moniz de Aragão), medida de Direito Constitucional (José Frederico Marques) ou medida processual de caráter excepcional (Ministro Djaci Falcão)[22]. Seguindo Gilmar Mendes[23], preferimos, para fins deste artigo, considerar a reclamação como uma ação propriamente dita.

É pacífico que se trata de um instituto que corre exclusivamente no âmbito do Poder Judiciário[24] e que tem como escopo preservar a competência do Supremo Tribunal Federal ou garantir a autoridade de suas decisões. Quando alguém acha

[22] Estudo elaborado pelo Ministro Celso de Mello na Rcl. 336.
[23] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1471.
[24] Antigamente, havia dúvida se a reclamação seria mera medida administrativa.

que uma determinação da Suprema Corte não foi respeitada por quem deveria observá-la, impetra uma reclamação e o Tribunal verifica se foi de fato desafiada sua autoridade ou não.

O rito processual da reclamação é bem simples, sendo regulado pelos artigos 13 a 18 da Lei nº 8.038/90, em uníssono com o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (arts. 156 a 162 e §§). Interessa-nos aqui principalmente os arts. 13 e 17. O art. 13 estabelece que "para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões, caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público.", e o art. 17 dispõe que "julgando procedente a reclamação, o Tribunal cassará a decisão exorbitante de seu julgado ou determinará medida adequada à preservação de sua competência.".

Para que fosse reconhecida a ação da reclamação, bastaria, segundo a lei, que se reconhecesse na Itália um sujeito *interessado* na relação processual, o que, automaticamente, a tornaria*parte legítima* para ingressar em juízo.

A reclamação é, sem dúvida, o tipo de ação apropriado para o caso concreto. Resta saber se o ato que se desejou anular é passível ou não de impugnação.

O ato administrativo praticado pelo Senhor Presidente da República foi um ato administrativo vinculado[25], regido – na forma do Tratado – pelo direito internacional e pelo direito interno, concomitantemente. Relembre-se aqui que a natureza vinculativa do ato de entrega do extraditando foi firmada pelo próprio Supremo Tribunal Federal, segundo votos dos Ministros Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Ricardo Lewandowski e Eros Grau, ou seja, pela maioria da corte, composta na ocasião por nove Ministros. Os votos que dava pelo caráter discricionário da decisão foram vencidos, conforme se extrai da ementa nº 8 do acórdão.

> 8. Extradição. Passiva. Executória. Deferimento do pedido. Execução. Entrega do extraditando ao Estado requerente. Submissão absoluta ou discricionariedade do Presidente da República quanto à eficácia do acórdão do Supremo Tribunal

[25] Preferimos nos abster de reproduzir os fundamentos utilizados para sustentar a tese da vinculação, que ao final saiu vencedora no julgamento.

> Federal. Não reconhecimento. Obrigação apenas de agir nos termos do Tratado celebrado com o Estado requerente. Resultado proclamado à vista de quatro votos que declaravam obrigatória a entrega do extraditando e de um voto que se limitava a exigir observância do Tratado. Quatro votos vencidos que davam pelo caráter discricionário do ato do Presidente da República.Decretada a extradição pelo Supremo Tribunal Federal, deve o Presidente da República observar os termos do Tratado celebrado com o Estado requerente, quanto à entrega do extraditando.

No âmbito internacional, convém lembrar que o Brasil é signatário da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados. Este compromisso, aprovado pelo Decreto Legislativo 496/2009, abriga em seu art. 26 a célebre norma segundo a qual *pacta sunt servanda*[26],dispondo que "todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé", e determina no artigo seguinte: "Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado." [27].

Internamente, este ato está delimitado pelo próprio Tratado celebrado com a República Italiana, que, nunca é demais dizer, não tem menos força que lei federal.

Afinal, quem é o responsável pelo cumprimento do Tratado? Ou, mais ainda, pelo cumprimento de qualquer contrato? A resposta - como qualquer leigo poderia acertadamente afirmar - é a seguinte: obriga-se pelo seu cumprimento aquele que é parte.

No Tratado bilateral em tela, figuram como *partes*, segundo o próprio preâmbulo do texto, a República Italiana e a República Federativa do Brasil. A sentença "República Federativa do Brasil" não pode ser lida como sinônimo de "Poder Executivo", pois fazê-lo iria de encontro com o art. 2º da Carta da República. Considerando que o Brasil se obriga como um todo ao cumprir os seus Tratados, não seria absurdo algum dizer que é passível de controle jurisdicional um ato administrativo que se diz baseado em Tratado internacional. O incrédulo certamente dirá que a condução dos negócios internacionais toca ao Poder Executivo, e que

[26] Contrato é lei entre partes.
[27] Texto integral em <http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm>. Acesso em 19.09.2011

este pode fazê-lo livremente, sem qualquer embaraço judicial. Este argumento, porém, esbarra na própria sistemática segundo a qual são formados os Tratados.

No sistema dualista do qual o Brasil faz parte, a aderência a compromissos internacionais se faz com um caráter formal e complexo, envolvendo o Poder Executivo, a quem cabe – aí sim – protagonizar a prática internacional, e o Poder Legislativo, a quem a Constituição determina que resolva definitivamente sobre tratados internacionais[28]. Aprovado o Tratado pelo Legislativo, ocorre a promulgação deste pelo Decreto Executivo e, neste momento, o Tratado passa a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro, com todas as consequências daí decorrentes. "Assim, poderão garantir-lhe vigência juízes e tribunais, qual fazem em relação aos diplomas normativos de produção interna"[29].

Se tudo o que envolve tratados internacionais é indiscutivelmente da alçada do Executivo, por que haveria de ser internalizado, se a sua assinatura e cumprimento dependeriam exclusivamente daquele Poder? E mesmo que não, se é uníssono no doutrina que tratado internalizado é lei, por que haveria de ser uma lei especial, fora de apreciação judicial? É preciso, não obstante isso, esclarecer que não cabe, em regra, ao Poder judiciário apreciar os motivos que levaram o Presidente da República (e o Congresso Nacional) a assinar e aprovar a avença, pois este sim é um ato discricionário, em sentido político.

Mesmo, porém, que se assuma que o cumprimento do tratado é ato político – e ainda por cima discricionário -, cabe ao Poder Judiciário aferir a legalidade deste ato ao verificar se os fatos que deram sustentação ao ato são ou não subsistentes, tal como foi feito na cassação do refúgio ilegalmente concedido. Naquele caso, bem lembrou o relator, era necessário verificar se a *fattispecie* abstrata (hipótese normativa) seria ou não congruente com a *fattispecie* concreta (conjunto de elementos de fato previstos na norma em que se apoiou).

---

[28] Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;

[29] REZEK, José Francisco. Op. Cit., p. 102.

Soa estranho que o Tribunal, por larga maioria, tenha anulado o refúgio – e concessão de refúgio é entendida por vários estudiosos como ato de escolha política – mas confirmado a decisão do Presidente da República baseado nos mesmos fundamentos. É dizer, dessa forma, que as razões alegadas, quando proferidas pelo Ministro da Justiça, são mentirosas, mas, quando emanadas do Presidente da República, no bojo do mesmo processo, são procedentes, sendo tanto o ato de concessão de refúgio quanto o ato de negar a extradição, segundo a maioria do próprio Tribunal, atos políticos como tal.

A questão que se coloca seria então se, no julgamento da reclamação, poderia o Tribunal adentrar-se no mérito da decisão do Presidente da República e, se verificada sua inconsistência (que quando se trata de ato vinculado, é sinônimo de ilegalidade) anular o ato. Vejamos o que diz a doutrina sobre o tema.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro[30], com sua clássica doutrina, ensina:

> O controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado Democrático de Direito. De nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados. [...] O fundamento Constitucional do sistema da unidade de jurisdição é o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que proíbe a lei de excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Sobre os limites do controle judicial, continua a professora:

> O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais, individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade [...]. Quanto aos atos discricionários, sujeitam-se à apreciação judicial, desde que não se invadam os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, conhecida sob a denominação de mérito. Não há invasão de mérito quando o Judiciário aprecia os motivos, ou seja, os fatos que precedem a elaboração do ato; a ausência ou falsidade do motivo caracteriza ilegalidade, suscetível de invalidação pelo Poder Judiciário.

[30] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2001, p. 616-617.

A respeito dos atos políticos:

> Com relação aos atos políticos, é possível ainda a sua apreciação pelo Poder Judiciário [...]. Pela atual Constituição, existe mais uma razão para admitir-se o controle judicial dos atos políticos; é que o artigo 5º, inciso XXXV, proíbe seja excluída da apreciação judicial lesão ou ameaça a direito, sem distinguir se ele é individual ou coletivo. [...] Com isso, ampliou também a possibilidade de apreciação judicial dos atos exclusivamente políticos.

Na mesma linha, José dos Santos Carvalho Filho[31]:

> O preceito é claro: nenhuma decisão de qualquer outro Poder que ofenda direito, ou ameace ofendê-lo, pode ser excluída do reexame, com foros de definitividade, por órgãos jurisdicionais. **A Administração Pública em nenhum momento exerce função jurisdicional, de forma que seus atos sempre poderão ser reapreciados no Judiciário**. (grifo nosso).

Sobre os atos políticos, disse o autor administrativista, ainda, que "a doutrina já se pacificou no sentido de que mesmo tais atos são sujeitos a controle pelo Judiciário quando ofendem direitos individuais ou coletivos, por estarem eivados de algum vício de legalidade ou constitucionalidade"[32].

Como, com muita propriedade, disse a Ministra Ellen Gracie em seu voto, na ocasião da reclamação, não há hoje no Brasil nenhum ato imune a controle jurisdicional. Significa dizer: todos estes atos podem ter sua legalidade contestada, e a verificação de legalidade é justamente um teste de congruência entre o fato praticado e a lei (no caso, um Tratado). Existe, além disso, outra via para combater os atos ilegais, o que se faz através da motivação destes. No caso em tela, o próprio Tratado determina que a recusa de extradição deva ser motivada, em seu art. 14, item 1[33].

Essa motivação, exigida pela lei, constitui os apontamentos de fato e/ou de direito que, combinados, justificam a decisão tal qual se deu. Este quesito, o de

---

[31] FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2001, p. 764-765.
[32] FILHO, José dos Santos Carvalho. Op. Cit., p. 766-767.
[33] 1. A parte requerida informará sem demora à parte requerente sua decisão quanto ao pedido de extradição. A recusa, mesmo parcial, deverá ser motivada.

motivar, possui um sentido muito mais significante do que simplesmente dar um ar de solenidade e ponderação a uma decisão “soberana”. Sem a motivação, poderia a parte requerida simplesmente negar a extradição, sem apontar fundamento algum. Porém, com a obrigatoriedade de motivar, o agente que executa o ato fica vinculado aos motivos que deram ensejo ao este, e, estes motivos, quando falsos, podem gerar nulidade absoluta deste ato administrativo. Tudo isso é consequência da aplicação da *teoria dos motivos determinantes*.

Celso Antônio Bandeira de Mello[34] explica:

> De acordo com esta teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de “motivos de fato” falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato.

A professora Di Pietro põe fim à questão nos seguintes termos:

> Quando a Administração indica os motivos que a levaram a praticar o ato, este somente será válido se os motivos forem verdadeiros. Para apreciar esse aspecto, o Judiciário terá que examinar os motivos, ou seja, **os pressupostos de fatoe as provas de sua ocorrência. Se não existiu ou não for verdadeiro [o motivo], anulará o ato.** Começa a surgir no direito brasileiro forte tendência no sentido de limitar-se ainda mais a discricionariedade administrativa, de modo a ampliar-se o controle judicial. Essa tendência verifica-se com relação às **noções imprecisas** [ou as “cláusulas abertas” de tratado] que o legislador usa com frequência para designar motivo e finalidade do ato (interesse público, conveniência administrativa, moralidade, ordem pública [razões ponderáveis?] etc.). Trata-se daquilo que os doutrinadores alemães chamam de “conceitos legais indeterminados” (cf. Martin Bullinger, 1987). Alega-se que, quando a Administração emprega esse tipo de conceito, nem sempre existe discricionariedade; esta não existirá se houver elementos objetivos, extraídos da experiência, que permitam sua delimitação, chegando-se a uma única solução válida diante do direito. **Neste caso, haverá apenas interpretação do sentido da norma, inconfundível com discricionariedade.** [...]. Essa tendência que se observa na doutrina, de ampliar o alcance da apreciação do Poder Judiciário, não implica invasão na discricionariedade administrativa; **o que se procura é colocar essa discricionariedade em seus devidos limites, para**

[34]MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 398.

> **distingui-la da interpretação (apreciação que leva a uma única solução, sem interferência da vontade do intérprete) e impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente.** (grifos nossos).

A entrega de um extraditando, segundo a tradicional doutrina[35], não chega nem mesmo a ser um ato administrativo político, pois para que um ato desta envergadura seja configurado, deve se tratar de "atos produzidos por certos agentes de cúpula diretiva do país no uso de sua competência constitucional, [com] maior discricionariedade para os governantes, facultando-lhes a todo o tempo um leque aberto de possibilidades de ação, sendo todas legítimas" [36]. Primeiramente, o Presidente não está em uso de competência constitucional ao fazê-lo, mas apenas seguindo determinação da Lei e do Tratado ao proceder à entrega autorizada pelo Supremo. Além disso, não há discricionariedade, pelo menos quando há tratado que rege a extradição. Se não há discricionariedade, tampouco se pode falar em "leque aberto de possibilidades de ação", pois todos os cursos de ação possíveis são precisamente traçados pela legislação brasileira e pelos tratados, que também são leis. Decorrência disso é que não são todas as possibilidades de ação que lhe são legitimadas, pois se assim fosse, não seria necessário nem mesmo haver norma jurídica positiva dispondo sobre o tema.

Mas mesmo que sejam concedidas a este ato administrativo vestimentas de ato eminentemente político, é impossível afastar este ato da apreciação do Judiciário, se há Direito que o regula. Quando se assume que um ato administrativo não é passível de avaliação judicial, está-se criando uma zona cinzenta na qual o arbítrio não conhece limites. Um dos fundamentos do Estado Constitucional – e para dizê-lo não é necessário citar doutrina, por ser de conhecimento comum e indiscutível -, é a submissão dos agentes públicos ao ordenamento jurídico e o controle de um Poder independente sobre os atos emanados destes agentes, mesmo os políticos. Ao colocar algum ato, de qualquer natureza, em plano jurídico inalcançável pelo Poder Judiciário, o que se está construindo, automaticamente, é a

[35] José Santos Carvalho Filho, na sua obra, se utiliza das linhas traçadas por Hely Lopes Meirelles para definir o conceito de ato político.
[36] FILHO, José dos Santos Carvalho. Op. Cit., p. 766-767.

figura de um soberano em um Estado Democrático de Direito, que só é Democrático e de Direito para que não haja este tipo de personagem na vida política.

No decorrer do caso Battisti, alguns conceitos foram utilizados de forma duvidosa para dar amparo a teses levantadas pela defesa. O conceito mais mal aplicado, a nosso ver, foi o de soberania. Segundo o sustentado pelos procuradores de Battisti e apoiado pela maioria do Tribunal, a decisão do Presidente da República foi uma decisão soberana, não suscetível de ser questionada. Chegou-se a dizer, naquela assentada, que o que se estava a fazer, ao negar conhecimento à reclamação, seria justamente defender a soberania do país.

Temos hoje relativa paz na doutrina sobre o que - pelo menos em linhas gerais - consiste a soberania. Este conceito se bifurca em dois aspectos: a soberania interna e a externa. A externa representa a autonomia do Estado e sua independência em relação aos demais, e, como Accioly[37] bem diz,"confunde-se, pois, com a independência. O direito à liberdade confunde-se com a noção de soberania, que deixou de ser o direito absoluto e incontestável de outrora". Sobre o que vem a ser a soberania interna e sua diferença para a externa, continua o mesmo autor[38]:

> A soberania interna compreende os direitos: a) de organização política, ou seja, o de escolher a forma de governo, adotar uma constituição política, estabelecer, enfim, a organização política própria e modificá-la à vontade, contanto que não sejam ofendidos os direitos de outros Estados; b) de legislação, ou seja, o de formular as próprias leis e aplicá-las a nacionais e estrangeiros, dentro, naturalmente, de certos limites; e) **de jurisdição, ou seja, o de submeter à ação dos próprios tribunais as pessoas e coisas que se achem no seu território, bem como o de estabelecer a sua organização judiciária;** d) de domínio — em virtude do qual o Estado possui uma espécie de domínio eminente sobre o seu próprio território. A soberania externa compreende vários direitos, entre os quais se salientam: **o de ajustar tratados ou convenções**, o de legação ou de representação, o de fazer a guerra e a paz, o de igualdade e o de respeito mútuo. (grifos nossos)

[37] ACCIOLY, Hildebrando. Manual de direito internacional público. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 104.
[38] ACCIOLY, Hildebrando. Op. Cit., p.105.

No caso concreto, a decisão do Presidente da República foi interpretada como decisão soberana da República Federativa do Brasil, colocando, desta maneira, os dois no mesmo plano, pelo fato de que aquele *representa* esta no cenário internacional. Se o Presidente da República, como se alegou, possui liberdade total para incorporar sobre si a soberania externa e dela ter total controle das rédeas, por que razão, ao aderir a um tratado, é necessário que para a vigência deste haja aprovação do Congresso Nacional, sem que isso configure invasão de competência privativa? Isso ocorre porque a Constituição assim diz, e, se o diz, é porque ela mesma reconhece que o Presidente da República não é livre de amarras no exercício de soberania, tanto ao comprometer o país quanto em mantê-lo comprometido, seja em sentido positivo, seja no negativo.

Rezek[39] adverte que "o ânimo negativo de um dos dois poderes políticos em relação ao tratado há de determinar sua denúncia, visto que significa o desaparecimento de uma das bases em que se apoiava o consentimento do Estado". Não parece razoável que a vontade do representante brasileiro no exterior seja confundida com vontade nacional, pois há muito se foi o *L'Étatc'est moi* absolutista do rei francês Luís XIV, nos tempos em que a voz do Estado seria substancialmente a mesma coisa que a voz do titular do poder individual de decisão.

Outro exemplo que a Carta de 1988 nos oferece de que mesmo os atos intimamente ligados ao exercício de soberania não são livremente exercidos pelo Presidente da República, sem controle de algum outro Poder, é de que o Presidente apenas *declara* a guerra *autorizada*pelo Congresso nacional, conforme art. 49, inciso II e 84, XIX de seu texto. Isso demonstra que não é incompatível o uso das *checks and balances* em matéria de direito internacional, apesar da competência privativa de o presidente conduzir o país em suas relações exteriores.

No Brasil prevalecem a Constituição e as leis sobre qualquer Poder, inclusive sobre o Judiciário. A condução da política exterior encontra seus limites nas fontes de direito interno e internacional, dentre as quais estão, destacadamente, os

[39] REZEK, José Francisco. Op. Cit., p. 140.

tratados celebrados pela República Federativa do Brasil, em nome do seu povo, com outro Estado. Estes tratados, como já dito, devem ser interpretados à luz da Constituição e com boa-fé.

Como, neste momento, estamos examinando as condições da ação na reclamação, não cabe aqui examinar com profundidade o mérito da questão: saber se agiu bem ou mal o Presidente ao negar a extradição com base em risco de ser Battisti perseguido e sofrer atos de perseguição por suas opiniões políticas. É conveniente, porém, traçar alguns comentários sobre a motivação desta decisão, como forma de provar que há indícios de má-fé na interpretação do Tratado firmado com a República Italiana.

O Parecer que fundamentou a decisão foi elaborado a pedido da defesa do extraditando. A Advocacia-Geral da União – a própria instituição o diz - conjugou esforços com a Casa Civil, com o Ministério das Relações Exteriores e com o Ministério da Justiça para construir o avantajado documento de 65 laudas, divididos os argumentos em 170 itens. Isso demonstra que o Poder Executivo se empenhou como um todo para encontrar brechas no Tratado e no acórdão do STF que justificassem negar a extradição. Vários itens são dedicados a afirmar que a decisão do Presidente é discricionária e desimpedida, e para isso são colados até trechos de votos vencidos no julgamento, como um ponto levantado pelo Ministro Marco Aurélio, que trouxe a julgamento as manifestações pouco amistosas de populares e autoridades italianas que criticaram veementemente a concessão de refúgio de seu condenado, exigindo a extradição. O eminente Ministro restou vencido nesta parte do seu voto, e o Tribunal venceu a questão ao não vislumbrar nessas manifestações fator impeditivo da entrega.

Ao verificar o parecer, mesmo sem maior atenção, é possível identificar várias ocorrências em que um item anula o anterior, por flagrante contradição. A maior delas parece ser a existente entre o item nº 139 e o item nº 144. No nº 144, está expresso que os crimes empenhados por Cesare Battisti são crimes comuns graves, pelos quais foi legitimamente condenado pelo juízo competente. Porém, no art. 139,

como fundamento da decisão final, o parecerista colacionou o inteiro teor de uma carta enviada por juristas de renome na qual está, em suas primeiras linhas, expresso que Cesare Battisti é **inocente por seus crimes**, que as sentenças foram dolosamente fabricadas e que a "caça" ao italiano era ilegítima e desumana. Alguns itens depois foram citadas entrevistas solicitadas ao próprio Battisti em que, nas que concedeu, defendeu sua inocência e alegou injusta perseguição pelo requerente (itens 141 e 142).

A insegurança em que foi escrito o manifesto do Executivo transparece limpidamente no modo em que este conclui[40]:

> 153. A condição pessoal do extraditando, agitador político que teria agido nos em (sic) anos difíceis da história italiana, ainda que condenado por crime comum, poderia, **salvo engano**, provocar reação que poderia, **em tese**, provocar no extraditando, **algum tipo** de agravamento de sua situação pessoal. Há ponderáveis razões para se supor que o extraditando poderia, **em princípio**, sofrer alguma forma de agravamento de sua situação. (grifo nosso)

Talvez ciente da própria inconsistência do parecer, o elaborador, constrangido ao questionar, da maneira como o fez, a higidez das instituições judiciárias italianas, temperou com vírgulas e dúvidas a afirmação implícita de que Battisti sofreria atos de violência na sua terra natal.

Estes indícios de má-fé na interpretação do Tratado seriam suficientes para o Supremo Tribunal Federal ao menos examinar a questão alegada, por ser incompatível com o disposto no citado artigo 26 da Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados, da qual o Brasil se tornou signatário.

Soberania o Brasil exerce, nas palavras da Ministra Ellen Gracie, "quando o país assina os tratados, quando cumpre os tratados, não quando os descumpre"[41]. Em um mundo em que os países estão cada vez mais entrelaçados por relações diplomáticas, não se pode aplicar a variante arcaica do conceito de soberania -

[40] O Professor Rezek, com experiência de quem foi por duas vezes Ministro do Supremo Tribunal Federal e Juiz na Corte Internacional de Justiça, chegou a dizer durante brilhante palestra que este Parecer da AGU foi o documento mais caótico que algum servidor público já foi pago para elaborar.
[41] Penúltimo voto da sessão do dia 8 de junho de 2011.

aquela de quatro ou cinco séculos atrás -, em que prevalecia a insubordinação absoluta a qualquer ordem jurídica que não fosse produzida no seio do direito interno.

Como bem escreveu Tércio Waldir de Albuquerque[42], parodiando Jorge Miranda:

> A soberania é hoje cada vez mais encarada, não em sede política, mas de direito; e refere-se cada vez mais à estruturação das relações entre diferentes ordens jurídicas; é um poder jurídico que tem de coexistir com outros poderes jurídicos. Quando pensamos em soberania, intuitivamente a relacionamos com o "poder" que o Estado tem e exerce, não só interna, mas também externamente, em suas relações com seus iguais. Na verdade a soberania não se resume simplesmente ao "poder" estatal, mas vai muito além. Ela é expressão máxima do que se pode denominar como "confiança" que o Estado goza junto a seus jurisdicionados. Para estes, a soberania estatal é a certeza de que existe um respeito a ser cultivado tanto nas relações internas – Estado e população -, quanto nas externas – o Estado e a ordem internacional -, no momento em que coexistem os Estados soberanos e as organizações ou organismos internacionais.

Mais à frente, com ar de profeta, o professor Tércio de Albuquerque fez considerações ao que ele chama de "o culto exacerbado à soberania":

> É nosso dever, conscientemente, a cada dia, analisar os verdadeiros limites da *soberania* estatal. Vivemos em um processo de transformação diuturno e somos partícipes ativos do mesmo, e por isso não temos o direito de ficar jogando na cena internacional com conceitos dúbios. Quando nos interessa, não existe restrição apoiada na soberania do Estado. Quando não, somos os primeiros a levantar a barreira da soberania para justificar nossas ações, esquecendo que o porvir poderá trazer grandes e irremediáveis perdas. [...] Nosso culto à soberania precisa traduzir-se em benefícios reais ao Estado e ao seu povo e não servir de retórica a interesses por vezes não muito claros.

No governo do Ex-Presidente que negou a entrega de Battisti, a ideia de soberania foi utilizada de maneira escandalosamente elástica, amoldando-se - como um líquido se adequa aos caprichos de seu recipiente -, à vontade do "soberano". Houve o trágico episódio dos pugilistas cubanos Erislandy Lara e seu colega

[42] MENEZES, Wagner (organizador); ALBUQUERQUE, Tércio Waldir de. O Direito Internacional e o Direito Brasileiro. São Paulo: Unijuí, 2004, p. 98-100.

Guillermo Rigondeaux, que nos jogos Panamericanos de 2007, no Rio de Janeiro, abandonaram a delegação e tentaram refugiar-se no Brasil, numa tentativa de fugir do regime de Fidel Castro. O Governo brasileiro empenhou forças e perseguiu os dois atletas até encontrá-los, despachando-os sumariamente a Cuba com os cumprimentos do Presidente da República brasileiro, numa decisão que visava - como se disse - homenagear a soberania cubana, mesmo que para isso seja necessário ignorar a necessidade de um processo legal. No mesmo governo, houve o lamentável caso da “nacionalização” total do gás natural boliviano pelo Presidente Evo Morales, que ao ignorar tratados e contratos, e talvez sem ter alguma noção do que seja propriedade, ocupou militarmente as refinarias da Petrobrás situadas em seu território. Esta medida tomada por Morales foi vista pelo Ex-Presidente Lula como um ato legítimo de soberania e proteção aos interesses da pátria boliviana, de forma não haveria complicação alguma ao se apossar do alheio para manter a “autoridade” sobre o que está em território nacional.

Finalizando as considerações sobre soberania, ainda há pontos que demandam alguma reflexão. É possível um ato de soberania contrariar direito interno? Ou, além disso, como poderia uma manifestação de soberania externa brasileira tornar impossível a aplicação legítima da soberania interna de outro país sobre um dos seus nacionais? São questões delicadas.

Parece-nos, finalmente, que é juridicamente possível a sindicabilidade judicial do ato do Presidente da República que negou a extradição. O ato ser ou não político não parece configurar, a nosso ver, fator determinante pare torná-lo imune à avaliação judicial quanto a sua legalidade e validez. De mesma sorte, não poderia o argumento da soberania ser utilizado como suporte para afastar do Judiciário o poder de perquirir os fatos e motivos que levaram à decisão do Presidente.

CONCLUSÃO

A coleção de atropelos jurídicos que assaltou a Praça dos Três Poderes no caso Battisti expôs a fragilidade das instituições políticas e judiciais brasileiras em matéria de extradição. Isto só não ocorreu antes porque nunca havia um Presidente

da República desafiado a decisão do Supremo Tribunal Federal de extraditar ou não alguém; pois se alguma vez já o tivesse feito, já teríamos testemunhado um Estado requerente insurgir-se contra este ato na própria Suprema Corte.

A decisão do STF de não reconhecer na República Italiana ente legítimo para contestar uma decisão do Presidente da República cria um perigoso precedente, no sentido em que mantém sustentada a tese de que há sim, em um Estado Democrático de direito, atos completamente fora de apreciação judicial. Se a timidez do Tribunal o impediu de expressar que as razões do Ex-Presidente Lula eram falsas, talvez fosse – é lícito dizer - mais prudente que o Tribunal conhecesse da reclamação e não lhe desse provimento, para isso empenhando algum tipo de alquimia jurídica ou sociológica que sustentasse que a decisão do Ex-Presidente foi de fato harmônica com o Tratado e que as razões alegadas por ele através de seu parecerista foram realmente *razões ponderáveis* hábeis para negar a extradição. Por que seria mais prudente? Porque, caso realmente fosse preferível manter a decisão do então Presidente, ao menos seria reafirmada a possibilidade de um ato emanado da mais alta autoridade administrativa do país ser questionado na Corte Suprema brasileira, relembrando, assim, à velha e à nova safra de juristas, que em contexto de Estado Constitucional não há soberanos e que a manifestação de soberania está limitada à observância da Constituição, das leis e dos compromissos internacionais firmados entre o nosso país e outros Estados não menos soberanos.

A República Italiana recorrerá às instâncias internacionais para satisfazer sua pretensão. Há, porém, uma Convenção Brasil-Itália de conciliação e solução judiciária, vigente desde 1952. Ela estabelece que antes de as Altas Partes ingressarem na Corte Internacional da Haia para resolver sua controvérsia, elas deverão tentar um acordo não litigioso em foro arbitral. Não resolvida a questão, recorrerão a Haia. Obviamente não haverá acordo algum. O Brasil, cujo atual governo foi estabelecido pelo anterior, certamente manterá sua decisão de abrigar Battisti, e a Itália certamente não se dará por satisfeita e acionará o Brasil no contencioso.

Os países costumam respeitar decisões da Corte Internacional de Justiça, mas, em âmbito internacional, não poderá haver coerção para que seja obedecida uma sentença emanada de Haia, mesmo que para isso seja legítima retaliação do outro país, dentro de certos limites. Caso seja decidido que o Tratado foi interpretado de má-fé e que o Brasil deve entregar Battisti à República Italiana, nosso país se verá diante de uma escolha: obedecer ou não. Submetendo-se à determinação, o Brasil sairá com alguma dignidade do caso; mas desobedecendo, estará enterrando, pelo menos por algum tempo, a possibilidade de ocupar a tão almejada vaga como membro permanente no Conselho de Segurança da ONU. Países que descumprem Tratados e ignoram o Direito Internacional não são bem vistos no seleto grupo. Ainda é possível que do contencioso o Brasil saia ganhador, caso ocorra de os magistrados da Corte considerarem que a decisão tomada pelo Executivo brasileiro foi correta e inatacável. Neste caso, a relação entre o nosso país e uma nação amiga, a Itália, estaria seriamente prejudicada.

Enquanto nada neste sentido acontece, Cesare Battisti permanece no país que ele mesmo já adjetivou de oásis[43], vivendo em situação jurídica duvidosa. Não é refugiado, tampouco asilado, muito menos naturalizado, além de estar no país ilegalmente por aqui ter ingressado com passaporte falso. Apesar disso, já é um satisfeito possuidor de CPF e legítimo titular de conta bancária. Condenado pelo crime de uso de documentos falsos, em circunstâncias normais seria expulso do país. Certamente nada disso vai acontecer, até porque não é do interesse do governo brasileiro que o italiano seja submetido a outro estressante processo de extradição em outro país, ou, pior do que isso, que cumpra sua pena na Itália.

O ideal, a nosso ver, seria o atual governo tentar consertar as suas relações com a República Italiana, desculpando-se pelo mal entendido e se comprometendo em ser mais diligente em futuros julgamentos de extradição passiva. Ao fazê-lo, talvez seja - mesmo que a tímidos passos -, restaurada a imagem brasileira no exterior, hoje maculada pela pecha de hospedaria de criminosos.

---

[43] Revista Istoé. Ed. 2181, de 26.08.2011. Disponível em <http://www.istoe.com.br/reportagens/154828_JA+PENSEI+EM+ME+NATURALIZAR+BRASILEIRO+>. Acesso em 22.09.2011.

CEPES
Centro de Pesquisa

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACCIOLY, Hildebrando. Manual de direito internacional público. São Paulo: Saraiva, 2000.

Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados - ACNUR. Nota de Orientação sobre Extradição e Proteção Internacional de Refugiados. Genebra: 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2011.

BRASIL. Convenção de Viena de 1969 sobre Direito dos Tratados. Disponível em <http://www2.mre.gov.br/dai/dtrat.htm.>. Acesso em 25.09.2011.

BRASIL. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração.

BRASIL. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências.

BRASIL. Parecer AGU/AG-17/2010. Disponível em <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=152830&id_site=3>. Acesso em 25.09.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição nº 1.114. Relatora Min. Cármen Lúcia, DJ 22.08.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Extradição nº 1085. Relator Min. Cezar Peluso. DJ 15.04.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação nº 11.234. Voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ext1085GM.pdf> Acesso em 15.09.2011.

CHEDID, Luciano; WEBER, Adriana. Noções introdutórias de teoria geral do processo. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2001.

FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2002.

ITÁLIA. Constituzione Della Repubblica Italiana. Disponível em <http://www.senato.it/documenti/repository/costituzione.pdf>. Acesso em 25.09.2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENEZES, Wagner (organizador); ALBUQUERQUE, Tércio Waldir de. O Direito Internacional e o Direito Brasileiro. São Paulo: Unijuí, 2004.

Revista IstoÉ. Ed. 2181, de 26.08.2011. Disponível em <http://www.istoe.com.br/reportagens/154828_JA+PENSEI+EM+ME+NATURALIZAR+BRASILEIRO+>. Acesso em 22.09.2011.

REZEK, José Francisco. Direito Internacional Público: Curso Elementar. 13 ed. rev., aumen., e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

ROCHA, José de Albuquerque. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 1996.

VARELLA, Marcelo Dias. Direito Internacional Público. São Paulo: Saraiva, 2011.