XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO INTERNACIONAL

FLORISBAL DE SOUZA DEL OLMO

VALESCA RAIZER BORGES MOSCHEN

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direito internacional[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Florisbal de Souza Del Olmo, Valesca Raizer Borges Moschen –
Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-044-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito internacional. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITO INTERNACIONAL

Apresentação

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos o Livro Eletrônico de Direito Internacional do CONPEDI. A obra possui como objetivo a divulgação e análise de diferentes questões controvertidas do Direito Internacional contemporâneo. A coletânea está composta pelos artigos selecionados e apresentados no XXIV Encontro Nacional do CONPEDI, organizado pela Universidade Federal de Sergipe UFS, em Aracaju SE, entre os dias 03 e 06 de junho de 2015. Em sua estrutura observam-se temas de diversos aspectos do Direito Internacional, como aqueles inerentes:

a. à Teoria Geral do Direito Internacional, tais como O Debate entre os conceitos de Guerra Anglo-saxão e Europeu-continental: o Direito Internacional na concepção de Carl-Schmitt; Hans Kelsen e a Prevalência do Direito Internacional: um lugar para a Grundnorm; A centralidade do indivíduo no pensamento indigenista de Francisco de Vitoria; Direito Internacional em Matéria Indígena: uma ampliação necessária;

b. ao Sistema de Segurança Coletivo do Direito Internacional: O combate ao Estado Islâmico e o Uso da Força no Direito Internacional Contemporâneo; A Assembleia Geral das Nações Unidas como Pilar da Manutenção da Segurança Internacional: Uma proposta de reestruturação da ONU frente ao precedente da Resolução 377 (V) da AGNUA Cooperação Internacional como Instrumento de Enfrentamento ao Terrorismo: uma análise do caso BOKO HARAM;

c. à Integração Regional: A Economia Política Amalgamada na Forma Jurídica da União Europeia; Integração Energética no MERCOSUL: uma solução estrutural para a crise energética nacional?; Por uma reinterpretação dos elementos do Estado a partir da criação e consolidação dos processos de integração regional; O Tribunal de Justiça da União Europeia e a Construção do Direito da União;

d. ao Direito Ambiental Internacional: A Impunidade Ambiental Marítima Internacional: sobre a falta de Efetividade dos Instrumentos Protetivos por Ausência de Órgão de Competente para Julgamento dos Crimes Ambientais a Nível Internacional; As Fontes Formais do Direito Internacional do Meio Ambiente e a Necessidade de Novas Fórmulas

Jurídicas para a Proteção Ambiental; Análise a partir do Estudo da Formatação do Direito Ambiental Internacional (DAI), das Conferências sobre o Meio Ambiente e a Água; Biopirataria Internacional e o Economicismo; O Tratamento Dispensado ao Meio Ambiente em diferentes contextos: MERCOSUL/ UNASUL/ PARLASUL/ E REDE MERCOCIDADES; Marco da Biodiversidade: Instrumento Neocolonial de Internacionalização do Patrimônio Genético e Cultural Brasileiro; Boa-fé, lexorigins e lexsitus no tráfico ilícito de bens culturais;

e. ao Direito Econômico Internacional: O Regime Jurídico Brasileiro de Proteção da Propriedade Intelectual em Face da Negociação dos MEGA Acordos Regionais de Comércio: TTIP, TPP E RCEP; A Aplicação das Normas da Organização Mundial do Comércio pelo Juiz Brasileiro; O Sistema de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio Pós-Bali: a posição do Brasil; Análise Econômica dos Direitos Compensatórios: os Efeitos da Imposição de Tarifas à Importação para o Contencioso do Algodão na OMC a partir do Modelo de Equilíbrio Geral do Comércio Internacional;

f. aos temas contemporâneos do Direito Internacional Público e Privado e do Direito Comparado: Objetivos de desenvolvimento do milênio e os acordos sobre troca de informação; Caso Cesare Battisti à Luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro; A Importância Geopolítica da CPLP e o Projeto de Estatuto do Cidadão Lusófono; O Usuário de Entorpecentes: Uma Análise Internacional à Luz das Decisões das Cortes Supremas do Brasil e da Argentina; e

g. Da relação entre Fontes do Direito Internacional: O Papel dos Tratados Internacional para Evitar a Dupla (Não) Tributação Involuntária; A jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros sobre o sistema de Varsóvia e a Convenção de Montreal; O modelo brasileiro de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos 2015: considerações a respeito do impacto dos acordos internacionais de investimentos estrangeiros sobre o ordenamento jurídico interno.

Esperamos que este livro possa ser útil no estudo do Direito Internacional.

Prof. Dr. Florisbal de Souza Del´Olmo

Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen

O CASO CESARE BATTISTI À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE CESARE BATTISTI CASE BY THE LIGHT OF BRAZILIAN LAW

Marilene Gomes Durães
Rafaela Pontes de Miranda Machado

Resumo

O caso Cesare Battisti despertou polêmicas das mais diversas, em razão das controvérsias jurídicas e políticas envolvidas no julgamento extradição do ex- militante político. Em 2007, o pedido de extradição formulado pela Itália foi julgado pelo Supremo Tribunal Federal, cuja decisão deferiu a extradição de Battisti, após um julgamento emblemático. No entanto, o Presidente da República, incumbido de proferir a decisão final no processo de extradição, denegou a extradição de Cesare Battisti. Com base nas decisões prolatadas e seus respectivos fundamentos, o presente trabalho objetiva realizar uma análise do caso Battisti à luz do ordenamento jurídico brasileiro. O primeiro capítulo destina-se ao exame das modalidades de saída compulsória do estrangeiro previstas na legislação brasileira. Os capítulos seguintes dedicam-se a um estudo da extradição, abarcando o histórico do instituto, seus princípios reitores e a legislação a ele aplicável no Brasil. Por fim, os dois últimos capítulos cuidam de analisar criticamente os principais fundamentos das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Presidente da República na extradição de Battisti, com fulcro na lei brasileira, e na doutrina e estudos a respeito do tema, com o escopo de examinar a (i) legalidade dos veredictos. Com base na pesquisa realizada e nas peculiaridades atinentes ao caso Battisti, concluiu-se que a decisão do Presidente do Brasil, que indeferiu a extradição de Battisti, foi tomada dentro dos parâmetros da lei brasileira.

Palavras-chave: Extradição, Cesare battisti, Legalidade, Direito internacional privado.

Abstract/Resumen/Résumé

Cesare Battisti case motivated a lot of controversy, due to the legal and political matters involved in the extradition trial of the former militant politics. In 2007, the extradition request made by Italy was dismissed by the Supreme Court, whose decision upheld the extradition of Battisti after an emblematical trial. However, the President, responsible for the final decision on the extradition process, denied the request. Based on the decisions made by the Supreme Court and the President, and their arguments, the present work aims to analyze Cesare Battisti case according to Brazilian legal system. The first chapter is intended to examine the modalities of compulsory departure abroad, stipulated by Brazilian law. The following chapters are devoted to a study of extradition, presenting the history of the institute, its guiding principles and legislation applicable to it in Brazil. Finally , the last two chapters aims to critically analyze the main reasons exposed in the decisions made by the

Supreme Court and the President of the Republic on the extradition of Battisti, according to Brazilian law, doctrine and studies on the subject, with the purpose to examine the (i)legality of the verdicts. Based on the research made and the peculiarities related to Cesare Battisti case, it was concluded that the decision of Brazils president to reject the extradition of Battisti was taken within the parameters of Brazilian law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Extradition, Cesare battisti, Legality, Private international law

1 INTRODUÇÃO

Em 2008, a mídia brasileira voltou seus holofotes para um italiano cujo passado despertou comentários e especulações das mais diversas. Não se sabia muito a respeito de Cesare Battisti, mas havia a certeza, ao menos por parte da imprensa, de que se tratava de um terrorista italiano foragido da Justiça. Desde a sua captura pela polícia, ocorrida no ano de 2008, o caso Battisti foi acompanhado atentamente pela população brasileira e internacional, através de informações veiculadas pelos mais diversos meios de comunicação.

Com o pedido formal da extradição de Battisti, formulado pela República italiana em maio de 2007, deu-se início a uma verdadeira batalha jurídica, protagonizada por juristas, Ministros do Supremo Tribunal Federal e autoridades administrativas. A incansável caçada por Battisti, empreendida pelo Governo italiano durante anos, tornou-se, a partir do pleito italiano, matéria debatida pela doutrina jurídica e por estudiosos de outras áreas do conhecimento. Eminentes juristas, estudiosos da Ciência Política, historiadores e ativistas de direitos humanos manifestaram-se publicamente pela não extradição de Battisti, revelando os absurdos que rondavam o caso.

Contudo, a maioria das informações veiculadas pela mídia, encobertas pelo manto da imparcialidade, classificavam Battisti como um terrorista, um criminoso de alta periculosidade que ingressou no Brasil, clandestinamente, com o intuito de se esquivar da aplicação da lei penal italiana. Autoridades políticas italianas clamavam pela extradição de Battisti, através de manifestações e ameaças proferidas contra o Governo brasileiro, em atitude notadamente revanchista e persecutória, avessa a qualquer noção elementar de diplomacia.

Designado o julgamento de Battisti pelo Supremo Tribunal Federal, incumbia à Corte decidir acerca da legalidade e procedência do pedido de extradição. Debates foram travados entre os Ministros, novas teses jurídicas surgiram, ao longo de um julgamento emblemático que, certamente, ensejou uma ruptura com a tradicional jurisprudência da Corte. O instituto da extradição, regulado pelo Estatuto do Estrangeiro e pela Constituição Federal, foi exaustivamente estudado pelos julgadores.

Diante disso, o desenvolvimento do presente trabalho pautou-se pela análise das decisões judicial e presidencial, e pelo deslinde dos seus fundamentos, com o

amparo da doutrina e do ordenamento jurídico brasileiro, bem como dos estudos interdisciplinares a respeito do caso Battisti.

2 A EXTRADIÇÃO DO ITALIANO CESARE BATTISTI E SEU JULGAMENTO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O instituto da extradição encontra-se previsto na Constituição Federal e nos artigos 76 a 94 do Estatuto do Estrangeiro, Lei 6.815/80. Paralelamente, há que se ressaltar que existem também tratados de extradição firmados entre o Brasil e Estados estrangeiros, que são considerados fontes do direito extradicional.

A extradição tem caráter bilateral, eis que sempre presentes o Estado requerente, que formula o pedido de extradição, e o Estado requerido, de modo que "o pedido de entrega é essencial, é condição *sine qua non* da extradição". (FRAGA, 1985, p. 287).

Cumpre destacar que um dos pressupostos para a formulação do pedido de extradição é a existência de processo judicial em curso ou já findo, passado em julgado. Nesse sentido, Cahali assinala que "não é suficiente a mera acusação, ainda que objeto de investigações policiais; o ato acusatório deve ser judicial: sentença condenatória, de pronúncia ou de prisão preventiva decretada por juiz competente." (CAHALI, 2010, p. 364). "A extradição pode ser requerida para fins executórios (cumprimento de condenação) ou instrutórios (instrução de processo penal em curso)." (LISBOA, 2001, p. 132).

O italiano Cesare Battisti, escritor e ex militante político, chegou ao Brasil, clandestinamente, no final de 2004. Três anos depois, Battisti foi preso no Rio de Janeiro, durante uma operação conjunta realizada por agentes do Brasil, França e Itália.

Em 04.05.2007, a Itália formulou, oficialmente, o pedido de extradição de Cesare Battisti, condenado à pena de prisão perpétua pela justiça italiana, em razão da prática de quatro homicídios, todos perpetrados no território italiano, no final da década de setenta.

O julgamento de Battisti teve início em outubro de 2009 e foi concluído tão somente em dezembro do mesmo ano, após uma verdadeira batalha jurídica, que gerou polêmicas e, principalmente, manifestações advindas da imprensa nacional e internacional.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, na extradição número 1.085, constituiu um marco na jurisprudência da Corte, que decidiu sobre assuntos de extrema relevância, tais como a relação entre o refúgio e o instituto da extradição e a importante distinção entre delitos comuns e delitos políticos. Deliberou-se, ainda, acerca o papel do Presidente da República na fase final do processo de extradição. Participaram do julgamento do extraditando os Ministros Cezar Peluso, relator do processo, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Carlos Britto, Marco Aurélio, Joaquim Barbosa e Cármen Lúcia.

No presente capítulo, serão abordados os principais pontos do julgamento da extradição de Cesare Battisti, com base nos fundamentos esposados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal e à luz do ordenamento jurídico brasileiro, sem que se olvide das peculiaridades atinentes ao caso.

2.1 Refúgio e extradição

O julgamento de Cesare Battisti teve como objeto o instituto do refúgio, previsto na Lei número 9.474, de 22 de julho de 1997. Consta dos autos que Battisti formulou, no Brasil, pedido de refúgio, perante o Conselho Nacional para os Refugiados (CONARE), em 27.06.2008. Contudo, o CONARE indeferiu o pleito do italiano. Inconformado, Battisti interpôs ao Ministro da Justiça recurso contra a referida decisão. Em grau recursal, o Ministro reformou a decisão preferida pelo CONARE e reconheceu a condição de refugiado de Battisti, em janeiro do ano de 2009.

É sabido que o artigo 33, do Estatuto dos Refugiados prevê expressamente que o reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão do refúgio. (BRASIL, 1997). Patrícia Roguet adverte que “caso haja pedidos de extradição contra o solicitante (artigos 10, 33 a 35), estes ficam suspensos até o final do processo de refúgio, que se for deferido, provoca o arquivamento dos pedidos de extradição.” (ROGUET, 2009, p. 115).

Com efeito, em regra, a decisão do Ministro da Justiça, que concedeu a Battisti o *status* de refugiado obstaria o seguimento do pedido de extradição formulado pelo Estado italiano. Contudo, não foi esse o entendimento que prevaleceu entre os ministros

do Supremo Tribunal Federal, que votaram pela anulação do ato concessivo de refúgio a Battisti, em discrepância com a jurisprudência da Corte. Confira-se o posicionamento tradicional do Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto, expresso na ementa do julgamento do *habeas corpus* número 83501, julgado em 29.10.2003, de relatoria do Ministro Carlos Velloso:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. EXTRADIÇÃO: PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE. I. - Caso em que, deferida a extradição, ficou suspenso o processo em razão de pedido de refúgio formulado pelos extraditandos, suspensão que decorre da lei que regula o pedido. Resolvido este, foram interpostos embargos de declaração que impediram a entrega do extraditando ao Estado requerente. II. - Interrupção da prescrição, pela lei estrangeira, com a prisão do extraditando. III. – H.C. indeferido. (BRASIL, 2003).

Outrossim, frise-se que, anteriormente, houve a declaração da constitucionalidade do artigo 33 do Estatuto dos Refugiados, conforme salientou o Ministro Cezar Peluso, em seu voto na extradição número 1.085: "Assim, não obstante haja este Plenário declarado, em princípio e *incidenter tantum*, a constitucionalidade dessa norma, no julgamento da questão de ordem na Ext nº 1008." (BRASIL, 2009)

O julgamento de Battisti, nesse aspecto, constituiu uma verdadeira ruptura com o entendimento predominante no Supremo Tribunal Federal, que aplicava sem ressalvas o artigo 33 da Lei 9.474, de 22 de julho de 1997, sem questionar o acerto ou o desacerto do ato concessivo da condição de refugiado. Saliente-se que o Ministro Marco Aurélio, em seu voto proferido na extradição 1.085, chamou atenção para o aludido descompasso: "sempre concluiu este Tribunal, jamais tendo apreciado, no bojo do próprio processo de extradição, o acerto ou o desacerto do ato administrativo a implicar o reconhecimento da condição de refugiado." (BRASIL, 1988).

Antes de adentrar no teor dos votos proferidos na extradição 1.085, impende trazer à tona algumas considerações a respeito do refúgio político. Carina de Oliveira Soares lembra que o refúgio é uma espécie do gênero direito de asilo. Embora conceituados de forma diversa, ambos os institutos visam à proteção do ser humano vítima de uma perseguição:

> O direito de asilo é entendido como um gênero do qual o refúgio é uma espécie. Há, portanto, um direito de asilo *lato sensu*, sob o qual estão abrangidos o "asilo *sticto sensu*" (asilo diplomático e asilo territorial) e o "refúgio". Essa inclusão do refúgio como uma espécie do direito de asilo *lato sensu* deve-se ao fato de que o asilo *stricto sensu* e o refúgio são institutos

> que se complementam na busca de um mesmo objetivo que é a proteção do ser humano vítima de uma perseguição. (SOARES, 2012, p. 43).

Segundo Patrícia Roguet, a doutrina de latino-americana diferencia o asilo do refúgio, "consagrou o dualismo [...], mantendo a tradição da concessão do asilo combinada com o instituto do refúgio." (ROGUET, 2009, p. 27). Julia Bertino Moreira, a quem Roguet faz diferença, explica que a distinção se dá em razão do alcance da aplicação dos referidos institutos, eis que "para alguns autores, a diferença entre os institutos reside no fato de que o refúgio tem aplicação universal, enquanto que o asilo, aplicação regional, somente no continente latino-americano." (MOREIRA apud ROGUET, 2009, p. 27). Dessa forma, conclui-se que o refúgio tem aplicação mais ampla que o asilo, na visão da doutrina latino-americana.

A concessão do asilo ou do refúgio não consiste em obrigação dos Estados e nem exigem reciprocidade. O ato de concessão dos institutos é tomado com fundamento no exercício do poder discricionário do Estado e impede a extradição, conforme ensina Patrícia Roguet:

> Os Estados não são obrigados a conceder nem o asilo nem o refúgio. Ambos são concessões do Estado no exercício de seu poder discricionário e não direitos dos indivíduos. Não estão sujeitos à reciprocidade. Ambos excluem a possibilidade de extradição. (ROGUET, 2009, p. 45).

Destarte, a concessão do refúgio é considerado como um ato político-administrativo, praticado pelo Estado de forma discricionária. No Brasil, o Chefe do Executivo é o órgão competente para conceder a condição de refugiado a um indivíduo, em decorrência de uma das atribuições constitucionais do Presidente da República, a quem compete, privativamente, manter relações com Estados estrangeiros, conforme previsão do artigo 84, inciso VII, da Constituição Federal. (BRASIL, 1988).

Entretanto, na visão do Ministro Cesar Peluzo, a submissão do ato de concessão de refúgio ao controle do Judiciário não caracteriza qualquer usurpação de competência:

> O fato de o poder ou dever de outorga ser atribuição reservada à competência própria da União, por representar o país nas relações internacionais, lhe subtraia, de modo absoluto, os respectivos atos jurídico-administrativos ao controle jurisdicional de legalidade (*judicial review)*. (BRASIL, 2009).

Um dos argumentos utilizados pelo Ministro Cezar Peluso é que o reconhecimento da condição de refugiado é ato vinculado, uma vez que a lei prevê

expressamente os requisitos para a concessão do refúgio e, ainda, as hipóteses impeditivas de concessão do refúgio, sem margem para qualquer discricionariedade do agente público. Assim, exige-se um controle de legalidade do ato, a ser exercido pelo Supremo Tribunal Federal:

> Depois, pela razão óbvia de que, para usar as palavras da lei, o reconhecimento da condição de refugiado constitui ato vinculado aos requisitos expressos e taxativos que a lei impõe como condição necessária de validade, ao capitular as hipóteses em que pode o refúgio ser deferido e aquelas em que, sem lugar para formulação discricionária de juízo de conveniência e oportunidade, não pode sê-lo, sem grosseiro abuso ou carência de poder jurídico. (BRASIL, 2009)

Segundo o Ministro, ao conceder o refúgio, a autoridade administrativa, o Ministro da Justiça, invadiu a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar o pedido extradição, o que justifica a intervenção da Corte, a fim de apurar eventual ilegalidade do ato. Veja-se trecho do voto do Ministro Cezar Peluso:

> Pode bem suceder que, debaixo do pretexto de expedir ato compreendido nas suas atribuições legais, a autoridade haja invadido terreno da competência que a Constituição da República reserva ao Supremo Tribunal para conhecer e julgar, em todos os seus aspectos, positivos e negativos, com as correlatas alternativas decisórias, fatos cuja pressuposta existência constitui causa de extradição,e não hipótese simultânea de concessão de refúgio. (BRASIL, 2009)

Ao motivar a decisão que concedeu o refúgio a Battisti, o Ministro da Justiça adentrou em matérias que são de competência do Supremo Tribunal Federal, causas intrínsecas de não extradição, eis que pertencentes ao mérito do pedido extradicional. Na visão do Ministro, “o ordenamento discerne a previsão e a disciplina de causas intrínsecas de não extradição, as quais, como é que mais óbvio, constituem tema ou objeto necessário da *cognitio* compreendida na competência jurisdicional desta Corte.” (BRASIL, 2009).

Compartilhando do entendimento esposado alhures, o Ministro Ricardo Lewandowiski sustenta que “o Judiciário pode, se instado a tal, verificar se estão ou não presentes, a justificar o ato de concessão de refúgio, os elementos subjetivos e objetivos previstos na Lei 9.474.” (BRASIL, 2009).

É sabido que o ordenamento jurídico pátrio, por meio do artigo 1º, da Lei 9.474/97, elenca três definições de refugiados e para Luiz Paulo Terres Barretos (2010), apresenta importantes linhas de definição do que é refúgio no país. O inciso I do

referido artigo conceitua refugiado como todo indivíduo que 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. (BRASIL, 1997). Segundo Barretos, tal inciso reproduz o que preceitua a Convenção de Genebra, de 1951, "ao dizer que será reconhecido como refugiado todo indivíduo que devido afundados temores de perseguição encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país." (BARRETOS, 2010, p. 153).

Por seu turno, inciso II do aludido artigo preceitua que o refúgio pode ser concedido ao indivíduo que , 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. (BRASIL, 1997). Finalmente, segundo o disposto do inciso III, aquele o pedido de refúgio pode ser outorgado aquele que, devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país. (BRASIL, 1997).

A situação de Cesare Battisti, segundo a decisão do Ministro Tarso Genro, enquadra-se na definição prevista no artigo 1º, inciso I, da Lei 9.474/97.

No entanto, para a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, não restou demonstrado o temor fundado de perseguição a Battisti, motivado pelas suas opiniões políticas, requisito este exigido pela Lei 9.474/97 para a outorga do pedido de refúgio. Para o Ministro Ricardo Lewandowiski, "O fundamento para a anulação do ato que concedeu o refúgio pode consistir em não ter a pessoa beneficiada demonstrado temor fundado de perseguição." (BRASIL, 2009).

Outrossim, na visão da maioria dos Ministros da Corte, as razões que fundamentaram a concessão do refúgio a Cesare Battisti esbarram no mérito do pedido de extradição, eis que ,em sua decisão, o Ministro Tarso Genro, incompetente para tanto, apreciou o caráter das infrações cometidas por Battisti. Situa-se, principalmente nesse ponto, a ilegalidade do ato praticado. Além disso, ainda que restasse configurada a prática de crime político pelo extraditando, tal fato não seria suficiente para caracterizar fundado receio atual de perseguição política. É, nesse sentido, o voto do Ministro Cesar Peluzo:

> Ora, nos claríssimos termos do disposto no art. 77, §2º, da Lei federal nº 6.815/1980, cc. Art. 102, I, g, da Constituição da República, cabe, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal, a apreciação do caráter da

> infração [...] A coerência de tal sistema normativo, que às escâncaras exclui da competência administrativa do caráter do crime, é perceptível à circunstância de que a eventual conotação política deste não basta de per si para caracterizar fundado receio de perseguição política. (BRASIL, 2009)

O refúgio e as questões a ele relacionadas, na extradição número 1.085, foram examinadas como preliminares e se confundem com o mérito do pedido, de maneira que a perseguição política sofrida por Battisti e o caráter dos delitos praticados serão abordados oportunamente neste trabalho.

Ao sustentar suposta usurpação de competência pelo Ministro da Justiça, os Ministros do Supremo Tribunal Federal justificaram a própria invasão de competência por eles cometida, ao proceder à revisão do ato de concessão de refúgio. Conforme acentuado anteriormente, o Presidente da República, no uso da atribuição que lhe é outorgada pelo artigo 84, inciso VII, da Constituição Federal, e como representante da soberania externa do Estado brasileiro, pratica ato político ao conceder o refúgio a um indivíduo, representado pelo Ministro da Justiça. Submeter ato político e discricionário ao controle do Judiciário, como revisor, consiste em verdadeira usurpação de competência, em flagrante violação ao sistema dos feios e contrapesos, característicos de um Estado Democrático de Direito. Confira-se o voto do Ministro Marco Aurélio nesse sentido:

> Ao Judiciário, ainda que na palavra do Supremo, não compete a prática de ato estrito de soberania que é circunscrito à condução desta ou daquela política internacional. Implementá-la cumpre ao Presidente da República, privativamente, conforme previsão explícita, contida em claro e preciso preceito, em bom vernáculo, na Carta Federal. A menos que se substitua ao Executivo, ao Judiciário não incumbe proceder a revisão, simples revisão, de ato praticado por aquele Poder no campo da política internacional. (BRASIL, 2009)

A tese vencedora entre os Ministros, com o escopo de fundamentar a ilegalidade da decisão presidencial, adentrou, inclusive, nas causas de exclusão do refúgio, previstas no artigo 3º, da Lei 9.474/97. Segundo o Ministro Ricardo Lewandowiski "o extraditando enquadra-se inclusive em pelo menos uma das cláusulas de exclusão, impeditivas da concessão do refúgio, a saber, o cometimento de crimes comuns, isto é, de quatro homicídios." (BRASIL, 2009). Em que pese a competência do Supremo Tribunal Federal, no processo extradicional, para apreciação do caráter dos delitos perpetrados pelo extradição, não lhe compete rever o ato administrativo do Presidente da República e julgar existentes causas de exclusão do refúgio, a fim de demonstrar o

desacerto da decisão proferida. Trata-se de um exame que vai além da legalidade, praticado em flagrante usurpação de competência e em desrespeito ao sistema de freios e contrapesos.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, nesse aspecto, reflete o fenômeno do ativismo judicial, objeto de constantes críticas doutrinárias. De acordo com Luís Roberto Barroso, "a idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes." (BARROSO, 2009). Em flagrante usurpação de competência do Poder Executivo, o Judiciário, ao anular a decisão concessiva de refúgio a Battisti, assumiu uma postura ativista, que põe em risco a legitimidade da democracia. Segundo a lição de Barroso, "a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco [...]. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria." (BARROSO, 2009).

2.2 Crimes políticos e extradição

O julgamento da extradição número 1.085 ensejou uma acirrada discussão a respeito da natureza dos crimes cometidos por Cesare Battisti na Itália. Cinge-se o debate acerca da possibilidade de Cesare ter praticado crimes de natureza política, tendo em vista o contexto histórico e político da Itália no final década de 70, durante os denominados "anos de chumbo".

Inicialmente, cumpre ressaltar que, no âmbito do processo de extradição, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, compete ao Estado requerido deliberar e decidir acerca do caráter político do crime imputado ao estrangeiro. Incumbe ao Supremo Tribunal Federal, exclusivamente, a apreciação do caráter da infração que motivou o pedido de extradição, conforme previsão expressa do Estatuto do Estrangeiro, em seu artigo 77, § 2º. (BRASIL, 1980). Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a legalidade e a procedência do pedido de extradição, irá apreciar, ainda, o caráter da infração. (FRAGA, 1985).

Segundo Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva, quando da apreciação da natureza do delito, o Supremo Tribunal Federal tem adotado postura mais severa, tendente a deferir os pedidos de extradição formulados:

> O STF tem adotado postura mais rigorosa com relação à caracterização do crime político, para efeitos de extradição, procurando sempre limitar seu alcance, facilitando, assim, o deferimento dos pedidos de entrega de cidadãos estrangeiros requeridos por seus países. (SILVA, 1993, P. 91).

Diante da competência legal atribuída ao Supremo Tribunal Federal, na extradição número 1.085, por maioria, concluiu-se que Battisti praticou delitos comuns, e não de caráter político. Em que pese o entendimento antagônico de alguns Ministros, notadamente, o do Ministro Marco Aurélio, prevaleceu o posicionamento consignado no voto do Ministro Cezar Peluso.

Dada a dificuldade de se definir a natureza política de um delito, os Ministros cuidaram de analisar, primeiramente, o cenário político em que Battisti praticou os quatro homicídios, a fim de desvendar o caráter dos delitos. Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes salientou que "a adoção dos critérios da preponderância e da atrocidade dos meios, na solução dos casos concretos, nunca prescindiu, na jurisprudência da Corte, da análise do contexto político em que praticado os atos criminosos." (BRASIL, 2009).

Nesse ponto, destacou-se o posicionamento do Ministro Cezar Peluso, que defendeu veementemente a vigência de um Estado Democrático de direito na Itália, durante os "anos de chumbo":

> Como ninguém ignora, tal ordem, que compreendia sistema parlamentar de governo, de nítida colaboração entre os poderes Executivo e Legislativo, era, na época, caracterizada pela ampla liberdade política, forte ativismo social, consistente representatividade popular, sistema pluripartidário, eleições periódicas e temporalidade no exercício do poder, cujo regular domínio periódico por algum ou alguns partidos refletia apenas a preferência momentânea do eleitorado. [...] Ao propósito, já teci, em sede de cognição da liminar, largas e documentadas considerações que, a meu aviso, abstraídas idiossincrasias ideológicas, erros de perspectiva histórica e distorções maliciosas, repelem toda pretensão de negar à República italiana a plena condição institucional de um Estado Democrático de direito, sobretudo à data dos fatos subjacentes a esta causa. (BRASIL, 2009).

Por seu turno, o Ministro Marco Aurélio destacou a turbulência vivenciada durante os "anos de chumbo" e o posicionamento repressor do Governo italiano, diante da efervescência dos movimentos políticos da época:

> No caso, os crimes perpetrados datam da década de 70. A Itália vivia quadra conturbada, com existência de diversos movimentos subversivos à ordem estatal. De um lado, pela esquerda, O.C.C. (Formações Comunistas Combatentes) e P.A.C. (Proletários Armados para o Comunismo), Brigadas Vermelhas e N.A.P. (Núcleo dos Proletariados Armados). Do outro, pela direita, "Terza Posizione", "Avanguardia Nazionale" e a "Ordine Nero". Isso levou até mesmo a advertências de organismos internacionais quanto à repressão que estaria sendo implementada, com abandono de regras tradicionais referentes à convivência social, às balizas do devido processo legal e aos valores humanitários. (BRASIL, 2009).

Na esteira da análise realizada pelo Ministro Marco Aurélio, o autor Carlos Lungarzo sublinha que as insurgências da esquerda na Itália provocaram reações repressivas por parte do Governo italiano:

> As leis italianas contra a esquerda eram contrárias à própria constituição, e, em particular, ao artigo 27-2, que afirma a presunção de inocência. O primeiro instrumento de terror legal foi o Decreto-Lei 99, publicado em 11 de abril de 1974, que aumentava a duração da prisão preventiva. Em 14 de outubro de 1974, foi aprovada a Lei 497, que reinstalava o interreogatório policial sem a presença de advogado ou juiz, que fora abolido em 1969. Contra o Artigo 13-2 da Constituição, o Artigo 8º da Lei 152 de 22 de maio de 1975 permitia a investigação de suspeitos, de seus domicílios e seus pertences em todos os níveis, sem autorização dos magistrados. Esse processou deu poder à polícia num estilo idêntico ao do fascismo. (LUNGARZO, 2012, p. 91).

Dando continuidade à definição da natureza jurídica dos crimes cometidos por Battisti, seguindo a jurisprudência da Corte, os Ministros utilizaram-se "do sistema da preponderância e do critério da atrocidade dos meios" (BRASIL, 2009), consoante afirmou o Ministro Gilmar Mendes em seu voto.

Para fins de compreensão da tese vencedora no julgamento da extradição 1.085, faz-se necessário trazer à tona, ainda que brevemente, as definições de crime político elaboradas pela doutrina.

Gustavo Pamplona Silva, em sua dissertação de mestrado, faz menção ao doutrinador italiano Ubertis, que apresenta um conceito inicial de crime político, de grande utilidade para a compreensão do tema em questão: "considerado delito político o delito comum cometido, no todo ou em parte, por motivos políticos." (UBERTIS apud SILVA, 2009, p. 20). Silva esclarece o que seriam motivos políticos, na visão do doutrinador italiano:

> A questão, decerto, consiste em compreender qual seria a concepção de "motivo". O jurista italiano recorre a duas correntes doutrinárias. A primeira

> delas define “motivo político” como mero impulso psicológico, o móvel interno do agente. A segunda renega qualquer declaração de motivo político com fulcro em seus aspectos íntimos. Seu método baseia-se na necessidade de aferição, invocando o caso concreto. Nessa análise factual, seriam aferidos, mediante a constatação nas características externas do agente, os tópicos essenciais da natureza e da modalidade do delito, tais como: as condições de lugar ou do contexto histórico no qual o ato foi cometido, bem como a figura do réu e da vítima. (SILVA, 2009, p. 21).

A importância da conceituação de Ubertis reside no fato de que o autor, ao definir crime político e motivo político, leva em consideração a vida pregressa do acusado, no âmbito do ativismo político, contrapondo-se à corrente doutrinária que utiliza tão somente critérios psicológicos para perquirir a motivação do delito político. Além disso, leva em consideração o contexto histórico em que foi perpetrado o delito, critério utilizado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal para afastar o caráter político dos crimes cometidos por Battisti.

De acordo com a lição de Canedo, predominam três teorias elucidativas da definição dos crimes políticos:

> As primeiras, chamadas objetivas, partem da definição do crime político tendo em vista o bem jurídico lesado ou exposto a perigo de lesão. Assim, são crimes dessa natureza somente aqueles que atentam contra as condições de existência do Estado como organismo político. As teorias subjetivas se baseiam no móvel ou fim perseguido pelo agente, de modo que, se esse for político, o crime será sempre político, independente do bem jurídico lesado. Aqui, o móvel se constitui em fator decisivo. Pode o comportamento ser constituído de um crime comum (homicídio, roubo etc.), mas o que importa, para sua conceituação como político, é que tenha sido ele realizado por motivação política. As teorias mistas partem de um critério objetivo, combinando-o com o subjetivo, vale dizer, levam em conta o bem jurídico tutelado e o móvel ou fim que guia o agente. (SILVA, 1993, p. 57).

O voto do Ministro Marco Aurélio, na extradição número 1.085, teve como suporte a teoria mista relativa aos delitos políticos, porquanto fundamentou que a motivação dos delitos comuns praticados por Battisti foi a subversão da ordem do Estado. Dessa forma, em que pese ter cometido quatro homicídios, que vitimaram cidadãos comuns, a ação do extraditando teve como finalidade a subversão da ordem do estatal. O Ministro sustentou sua conclusão com base nas sentenças condenatórias italianas, que mencionaram inúmeras vezes a motivação dos crimes cometidos por Battisti e outros militantes políticos da época:

> A decisão italiana é explícita ao revelar, o ângulo da teoria de práticas com o mesmo desígnio, a motivação dos delitos. [...] Com pequena variação quanto à autoria, encontram-se no título judicial condenatório, 128 imputações, todas

> elas tomadas como a configurarem o mesmo desenho criminoso – tanto é assim que chegou à continuidade delitiva do artigo 81 do código penal italiano. [...] Foi a partir desse panorama fático que atuaram o Governo Mitterrand e o Governo Luiz Inácio Lula da Silva, não fechando os olhos às circunstâncias de Battisti (nascido em 18 de dezembro de 1954), então um jovem idealista com 22 anos à época do primeiro homicídio, em 1977, haver-se engajado em movimento de insurreição contra o regime italiano. Como fulminar, olvidando todos esses aspectos constantes na decisão condenatória, o refúgio concedido, invadindo-se área reservada ao Executivo – a da política internacional – quando outra não foi a motivação para as políticas criminosas referidas senão subverter a ordem estatal, como repetido, por 34 vezes ao todo, na sentença condenatória? (BRASIL, 2009).

Diverso foi o entendimento majoritário na Corte, que concluiu pela ausência de qualquer desígnio político nos crimes praticados por Battisti. O Ministro Cezar Peluso expõe em seu voto, cujo conteúdo fundamentou a tese vencedora, a conceituação de delitos complexos, segundo a qual "crimes comuns contaminados por motivação política, de modo que, nos casos em que prepondere o caráter político do delito complexo em relação ao crime comum, o primeiro há de prevalecer." (BRASIL, 2009).

Dessa forma, a questão que envolve delitos complexos é mais dificultosa, conforme discorre o Ministro Cesar Peluzo,

> Se o delito político apresenta, porém, viés ou circunstância elementar do crime comum, a questão é algo complexa, pois se concebe a extradição quando o fato constitua, sobretudo, infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, represente o fato principal na unidade delituosa. (BRASIL, 2009).

A fim de solucionar o referido impasse, em caso de conexão de crime político e crime comum, segundo Fernando Capez, "o Supremo Tribunal Federal aplica o critério da preponderância, previsto no art. 77, §3º, do Estatuto do Estrangeiro, o qual demanda análise do caso concreto." (CAPEZ, 2012, p. 46).

Cahali, em sua obra, ao fazer menção à Fauchille, deslinda o sistema da preponderância:

> Deve-se analisar examinar qual das duas infrações, políticas e de direito comum, aquela que predomina, que constitui o fato principal: se a culpabilidade política é mais grave, o delito deve ser considerado como político e a extradição não será possível; se a culpabilidade de direito comum prevalece, não há senão uma infração de direito comum passível de extradição (Von Liszt, Oppenheim, Ortolan), Pode-se reprovar esse sistema, por envolver qualquer coisa de arbitrário. (FAUCHILLE apud CAHALI, 2010, p. 302).

Na extradição 1.085, os Ministros utilizaram o critério da preponderância da culpabilidade de direito comum, ao argumento de que as práticas delituosas de Battisti careceram de motivação política. Ao revés, Battisti teria cometido os crimes fora do contexto de agitação política ou rebelião, de forma premeditada e por mera vingança pessoal, especialmente nos homicídios de Lino Sabaddin e Pierluigi Torregiani. Confira-se a fundamentação do voto do Ministro Cezar Peluso:

> Os homicídios dolosos, cometidos com premeditação pelo ora extraditando, não guardam qualquer relação próxima nem rêmora 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, e dois comerciantes que teriam reagido a anteriores tentativas de assalto a seus estabelecimentos. [...] Não há como emprestar caráter político às ações homicidas cujas condenações fundamentam o pedido, pois foram praticadas em contextos diversos, à margem de propósitos legítimos de tomada do Estado. (BRASIL, 2009).

No mesmo viés, é o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes:

> Ora, deve-se recordar que os delitos que embasam o pedido de extradição não se classificam puramente como de opinião ou subversivos da ordem política, tratando-se, na verdade, de quatro homicídios premeditados, isoladamente cometidos, fora de contexto de rebelião que, em tese, poderia justificar a ocorrência como espécie de crime multitudinário com resultado morte. (BRASIL, 2009).

A Ministra Ellen Gracie também coaduna com o entendimento esposado pelo Ministro Cesar Peluzo. Segundo a Ministra, a participação do extraditando no grupo subversivo denominado PAC e a sua militância política não são fatores capazes de transformar os delitos cometidos por Battisti em crimes políticos:

> Mesmo considerando a atividade polícia do extraditando – que pertencia a um grupo extremista, -, há nas condutas imputadas no pedido extradicional evidente preponderância das infrações penais comuns, o que afasta a alegação de crime político.. O fato do extraditando ter pertencido ao grupo extremista "Proletário Armados para o Comunismo", que tinha como objetivo "subverter a ordem do Estado, para que o proletariado tomasse o poder", não é capaz, só por si, de transformar todas as ações criminosas por ele praticadas em delitos políticos. (BRASIL, 2009).

Destarte, a decisão do Supremo Tribunal acabou por prestigiar a jurisprudência predominante na Corte, no sentido de utilizar o sistema da preponderância na hipótese

de delitos complexos ou delitos políticos relativos, eis que, segundo o entendimento majoritário da Corte, houve prevalência do crime comum.

No caso Battisti, a apreciação do caráter dos delitos perpassou pela análise do contexto histórico e político da Itália e, ainda, pela conceituação de crime político, tendo em vista que a legislação pátria é silente a este respeito. Embora os Ministros tenham colacionado conceitos doutrinários, é relevante ressaltar que estes não estão imunes a ideologias e valores, e, por tal motivo, deve-se interpretar a decisão do Supremo Tribunal Federal com cautela. Diante disto, a definição de crime político deve destacar princípios basilares do Direito Penal, conforme ensina, com maestria, Carlos Augusto Canedo Gonçalves da Silva:

> É certo que não ignoramos o fato de que, numa sociedade de classes, o Direito Penal possui também caráter de classe e é ideologicamente orientado no sentido de fazer valer os valores e convicções da classe dominante. Sem perder esse fato de vista – muito pelo contrário, partindo dessas premissas -, a verdade é que só se poderá evoluir de maneira positiva a uma conceituação do crime político e, o mais importante, à sua aplicação prática, dando-se realce aos princípios arduamente conquistados ao longo da História do Direito Penal, e que devem servir como indicadores básicos para o processo nunca acabado da evolução da nossa disciplina, naquilo que ela pode contribuir para um mundo melhor. (SILVA, 1993, p. 71).

2.3 A decisão final sobre a extradição

Conforme mencionado anteriormente, por maioria, o Supremo Tribunal deferiu a extradição de Battisti. Cabia aos Ministros decidir, ainda, se a decisão proferida pela Corte vincularia ou não o Presidente da República, na última fase do processo de extradição. O plenário dividiu-se, então, em duas correntes, durante acirrado debate travado. A primeira corrente, encabeçada principalmente pelo Ministro Cezar Peluso, sustentou a vinculação do Presidente à decisão judicial. Em outros termos, proferida a decisão pelo Supremo Tribunal Federal, o Presidente da República é obrigado a cumpri-la. Antagonicamente, a segunda corrente argumentou que o Presidente é livre para cumprir ou não a decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal.

O Plenário, na primeira etapa do julgamento, sinalizava que venceria a segunda tese, sustentada, precipuamente, pelos Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa. Todavia, após a primeira etapa do julgamento, surgiu uma terceira corrente, fruto de

uma suposta ambigüidade contida no voto proferido pelo Ministro Eros Grau. Segundo a referida tese, na fase final do processo de extradição, o Presidente da República não está vinculado à decisão judicial, mas deve obedecer ao disposto no tratado de extradição celebrado entre os países. Em outros termos, o Presidente da República não é absolutamente livre para decidir sobre o pedido de extradição.

Ao final do debate, o referido entendimento acabou prevalecendo entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, o que significou uma verdadeira mudança no curso do julgamento da extradição de Battisti.

O Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto, argumenta que, em que pese a Constituição Federal prever a competência do Supremo Tribunal para julgar a extradição, o órgão jurisdicional não detém a palavra final a respeito do pedido de extradição. Segundo o Ministro, no processo de extradição, a limitação do controle judicial decorre da inserção do instituto no rol de atos e procedimentos relativos às relações internacionais do Brasil, que é matéria da alçada do Poder Executivo. Confira-se parte da fundamentação constante do voto do Ministro:

> Há que se ter em mente, por outro lado, o fato de que, embora a Constituição disponha no seu art. 102, inciso I, letra g que cabe ao Supremo Tribunal Federal julgar a extradição, esta Corte não detém a palavra final na matéria. A extradição, como todos sabemos, inscreve-se no rol de atos e procedimentos que formam as relações internacionais de um dado país. Matéria, portanto, indiscutivelmente da alçada do Poder Executivo. Não é o Supremo Tribunal Federal quem concede a extradição, mas sim o Presidente da República, a quem cabe a palavra final em matéria de relações internacionais. (BRASIL, 2009).

Na visão do Ministro, o Supremo Tribunal Federal, no processo de extradição, exerce apenas um controle de legalidade, destinado a garantir os direitos fundamentais do extraditando, e carece de competência para determinar a extradição. A Corte atua em prol do extraditando, assegurando-lhe os seus direitos, e não com o propósito de prejudicá-lo. A concepção de que a decisão do Supremo Tribunal Federal obriga o Presidente da República a entregar o extraditando é, nas palavras do Ministro, uma incongruência jurídica:

> Portanto, este Supremo Federal não tem prerrogativas a defender em matéria extradicional. Sua intervenção se traduz em garantia criada pelo nosso sistema jurídico para proteger o extraditando. Na nossa sistemática, o Poder executivo não pode entregar alguém a um Estado estrangeiro se este Supremo Tribunal disser que a entrega é ilegal. Mas, na situação inversa, isto é, se o Executivo, que é o órgão titular das relações internacionais do nosso País,

> decidir que não procederá à entrega da pessoa procurada, fazendo uso do princípio da soberania que rege as relações internacionais, não poderá o Supremo Tribunal forçar o Executivo a extraditar a pessoa. Não poderá por dois motivos essenciais. Em primeiro lugar, porque não tem competência para tanto. Em segundo lugar, porque, como já disse, a intervenção do Tribunal no processo de extradição se dá em benefício do extraditando. É uma garantia a ele outorgada pelo nosso ordenamento jurídico. Assim, seria juridicamente inconcebível que o órgão jurisdicional, cuja intervenção no processo de extradição foi concebida como uma garantia em prol do extraditando, subvertendo completamente o papel que lhe é reservado nessa matéria pela Constituição, dirigisse suas armas contra a pessoa objeto da proteção constitucional, para determinar coercitivamente a efetivação de uma extradição que o órgão titular das relações internacionais do país, competente para a matéria, não mais pretendesse efetivar. Seria uma monumental incongruência jurídica! (BRASIL, 2009).

Semelhante é o entendimento do doutrinador Paulo Henrique Gonçalves:

> O Chefe de Estado é o principal órgão do Estado nas relações internacionais, ou seja, o principal representante estatal na sociedade internacional. Com isso, cabe ao Chefe de Estado a responsabilidade primária pela formulação e execução da política externa estatal. Além disso, o Chefe de Estado, como autoridade da mais alta hierarquia da administração pública, é competente para decidir, em última instância, acerca das ações internacionais do ente estatal. (GONÇALVES, 2013, p. 182).

A tese prevalente entre os Ministros consagrou a não vinculação do Presidente da República à decisão do Supremo Tribunal Federal, no âmbito processo de extradição. Contudo, ressalvou-se a submissão do Chefe de Estado ao tratado celebrando entre os Estados requerente e requerido. Trata-se, dessa forma, de uma discricionariedade limitada do Presidente da República, cuja palavra final sobre o pedido de extradição prevalece, sem vinculação à decisão judicial, mas desde que fundada nos termos do tratado celebrado.

O surgimento da tese deu-se em razão de uma ambigüidade no voto do Ministro Eros Grau. Findo o julgamento da extradição de Battisti, a República Italiana, representada por seus patronos, elaborou um requerimento formal, com o intuito de retificar ata do julgamento. Suscitou-se uma questão de ordem, que foi capaz de modificar completamente o curso do julgamento da extradição número 1.085.

A decisão final do Supremo Tribunal Federal, neste ponto, foi proferida nos contornos da teoria dos tratados. No caso em análise, houve a consagração do Judiciário como o órgão incumbido de impedir a violação explícita dos tratados, em harmonia com o entendimento doutrinário a respeito do tema. Os Ministros optaram por respeitar a discricionariedade do Presidente da República para decidir a respeito do pedido

extradicional, sem que fosse desconsiderado o papel do Judiciário como fiscalizador do cumprimento dos tratados internacionais.

A decisão presidencial pela não extradição de Cesare Battisti foi tomada no dia 31.12.2010, através de nota lida por Celso Amorim, ministro das Relações Exteriores do governo Lula, e teve como fundamento o parecer da Advocacia Geral da União.

Segundo noticiado na mídia, o parecer da Advocacia Geral da União, sustentáculo da decisão presidencial, foi "feito com base nos termos da Constituição brasileira, nas convenções internacionais sobre direitos humanos e do tratado de extradição entre o Brasil e a Itália".

Um dos argumentos que norteou o parecer da Advocacia Geral da União foi a questão humanitária atinente ao caso Battisti. De início, insta salientar que o referido parecer tratou da possibilidade de Battisti cumprir pena de prisão perpétua na Itália, caso deferido o pedido de extradição. Concedida, esta, Cesare seria, em tese, condenado a cumprir a pena superior ao limite de trinta anos imposto pela legislação brasileira. No entanto, segundo a redação do artigo 75, do Código Penal, o tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos. (BRASIL, 1940). Ademais, a proibição de qualquer pena de caráter perpétuo está expressamente prevista na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVII (BRASIL, 1988).

Em que pese a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XLVII, vedar a pena de caráter perpétuo, por força do Estatuto do Estrangeiro, é perfeitamente possível que o Estado requerido proceda à entrega do extraditando condenado à pena de prisão perpétua, conforme entendimento da jurisprudência majoritária. Nesse sentido, lembra Carolina Cardoso Guimarães Lisboa que "a jurisprudência mais recente é no sentido de ser possível a entrega do indivíduo independente do compromisso do Estado requerente de comutar a pena de prisão perpétua em pena de prazo certo." (LISBOA, 2001, p. 216).

Destarte, da análise do parecer da Advocacia Geral da União, verifica-se que a cominação da pena de prisão perpétua a Battisti, prevista pela legislação italiana, não obstou a concessão de sua extradição. O argumento utilizado, no caso, é que a idade avançada de Battisti somada aos trinta anos de pena a serem cumpridos, resultariam numa espécie de prisão perpétua:

> Há certo conteúdo humanitário que deve informar a decisão a ser tomada. A pena imposta é superior a 30 anos. E deverá ser mitigada. Porém, para que o condenado que conta com mais de 50 anos de idade a pena assemelha-se a

> prisão perpétua. Por isso, se a pena fosse diminuída para 30 anos, o que permitiria, em tese, a extradição, ter-se-ia a liberdade do extraditando com mais de 80 anos de idade: 60 anos depois dos fatos ocorridos (PARECER DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, itens 128 e 129).

Outra linha argumentativa que se extrai do parecer é no sentido de que, embora pudesse haver a detração da pena imposta à Battisti, ainda assim o mesmo deixaria o cárcere quando idoso. Além disso, a trajetória de Battisti, por si só, demonstra que a sua reinserção social já foi atingida e, por conseguinte, cumprida a finalidade da pena. Veja-se trecho do parecer:

> Entre outros, é veículo para reconhecimento de que a finalidade da pena seja a reinserção social do apenado. O que, no caso, registre-se, já se realizou ao longo dos anos. A condição pessoal do extraditando pode ser piorada com a extradição. Ainda que se tenha a comutação da pena, e ainda que se apliquem fórmulas de detração, o extraditando ficaria preso até momento longevo, ao longo do qual temores do passado e resquícios de um tempo pretérito, e de triste memória, possam qualificar perigo real. (PARECER DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO, item 158).

De fato, há notícia de que Battisti já fora encarcerado anteriormente. O que motivou uma de suas prisões foram as “reapropriações proletárias”, expressão utilizada na Itália a fim de dar conotação política aos roubos e pequenos assaltos. Carlos Lungarzo relata um dos episódios:

> Policiais e magistrados trataram Cesare como autor de roubos, custódio das sete armas e membro de bando armado, mas não como suspeito de homicídio. [...] Nesses dias, foram detidos outros ativistas, elevando o total a cerca de oitenta. Logo após a detenção de Battisti, as autoridades o enviaram à prisão de Cuneo, que era um “armazém” para membros de grupos armados. (LUNGARZO, 2012, p. 150).

Faz-se desnecessário, neste aspecto abordado pela Advocacia Geral da União, relatar de forma esmiuçada a biografia de Battisti. A trajetória do militante, marcada pela resistência e dedicação à causa política, lhe renderam consequências e perseguições que, neste trabalho, não serão objeto de um estudo aprofundado.

Entretanto, é inegável que o conteúdo humanitário que orientou a decisão presidencial está relacionado à militância de Battisti, bem como ao tempo em que ficou encarcerado, suficiente para a sua recuperação social, segundo o parecer da Advocacia Geral da União. Ademais, a extradição de Cesare daria ensejo a longos anos de cárcere, que perdurariam até o fim de sua vida.

Os argumentos expostos no parecer harmonizam-se com a prevalência dos direitos humanos, no âmbito das relações internacionais entre a República Federativa do Brasil e outros Estados. Tal prevalência encontra previsão no texto constitucional, em seu artigo 4º, inciso II. (BRASIL, 1988). André Ramos Tavares, ao discorrer a respeito do caso Battisti, sustenta tal posicionamento:

> O Brasil rege-se, nas relações internacionais, independente do conteúdo desses instrumentos, pela independência nacional, prevalência dos direitos humanos e concessão de asilo político. Há de se agasalhar a solução mais humanistas, consideradas as circunstâncias que envolvem o caso Battisti e o Estado Democrático de Direito e de direitos que, no Brasil, vem sendo construído a largos passos. (TAVARES, 2009).

O constituinte de 1988, ao optar expressamente pela prevalência dos direitos humanos, no âmbito das relações internacionais, acompanhou a tendência do Direito Internacional contemporâneo. Vivencia-se na atualidade uma universalização dos direitos humanos, com o advento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, conforme ensina Flávia Piovesan:

> Neste sentido, em 10 de dezembro de 1948, é aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como marco maior do processo de reconstrução dos direitos humanos. Introduz ela a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição da pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. (PIOVESAN, 2004, p. 289).

A decisão presidencial alinha–se ao caráter universal dos direitos humanos, consagrado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, e à perspectiva que concebe o homem como membro da sociedade universal e sujeito do Direito Internacional. Nesse sentido, leciona Antônio Augusto Cançado Trindade:

> Independente das circunstâncias, o indivíduo é sujeito *jure suo* do Direito Internacional, tal como sustenta a doutrina mais lúcida, desde a dos chamados fundadores da disciplina. Os direitos humanos foram concebidos como inerentes a todo ser humano, independentemente de quaisquer circunstâncias. (CANÇADO, 2004, p. 211).

O princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos, no âmbito das relações internacionais, foi reafirmado na decisão presidencial, em harmonia com a perspectiva universal dos direitos humanos, predominante na contemporaneidade. As polêmicas e sensacionalismos relativos ao caso Battisti deram lugar à concepção do

indivíduo como sujeito de Direito Internacional, em que os direitos humanos são superiores à nacionalidade ou estatuto políticos.

5 CONCLUSÃO

O Presidente da República, após decidir pela não extradição de Cesare Battisti, foi alvo de críticas provenientes da imprensa e da população em geral, inconformada com o veredicto final. Ao argumento de que se estava abrigando um terrorista, de alto grau de periculosidade, a usual sensação de impunidade arrebatou o Brasil. Além disso, o próprio instituto da extradição foi questionado, eis que se mostrou ineficaz no caso, principalmente na visão do Governo italiano, que externou desapontamento e até mesmo hostilidade com relação à decisão do presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Todavia, se confrontada com o arcabouço jurídico-normativo em matéria de extradição, verifica-se o acerto da decisão, ao contrário do que foi amplamente divulgado pelos noticiários brasileiros. Percebe-se que o caso Battisti tomou rumos que extrapolaram o questionamento da (i)legalidade da decisão proferida pelo Presidente da República, tornando-se, na verdade, mais uma caçada a um "bandido", apoiada na usual justificativa de combate à impunidade ,que aterroriza o país. Como em tantos outros casos, princípios reitores do Direito Penal, como a presunção de inocência, deram lugar a um julgamento antecipado, realizado pela própria mídia, como se estivesse legitimamente investida no exercício da jurisdição.

Por outro lado, com o intuito de desprestigiar a decisão presidencial, argumentou-se que esta foi tomada de forma contrária ao veredicto do Supremo Tribunal Federal, pela extradição de Cesare Battisti, o que por si só seria capaz de eivar a decisão presidencial de ilegalidade. Esta visão despreza qualquer noção de soberania e se revela contrária às atribuições e competências previstas no texto constitucional, reservadas ao Presidente da República.

A análise das razões elencadas por alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal, em alguns aspectos relativos ao caso Battisti, revela uma postura coerente com o ativismo judicial, que tanto vem sendo debatido atualmente. Ademais, as nuances políticas que sombreiam o caso Battisti foram veementemente rebatidas pela maioria

dos integrantes da Corte e, até mesmo, solenemente ignoradas, em detrimento da eterna condição de terrorista e assassino, que fora atribuída a Cesare ao longo de anos.

Em certos pontos, a competência do Presidente da República, constitucionalmente delimitada, foi posta em xeque pela decisão judicial, em que pese o entendimento divergente, esposado pela minoria dos Ministros que participaram do julgamento de Battisti. Inclusive, em matéria de refúgio político, a decisão prolatada caracterizou um flagrante descompasso com a jurisprudência da Corte.

Indaga-se o porquê de tamanha polêmica no julgamento de um ex-militante político e também escritor, cujo passado foi marcado pela perseguição por parte do Governo italiano. As razões políticas e históricas que motivaram a busca da Itália pela extradição de Battisti permanecem obscuras, mas, por óbvio, excedem a mera intenção de fazer valer a lei penal italiana. Certo é que, no Brasil, os fundamentos legais da decisão proferida pelo Supremo Federal devem ser analisados criticamente, levando-se em consideração a cobertura midiática do caso e o ativismo judicial, presente na realidade do Judiciário hoje.

Nesse contexto, apesar das ferrenhas críticas sofridas pelo Presidente da República, a sua decisão foi tomada de maneira acertada, em consonância as previsões legais em termos de direito extradicional e, ainda, em respeito ao tratado celebrado pelos Estados envolvidos na extradição número 1.085. Em que pese ter promovido indisposições nas relações internacionais entre o Brasil e a Itália, certamente, o desfecho do caso Battisti evitou a consagração de uma vingança histórica, completamente avessa ao Estado Democrático de direito vigente no país e inconcebível pelo Direito Penal da atualidade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Revista Atualidades Jurídicas,** Brasília, n. 4, jan/fev 2009. Disponível em: < http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> Acesso em: 20 out. 2013.

BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira. **Refúgio no Brasil:** a proteção brasileira aos refugiados e os seus impactos nas Américas. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2004.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Coord.). **O Brasil e os novos desafios do direito internacional.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

BRASIL, Advocacia Geral da União. **Parecer número AG-17/2010**. Disponível em <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=152830&id_site=3 >. Acesso em: 27 out. 2013.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição Federal. In: ANGHER, Anne Joyce. **Vade mecum universitário de direito RIDEEL.** 8. ed. São Paulo: RIDEEL, 2012. p. 21-90.

BRASIL. Decreto nº 55.929, de 19 de abril de 1965. Promulga a Convenção sobre Asilo Territorial. **Diário Oficial da União,** Brasília, 20 de abril de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D55929.htm>. Acesso em: 24 ago. 2013.

BRASIL, Decreto nº 863, de 9 de julho de 1993. Promulga o Tratado de Extradição, entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, de 17 de outubro de 1989. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 jul. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0863.htm>

BRASIL. Estatuto do Estrangeiro (1980). Estatuto do Estrangeiro. In: ANGHER, Anne Joyce. **Vade mecum universitário de direito RIDEEL.** 8. ed. São Paulo: RIDEEL, 2012. p. 1787-1793.

BRASIL. Estatuto dos Refugiados (1997). **Estatuto dos Refugiados**. Brasília: Senado, 1997.

CAHALI, Yussef Said Cahali. **Estatuto do Estrangeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. **Código penal comentado.** São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CARNEIRO, Camila Tagliani. **A extradição no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2002.

CASIMIRO, García Barroso. **El procedimento de extradición.** Madrid: Editorial Colex, 1996.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **A extradição no alvorecer do século XXI**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: parte geral**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2012.

FABRIS, Mariarosaria. **Revista USP,** São Paulo, n. 26, jun/ago 1995. Disponível em: < http://www.usp.br/revistausp/26/13-mariarosaria-100.pdf>. Acesso em: 20 out. 2013.

FRAGA, Mirtô. **O novo Estatuto do Estrangeiro comentado**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985.

LISBOA, Carolina Cardoso Guimarães Lisboa. **A relação extradicional no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LUNGARZO, Carlos A.. **Os cenários ocultos do caso Battisti**. São Paulo: Geração, 2012.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais,** Belo Horizonte, n. 2, jun 2009. Disponível em: < http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/559.pdf> Acesso em: 10 out. 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais,** Curitiba, vol. 1, n. 14, fev 2001. Disponível em: <

http://apps.unibrasil.com.br/Revista/index.php/direito/article/viewFile/449/370>. Acesso em: 20 ago. 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2010.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado.** São Paulo: Editorial Juspodivm, 2013.

PRADO, Luiz Regis Prado. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

ROGUET, Patrícia. **Direitos e deveres dos refugiados na Lei 9.474/97**. 2009. 183f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo. Disponível em <http http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp107618.pdf>. Acesso em: 10 set. 2013.

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. **A extradição no direito internacional e no direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Carlos Augusto Canedo Gonçalves da. **Crimes políticos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SILVA, Gustavo Pamplona. **Terrorismo, crimes políticos e extradição**: nos passos de Hannah Arendt. 2009. 173f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito Público, Belo Horizonte. Disponível em <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SilvaGP_1.pdf>. Acesso em: 05 set. 2013.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

SOARES, Carina de Oliveira. **O direito internacional dos refugiados e o ordenamento jurídico brasileiro:** análise da efetividade da proteção nacional. 2013. 228f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Alagoas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Maceió. Disponível em < http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/O_direito_internacional_dos_refugiados.pdf?view=1> . Acesso em: 05 set. 2013.

SOUZA, Fabrício Toledo de. **O caso Battisti**: relação entre mídia e justiça. 2011. 144f. Dissertação (Mestrado em Comunicação e Cultura) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Comunicação. Disponível em <http://www.pos.eco.ufrj.br/pubicacoes/mestrado/dissertacoes_2011.html#5>. Acesso em: 20 set. 2013.

SOARES, Carlos Henrique; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. **Manual elementar de processo Civil.** Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

VALLADÃO, Haroldo. **Direito Internacional privado**. Editora Freitas Bastos, 1901, Rio de Janeiro, v. 3.