sociedade brasileira de direito público

sbdp

Rafael Cunha Procópio

COMPETÊNCIA PARA EXTRADITAR: A quem cabe a decisão final? Um embate entre Poder Executivo e Poder Judiciário.

Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, sob a orientação do Professor Ivan de Franco

SÃO PAULO

2013

Resumo: A monografia tem como escopo esclarecer qual o entendimento do STF sobre a competência para extraditar. Nosso ordenamento jurídico é silente quanto a essa competência e o Caso Battisti levantou a questão de quem decidiria, ao final do processo, se a entrega seria efetivada, ou não: o STF ou o Presidente da República. Para a resolução dessa questão pontuei quais os limites da atuação de cada um destes dois entes envolvidos no processo extradicional traçados no acórdão. Após a obtenção da resposta da Corte neste caso, analisei se o entendimento foi mantido pelo Tribunal ao decidir cinquenta e um outros processos de extradição posteriores ou se foi abandonado, afastado ou rejeitado por ele. Para além da análise sobre a coerência decisória do Supremo, e consequentemente do exame sobre a competência para extraditar, foi possível identificar as principais características do processo extradicional no STF.

Acórdãos citados: Ext 1085/REPÚBLICA ITALIANA; Ext-PET-AV 1085/REPÚBLICA ITALIANA; Rcl 11243/REPÚBLICA ITALIANA; Ext 1125/CONFEDERAÇÃO HELVÉTICA; Ext 1121/ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA; Ext 1146 ED/REPÚBLICA FRANCESA; Ext 1178/REPÚBLICA ORIENTAL DO URUGUAI; Ext 1183/REPÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA; Ext 1131/REPÚBLICA ORIENTAL DO URUGUAI; Ext 1173/ROMÊNIA; Ext 1168/REPÚBLICA ITALIANA; Ext 1182/REPÚBLICA PORTUGUESA; Ext 1197/REPÚBLICA ITALIANA; Ext 1203/REPÚBLICA DA HUNGRIA; Ext 1187/REPÚBLICA DA HUNGRIA; Ext 1216/ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA; Ext 1151/ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA; Ext 1162/REPÚBLICA ITALIANA; Ext 1195/REPÚBLICA DA FINLÂNDIA; Ext 1166/; Ext 1196/REINO DA ESPANHA; Ext 1226/REINO DA ESPANHA; Ext 1133/REPÚBLICA DA ARGENTINA; Ext 1212/ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA; Ext 1233/REPÚBLICA PORTUGUESA; Ext 1184/RJ – RIO DE JANEIRO; Ext 1202 ED/REPÚBLICA ITALIANA; Ext 1234/REPÚBLICA ITALIANA; Ext 1188/ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA; Ext 1165/REINO DA ESPANHA; Ext 1175/REPÚBLICA ARGENTINA; Ext 1221/REPÚBLICA ITALIANA; Ext 1259/DF – DISTRITO FEDERAL; Ext 1277/DF – DISTRITO FEDERAL; Ext 1250/REPÚBLICA ARGENTINA; Ext 1278/DF – DISTRITO FEDERAL; Ext 1235/REPÚBLICA DO PERU; Ext 1274/DF – DISTRITO FEDERAL; Ext 1250

ED/REPÚBLICA ARGENTINA; Ext 1232/REINO ESPANHA; Ext 1286/ DF – DISTRITO FEDERAL; Ext 1064 extensão-terceiro/REPÚBLICA PORTUGUESA; Ext 1139 Extn/REPÚBLICA PORTUGUESA; Ext 1292/ DF – DISTRITO FEDERAL; Ext 1215 QO/REPÚBLICA ARGENTINA; Ext 1251/REPÚBLICA FRANCESA; Ext 1293/ DF – DISTRITO FEDERAL; Ext 1300/ DF – DISTRITO FEDERAL; Ext 1222/GER – REBÚBLICA FEDERAL DA ALEMANHA; Ext 1261/DF – DISTRITO FEDERAL; Ext 1299/DF – DISTRITO FEDERAL; Ext 1315/DF – DISTRITO FEDERAL; Ext 1308/DF – DISTRITO FEDERAL; Ext 1247/POR – REPÚBLICA PORTUGUESA.

Palavras-chave: Extradição; competência para extraditar; limites da análise do pedido; Caso Battisti; Supremo Tribunal Federal; Presidente da República.

Agradecimentos

Dedico esta pesquisa a todos aqueles que estiveram ao meu lado durante todo o processo de sua criação.

Em especial ao meu amigo EF e orientador Ivan de Franco. Obrigado por todos os conselhos, críticas, sugestões de material, estilo redacional e, mais importante, pela imensa dedicação com que acompanhou o desenvolvimento deste projeto.

À toda a equipe da Sbdp – diretoria; coordenadoras e professores da Escola de Formação e dos cursos de constitucional e metodologia – por me proporcionarem uma nova visão do Direito, impedindo que o comodismo dominasse, e por permitirem que essa pesquisa fosse realizada e concluída.

Os agradecimentos vão também à Professora Marina Feferbaum e ao Professor Ivan de Franco, que compuseram a banca de discussão desta monografia, e enriqueceram minha pesquisa com comentários e sugestões sobre o trabalho.

Aos colegas da Escola de Formação 2013 pelos debates, pelos momentos de descontração e por compartilharem experiências.

Aos meus amigos, espalhados em não um, mas dois Estados, pelo apoio e por permitirem esporádicas fugas desse vórtex que é a realização e conclusão da pesquisa. Um agradecimento especial aos meus amigos "maçons" Theófilo, Eduardo Augusto, Carlos, Marco Antônio, Alba, Beatriz, Kriss, Priscila e André; e ao Uiatan.

Por fim e mais importante, à minha família, em especial aos meus pais Lucas e Elizeth e às minhas irmãs Júlia e Luísa, por todo o apoio necessário não só nos momentos de descontração, mas também naqueles mais críticos.

Lista de abreviaturas

AGU: Advocacia Geral da União.

CF: Constituição Federal.

CONARE: Comitê Nacional para os Refugiados.

EE: Estatuto do Estrangeiro.

Ext: Extradição.

Ext-Extn: Extensão em Processo de Extradição.

Ext-ED: Embargos de Declaração em Processo de Extradição.

Ext. PET-AV: Petição Avulsa no Pedido de Extradição.

Ext-QO: Questão de Ordem em Extradição.

HC: Habeas Corpus.

Rcl: Reclamação.

PGR: Procurador Geral da República.

RHC: Recurso em Habeas Corpus.

RISTF: Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

STF: Supremo Tribunal Federal.

Sumário

Agradecimentos 4

Lista de abreviaturas 5

I. INTRODUÇÃO 8

1. Da importância da pesquisa e justificativa 8

2. Objetivos da pesquisa 13

3. Perguntas e hipóteses 14

II. CAPÍTULO METODOLÓGICO 18

1. Universo de pesquisa 18

2. Da seleção do universo de acórdãos 19

2.1. Da primeira seleção do universo de acórdãos 19

2.2. Da segunda e final seleção do universo de acórdãos 20

3. Universo final 26

4. Técnicas e instrumentos de análise 26

III. O CASO BATTISTI 29

1. A Ext.1.085 29

1.1. O caso 29

1.2. O processo extradicional no Direito Brasileiro e a atuação do Presidente da República na terceira fase 32

1.3. Os efeitos da decisão do STF 35

1.4. Vinculação do Presidente da República à decisão do STF ou discricionariedade do ato presidencial? 36

1.4.1. As correntes formadas 36

1.4.2. Os argumentos 38

1.4.3. A decisão da Corte 43

1.5. O que ficou estabelecido na Ext. 1.085 sobre o tema da atuação do STF e da competência para extraditar 44

2. A Rcl. 11.243 e a Ext. 1.085 PET-AV 45

2.1. Os casos 45

2.2. As correntes formadas 49

2.2.1. A corrente minoritária 50

2.2.2. A corrente majoritária 57

2.2.2.1. A mudança de posicionamento do Ministro Ricardo Lewandowski 61

2.3. A decisão da Corte 65
IV. AS DECISÕES POSTERIORES AO CASO BATTISTI 66
1. Aspectos gerais dos acórdãos 66
2. Atuação do Supremo Tribunal Federal 69
2.1. O Sistema belga e a contenciosidade limitada 69
2.2. A defesa do extraditando 72
2.3. A identidade da pessoa reclamada 73
2.4. A necessária instrução do pedido 75
2.5. O controle de legalidade do pedido 76
3. Atuação do Presidente da República 81
3.1. O artigo 89 e a ressalva do artigo 67 do Estatuto do Estrangeiro 83
3.2. Casos excepcionais 86
3.2.1. Casos relacionados à hipótese de risco à vida do extraditando, do art. 89, parágrafo único 87
3.2.2. Caso relacionado à hipótese de cumprimento de pena privativa de liberdade, do art. 89, caput 89
4. Outras condições impostas para extraditar 92
V. CONCLUSÃO 99
VI. ANEXOS 107
1. Modelo de ficha-resumo utilizado 107

I. INTRODUÇÃO

1. Da importância da pesquisa e justificativa

A ideia deste trabalho veio de uma conjunção de interesses pessoais meus e da importância deste assunto.

O tema da extradição afeta não apenas o campo do Direito, mas também a relação internacional entre países e a política interna. Da mesma forma que é afetada por elas.

Após o processo de extradição do italiano Cesare Battisti, que teve um grande apelo midiático, pudemos perceber o quão complicado pode ser um processo de extradição. Este tipo de processo envolve muitas questões, tais como a da responsabilidade internacional do Brasil em face de tratados de extradição, que podem ser suscitadas e que podem acarretar consequências graves, como um possível atrito entre países e contendas judiciais internacionais[1].

A Ext. 1.085, também conhecida como *Caso Battisti*, é considerada uma decisão importante e paradigmática no campo da extradição. O Caso foi analisado de forma muito minuciosa pelo Supremo Tribunal Federal, que tratou de vários temas polêmicos, como a extensão do seu poder de análise do pedido de extradição; os limites da concessão de refúgio ao extraditando; a conceituação e configuração de crimes políticos; e a questão de a quem cabe a competência para extraditar – o tema que será trabalhado na presente monografia. Tornou-se um caso relevante também pelo fato de, supostamente, ter mudado a jurisprudência da Corte sobre vários desses assuntos.

Interessante é a leitura de duas monografias da Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público (Sbdp) que tratam de dois tópicos amplamente debatidos pelos ministros no Caso Battisti. Falo da monografia

[1] O governo italiano afirmou que levaria o caso à Corte Internacional de Haia, mas ainda não o fez. Fonte: < http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/06/governo-italiano-diz-que-levara-caso-battisti-ao-tribunal-de-haia.html>.

de Ivan Candido da Silva de Franco[2], que trabalha a conceituação de crime político, e da monografia de João Paulo Pais de Julio[3], que tratou da concessão de refúgio a extraditando.

Casos como esse de Cesare Battisti, todavia, não trazem apenas debates jurídicos. Eles também nos levam a questionar, num primeiro momento, como se dão as relações entre os países e qual o papel da extradição. Afinal, ela depende de tratado firmado entre os países, que estabelece as condições de extradição, ou ao menos de um sólido acordo de reciprocidade entre os Estados requerente e requerido.

Todavia, não existem somente relações interestatais no processo de extradição e com certeza não são as únicas relações relevantes do processo. De suma importância também são as relações intraestatais, que podem afetar diretamente o andamento do processo extradicional, bem como suas consequências. Exemplo emblemático é o Caso Battisti. Dependendo de quem tem a competência de extraditar, o desfecho do caso variaria entre entregar Cesare Battisti ao Governo italiano ou manter o nacional italiano em território brasileiro (como de fato aconteceu devido à decisão do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva do dia 31.12.2010).

Algumas questões poderiam vir à cabeça: como os órgãos que participam desse processo interagem entre si? Qual a importância de determinar o papel de cada um desses órgãos? Como as funções são divididas? Qual a razão dessa divisão funcional? Essas perguntas permeiam a mente daqueles que se interessam pelo tema.

Antes de analisar as relações interestatais relacionadas com a extradição, creio ser de fundamental importância compreender a dinâmica interna do processo extradicional. Afinal, uma organização institucional que transmita simultaneamente a ideia de cooperação penal internacional de um lado e, de outro, a segurança jurídica de uma justa análise dos pedidos de extradição formulados é essencial à harmonia das relações internacionais

---

[2] DE FRANCO, Ivan. "A conceituação de crime político no STF na nova Ordem Constitucional: mudanças de entendimento nos Casos Battisti e Lei de Anistia?". Monografia da Escola de Formação da SBDP de 2010. Disponível em < http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=168 >.

[3] DE JULIO, João Paulo. "As conseqüências do refúgio no processo de extradição: um paralelo entre o Caso Battisti e o Caso Medina". Monografia da Escola de Formação da SBDP de 2009. Disponível em < http://www.sbdp.org.br/ver_monografia.php?idMono=156 >.

entre o Brasil e outros países com quem tenha relações contratuais ou acordos de reciprocidade em matéria de extradição.

Em suma, o que um país espera do Brasil quando lhe pede para extraditar? Como espera que o Governo brasileiro reaja ao pedido? Que órgãos nacionais esse Estado espera que estejam envolvidos no processo? E a mais importante questão: de quem o Governo estrangeiro espera uma resposta ao seu pedido, já que o pedido de extradição passa por dois Poderes no Brasil? Do Poder Judiciário – Supremo Tribunal Federal – ou do Poder Executivo – Presidente da República?

É perigoso simplificar demais a extradição. Não se trata apenas de intentar, a qualquer custo, a entrega de indivíduo que se encontra em território brasileiro. Os tratados e acordos de reciprocidade têm efeitos idênticos para as partes acordantes. De nada adianta exigir uma determinada postura do Governo brasileiro se o(s) outro(s) país(es) adota(m) postura diversa quando o Brasil requisita a extradição de alguém. Daí a necessidade de se ter uma segura estrutura nacional de processamento dos pedidos de extradição que garanta a justiça para as três pessoas de direito envolvidas no processo, o extraditando, o Estado requerente e o Estado requerido.

Para além desses questionamentos, tal enfoque sobre o processo de extradição é de suma importância para que possamos entender quando se dá o seu fim; se quando o STF dá o seu veredicto ou quando o Presidente da República decide se manterá a decisão do STF ou não[4]. Tal aspecto é fundamental, pois é assim que se determina a partir de que data começa a contar o prazo para a retirada, pelo país requerente, do extraditando do território brasileiro, por exemplo.

Outra nuance ainda mais importante da questão é a relação entre os Poderes participantes do processo extradicional. Estudar como se relacionam entre si é fundamental para jogar luz à questão de quem tem a competência de determinar a extradição ao final do processo. A forma como

[4] Logo adiante veremos que o Presidente só poderia discordar da decisão do STF naqueles casos em que o Tribunal decide por extraditar o indivíduo. Se o STF decide não extraditar, o Presidente deve acatar a decisão e não poderá contrariá-la.

o Poder Judiciário atua no processo extradicional afeta diretamente a atuação do Poder Executivo e vice-versa.

Baseando-se em pesquisas realizadas no site do STF, pode-se pensar que a temática da competência para extraditar já é jurisprudência consolidada na Suprema Corte. Todavia, questiona-se como um entendimento que parecia estar consolidado causou tanto debate entre os ministros ao longo do Caso Battisti[5], gerando entendimentos diversos e discussões sobre a amplitude da atuação do Tribunal – se restrita ao exame de legalidade e admissibilidade do pedido extradicional na segunda fase do processo ou se ela se estenderia à terceira fase também –, bem como do Presidente da República.

O Caso Battisti teve grande relevância para o tema da competência para extraditar, pois, ao que parece, pela primeira vez a questão foi debatida tão a fundo pela Corte. Após longos debates na Ext. 1.085, o Plenário decidiu que, se a extradição fosse autorizada pelo STF, competiria ao Presidente da República decidir se procederia ou não à extradição, devendo pautar seu ato e justificar sua decisão com base no Tratado de extradição firmado entre o Governo Brasileiro e o Governo da Itália[6].

Em 2011, o STF julgou a Rcl. 11.243, cujo reclamante era o Governo da Itália. Nesta Reclamação, pediu-se que o Supremo obrigasse o Presidente da República a cumprir a decisão proferida na Ext. 1.085. Todavia, a Corte entendeu que a decisão do Presidente é ato de soberania, portanto insindicável pelo Supremo. O Judiciário não poderia analisar se a

---

[5] Nesta pesquisa, quando colocar a expressão ***Caso Battisti*** estou me referindo não apenas à STF: Ext. 1.085, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 16.12.2009 (comumente conhecida como o Caso Battisti), mas também à STF: Rcl. 11.243, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.06.2011 e à STF: Ext. 1.085 PET-AV, Rel. Min Gilmar Mendes, j. 08.06.2011.

[6] Vide o número 8 da ementa 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 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". STF: Ext. 1.085, Rel. Min. Cesar Peluzo, j. 16/12/2009, p. 3.

interpretação dada pelo Presidente ao conteúdo do Tratado era adequada ou não[7].

Mas, ainda que exista essa aparente solidez no entendimento da Corte, creio que uma análise mais aprofundada das decisões envolvendo o Caso Battisti (Ext. 1.085; Rcl. 11.243; e Ext-PET-AV. 1.085) e das decisões posteriores que tratem do tema poderão revelar uma falsa expectativa. Ou seja, acredito que, na realidade, a solidez do novo entendimento é apenas aparente.

Sabe-se que o entendimento da Corte foi obtido por uma votação apertada: quatro ministros votaram pela obrigatoriedade da entrega; outros quatro pela discricionariedade do ato do Presidente; e o Min. Eros Grau votou pela vinculação do Presidente da República ao Tratado de extradição.

O polêmico "voto médio" do Min. Eros Grau definiu a maioria e, por consequência, o "entendimento da Corte" pela competência do Presidente da República para extraditar, estando, porém, vinculado ao disposto no Tratado.

A falta de clareza da decisão do Tribunal na Ext. 1.085 foi tamanha que a própria dúvida que surgiu entre os ministros acabou dando um impulso ao Governo italiano questionar qual o real entendimento da Corte sobre o assunto (questionamento que visava a efeitos práticos, ou seja, à efetiva extradição de Cesare Battisti).

---

[7] Vide a parte da ementa que trata do assunto: "NEGATIVA, PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA, DE ENTREGA DO EXTRADITANDO AO PAÍS REQUERENTE. FUNDAMENTO EM CLÁUSULA DO TRATADO QUE PERMITE A RECUSA À EXTRADIÇÃO POR CRIMES POLÍTICOS. DECISÃO PRÉVIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONFERINDO AO PRESIDENTE DA REPÚBLICA A PRERROGATIVA DE DECIDIR PELA REMESSA DO EXTRADITANDO, OBSERVADOS OS TERMOS DO TRATADO, MEDIANTE ATO VINCULADO. PRELIMINAR DE NÃO CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO ANTE A INSINDICABILIDADE DO ATO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. PROCEDÊNCIA. ATO DE SOBERANIA NACIONAL, EXERCIDA, NO PLANO INTERNACIONAL, PELO CHEFE DE ESTADO. (...) PAPEL DO PRETÓRIO EXCELSO NO PROCESSO DE EXTRADIÇÃO. SISTEMA "BELGA" OU DA "CONTENCIOSIDADE LIMITADA". LIMITAÇÃO COGNITIVA NO PROCESSO DE EXTRADIÇÃO. ANÁLISE RESTRITA APENAS AOS ELEMENTOS FORMAIS. DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE SOMENTE VINCULA O PRESIDENTE DA REPÚBLICA EM CASO DE INDEFERIMENTO DA EXTRADIÇÃO. AUSÊNCIA DE EXECUTORIEDADE DE EVENTUAL DECISÃO QUE IMPONHA AO CHEFE DE ESTADO O DEVER DE EXTRADITAR. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES (ART. 2º CRFB). EXTRADIÇÃO COMO ATO DE SOBERANIA. IDENTIFICAÇÃO DO CRIME COMO POLÍTICO TRADUZIDA EM ATO IGUALMENTE POLÍTICO". STF: Rcl. 11.243, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.06,2011, pp. 1-2.

2. Objetivos da pesquisa

Com esta pesquisa pretendi compreender qual a interpretação do STF acerca da competência para extraditar. E, como foi dito, para obtermos resposta mais acertada sobre a competência para extraditar, é importante entender como os Poderes Judiciário e Executivo se relacionam no processo extradicional. Distinguir os papeis desempenhados por cada um dos dois Poderes é condição mínima para respondermos a questão de quem tem a competência para extraditar. Por esse motivo a pesquisa não ficará restrita a apenas responder quem dá a palavra final. Farei análise mais completa de como o Supremo Tribunal Federal e o Presidente da República atuam no processo de extradição. Em que momento processual atuam, como atuam, quais os limites de suas intervenções no processo. Essas questões devem ser respondidas para que seja possível responder à questão diretriz do presente trabalho[8].

Tomei como ponto de partida os três acórdãos componentes do Caso Battisti, pois, como dito, parece que este foi o primeiro caso em que a Corte discutiu a questão mais a fundo. Portanto, neste trabalho analisarei apenas aqueles casos posteriores a 16.12.2009 – data de julgamento da Ext. 1.085, Caso Battisti[9].

Após análise dos argumentos levantados pelos Ministros quanto ao papel desempenhado pelo STF no processo de extradição e quanto à competência para extraditar nos acórdãos do Caso Battisti, passarei à análise de outros cinquenta e um acórdãos de forma a verificar se o Caso Battisti teve alguma influência sobre a forma com que o Supremo trabalhou a questão da competência para extraditar ou se ele é um caso isolado na jurisprudência do Tribunal, seja por tratar da competência para extraditar de forma diversa daquela tratada em outros acórdãos, seja por ter sido o único grupo de decisões em que o tema foi debatido.

Se, por um lado, aparentemente a Corte tem um entendimento sólido sobre o tema, por outro, alguns Ministros parecem não concordar com este

---

[8] Ver **subcapítulo I.3. Perguntas e hipóteses**.
[9] Ver **subcapítulos II.1** a **II.3**

entendimento e, por vezes, tentam aplicar seu peculiar entendimento no lugar daquele exarado pela Corte. O principal exemplo é o do Ministro Gilmar Mendes, que parece não concordar com o posicionamento assumido pela Corte – em especial nos três acórdãos do Caso Battisti.

Acredito que, se analisada mais profundamente, a jurisprudência do STF sobre o assunto pode não ser tão consolidada quanto parece. É o que pretendo verificar com a análise de decisões posteriores ao julgamento da Ext. 1.085[10].

E, caso seja constatado que o entendimento da Ext. 1.085, da Rcl. 11.243 e da Ext. 1.085 PET-AV foi mantido pela Corte, ainda assim a pesquisa não perde seu propósito, vez que entender a interpretação do Supremo relativa à competência para extraditar jogará luz sobre como funciona esse jogo de poderes entre esses dois órgãos atuantes do processo extradicional, que afeta as políticas internas e externas do Brasil.

3. Perguntas e hipóteses

Passo a expor as perguntas que guiaram essa pesquisa e que efetivamente busquei responder a partir das informações colhidas do material de análise. Cabe destacar, ainda, que algumas perguntas só surgiram depois da leitura de parte do material. Por outro lado, outras questões que, no momento de planejamento dos limites da pesquisa, imaginei serem importantes mostraram-se irrelevantes ou inoportunas, pois não guardavam relação com a forma como o tema é de fato tratado pelo Supremo.

A pergunta diretriz do trabalho é: "Segundo, o STF quem tem a competência para extraditar?". E, pelo que extrai das ementas da Ext. 1.085 e da Rcl. 11.243, o STF entendeu que a competência para extraditar é do Presidente da República e, caso o STF tomasse para si tal competência, estaria violando a separação de poderes.

[10] A pertinência dos acórdãos foi determinada por uma série de buscas que realizei no site do STF. Vide capítulo **II. Capítulo metodológico**.

Mas, para que essa pergunta seja respondida de forma completa, acredito que devemos fazer perguntas específicas sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal e do Presidente da República no processo de extradição.

Em primeiro lugar, é essencial que saibamos se existe uma regra legal que determine de quem é a competência para extraditar. A primeira questão que coloco é: algum diploma normativo brasileiro ou internacional define de quem é a competência? Se sim, qual? Se não, como os ministros determinam de quem é a competência?

De forma explícita, não achei nenhum diploma normativo que trouxesse a definição dessa competência. Nem a Constituição Federal, nem o Estatuto do Estrangeiro, tampouco o Regimento Interno do STF. Acho que a omissão é mais uma falha do legislador. Por exemplo, nossa Constituição é muito detalhista ao tratar de vários assuntos, mas, o mais próximo que chega ao tratar dessa competência em específico é ao trazer a atribuição dada ao Presidente da República de representar o Brasil no âmbito internacional (art. 84, VII, da CF). Pela falta de definição legal do tema, acredito que os Ministros resolveriam a questão por análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro e utilizando-se de regras e princípios do direito internacional também.

Devido a essa omissão legislativa, passei a questionar como atuavam o STF e o Presidente da República no processo de extradição. A minha hipótese era de que, ao analisar os limites dos atos desses dois órgãos, eu poderia compreender melhor quais os limites da atuação de cada órgão e como o STF decidiu sobre a competência para extraditar.

Primeiramente, perguntei-me quais eram os parâmetros da atuação do Supremo. Duas perguntas pareceram-me importantes:

1. Quais os limites da análise que o STF poderá realizar no processamento do pedido de extradição? Essa atuação tem algum parâmetro legal?

A minha hipótese era de que o STF atuava de forma bastante limitada, pautando-se em dispositivos legais – a exemplo da Lei 6.815/80, o Estatuto do Estrangeiro. Creio que esta é uma forte hipótese, pois pela

leitura das ementas da Ext. 1.085 e da Rcl. 11.243 pude perceber que os ministros usam termos que demonstram essa limitação da capacidade de análise do pedido de extradição.

2. A jurisprudência do STF entende que o Tribunal deve analisar o Tratado durante o processo de extradição?

Acredito que o Tratado de extradição deve ser analisado pelo Tribunal na hora de decidir pela extradição ou não da pessoa requerida, pois, assim como as leis nacionais e internacionais, o Tratado traz disposições normativas que o Brasil comprometeu-se a cumprir.

Depois, questionei-me sobre os limites da atuação do Presidente da República no processo de extradição[11].

A primeira pergunta que veio a mente foi: segundo a jurisprudência do STF, o Presidente da República tem competência para efetivar a extradição? Essa competência do Presidente é puramente discricionária?

Pela leitura prévia das ementas da Ext. 1.085 e da Rcl. 11.243, a competência para extraditar parece ser do Presidente da República, mas acredito que a atuação do Presidente não é totalmente discricionária, a meu ver, até mesmo para garantir a proteção do extraditando. A minha hipótese é de que o Presidente deve ater-se a determinadas balizas para decidir se extraditará ou não. Para mim, o que não pode existir é arbitrariedade de qualquer dos dois Poderes.

Após pensar na atuação de cada um dos dois Poderes em separado, mais um conjunto de perguntas surgiu: Se o STF está em uma das três fases do processo de extradição e ele deve decidir se se extradita ou não; porque caberia ao Presidente dar a palavra final? Afinal, corre-se o risco dele contrariar o veredicto do STF. Assim sendo, de que serviria a decisão

[11] Cabe ressaltar que as perguntas relacionadas à atuação do Presidente restringem-se aos casos em que o STF decide por extraditar, pois nestes casos o Presidente poderia, segundo entendimento da Corte no Caso Battisti, contrariar a decisão da Corte e não entregar o extraditando. Nas situações em que o STF decide por não extraditar, o Presidente não tem outra opção que não a de acatar a decisão e manter o extraditando no país. Ou seja, o debate sobre a competência restringe-se àqueles casos em que o STF dá uma resposta positiva à extradição. Naqueles casos em que o STF decide por não extraditar, não há discussão; o Presidente deve simplesmente acatar a decisão do STF e está proibido de entregar o extraditando ao país requerente. Sobre o entendimento da Corte quanto aos limites da discricionariedade do Presidente da República vide o **capítulo III. O CASO BATTISTI**.

do STF, se a competência para decidir, ao final, parece não ser dele? Sua decisão seria uma mera "opinião da Corte" que não vincula o Presidente da República?

A minha hipótese era de que parecia ser incoerente movimentar o Judiciário para proferir um resultado que poderia ser desconsiderado de pleno direito pelo Presidente da República, afinal, o STF não dá pareceres. Acreditava que essas perguntas poderiam indicar uma fraca argumentação dos ministros que defendiam que a competência para extraditar era do Presidente da República.

Por fim, achei importante questionar quais os reflexos que o Caso Battisti teve nos demais casos de extradição que foram julgados pelo STF, se é que ele surtiu reflexo nas extradições posteriores. A pergunta que fiz foi: o Caso Battisti foi replicado nos processos de extradição posteriores? O entendimento obtido pela Corte no Caso Battisti sobre a competência para extraditar foi mantido nas extradições subsequentes?

A minha hipótese era de que o Caso Battisti teria sido replicado nos casos posteriores e que a interpretação lá obtida foi mantida pela Corte – entendida aqui como órgão –, mas que poderia ter sido desrespeitada por alguns ministros ao votarem em processos de extradição. Mas a minha ressalva era de que nos demais casos o tema não seria debatido de forma tão aprofundada, pois acreditava que o Caso Battisti havia pacificado a jurisprudência do tribunal quanto à competência para extraditar.

II. CAPÍTULO METODOLÓGICO

1. Universo de pesquisa

O material-base dessa monografia é um conjunto de decisões do STF obtidas no sítio eletrônico do Tribunal[12], sendo esta a única restrição espacial do universo analisado.

Por outro lado, minha pesquisa não impôs qualquer restrição espaço-geográfica. Todos os países que tiveram processos de extradição pertinentes ao tema julgados pelo STF entre os dias 16.12.2009 e 05.11.2013 foram levados em consideração e analisados na presente pesquisa.

A pertinência dos casos foi determinada preliminarmente pelas chaves de busca utilizadas no motor de pesquisa do *site* do STF. Após a leitura do material, apenas quatro acórdãos mostraram-se irrelevantes para a pesquisa, pois tratavam de matéria não abrangida por essa monografia. Os demais acórdãos foram fundamentais para as conclusões aqui obtidas.

A data inicial foi escolhida objetivamente, pois a pretensão era analisar o entendimento do Supremo sobre a competência para extraditar a partir do Caso Battisti.

Em um primeiro momento poderia parecer que a escolha mais lógica para a limitação temporal fosse a Rcl. 11.243. Todavia, os debates sobre a competência para extraditar surgiram já no julgamento da Ext. 1.085. E a própria dúvida que surgiu entre os ministros lá acabou dando impulso para que o Governo italiano questionasse qual o real entendimento da Corte sobre o assunto (questionamento que visava a efeitos práticos, ou seja, à efetiva extradição de Cesare Battisti).

Assim sendo, o marco inicial da minha pesquisa é 16.12.2009, a data de julgamento da Ext. 1.085, e não 08.06.2011, data de julgamento da Rcl. 11.243 e da Ext. 1.085 PET-AV.

---

[12] No sítio eletrônico do STF < www.stf.jus.br >, "Jurisprudência" > "Pesquisa" <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>.

Outro motivo para a escolha da data de julgamento da Ext. 1.085 foi o curto fôlego da pesquisa, impossibilitando a análise dos acórdãos anteriores ao Caso Battisti que tratavam do tema[13].

2. Da seleção do universo de acórdãos

2.1. Da primeira seleção do universo de acórdãos

Em um primeiro momento, fiz um total de catorze buscas no site do STF. As expressões de busca utilizadas nessa primeira etapa de seleção de acórdãos também foram utilizadas no segundo processo de seleção – que está descrito logo a baixo, no ***item II.2.2***.

A principal diferença entre essa primeira seleção de acórdãos e a nova é o fator recorte temporal. Na primeira, eu não havia realizado qualquer recorte, tendo obtido um universo muito extenso, composto por acórdãos anteriores e posteriores à Ext. 1.085, com o qual não conseguiria trabalhar dentro do período de entrega da monografia.

A extensão desse universo inicial é que me levou a alterar a metodologia, possibilitando uma redução do mesmo sem que, todavia, a pesquisa perdesse o seu mérito. Para tal, tomei como paradigma o Caso Battisti (iniciado com a Ext. 1.085). Julguei pertinente estabelecer sua data de julgamento (16.12.2009) como a data inicial do meu recorte devido à sua importância. E foi assim que fiz uma nova seleção do universo de acórdãos a serem analisados, que descrevo logo a seguir.

---

[13] O recorte temporal acima referido não impede que possível pesquisa mais abrangente, que analise as decisões anteriores ao Caso Battisti, seja realizada. Pretendo, em pesquisa posterior, verificar se a hipótese comumente difundida de que o Caso Battisti (Ext. 1.085, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 16.12.2009) alterou a jurisprudência do STF é verdadeira. Para tal, analisarei os acórdãos obtidos com as chaves de busca abaixo relacionadas e que sejam anteriores ao Caso Battisti. Assim, poderei constatar se houve, de fato, uma mudança de entendimento da Corte ou se esta foi mantida.

2.2. Da segunda e final seleção do universo de acórdãos

No dia 23 de Agosto de 2013 fiz as primeiras pesquisas, com o marco temporal inicial delimitado, no motor de pesquisa do site do STF.

Após a leitura da íntegra da Rcl. 11.243 e de parte da Ext. 1.085, percebi que os termos de busca anteriormente utilizados não abrangeriam o universo pertinente ao tema. Assim, em 12 de Setembro de 2013, procedi a novas buscas, utilizando, desta vez, não apenas as catorze chaves anteriores, mas também outros dezesseis termos.

Por fim, no dia 05 de Novembro de 2013, refiz todas as pesquisas de modo a atualizar o rol final de acórdãos.

Portanto, essa pesquisa tem como material-base todos os acórdãos pertinentes encontrados no sítio eletrônico do Supremo entre as datas 16.12.2009 e 05.11.2013.

Para que eu pudesse conseguir um universo real tive que conjugar os resultados de uma série de buscas realizadas no *site* do STF. Assim, pude obter universo mais completo e que representasse a totalidade de acórdãos pertinentes ao tema que pretendia trabalhar, atendendo às limitações espaço-temporais que relatei no **subcapítulo II.1**.

Dividi os termos de busca em dois grandes grupos. O primeiro grupo de termos de pesquisa está relacionado à atuação do STF e à profundidade da análise que realizará ao julgar um processo de extradição. O outro grupo relaciona-se à atuação do Presidente da República após a decisão do Supremo.

O estudo dos limites da análise que poderá ser realizada pelo STF no pedido de extradição é essencial para que possamos entender a competência para extraditar. Primeiro, porque os dois temas parecem ser tratados em conjunto nos acórdãos. Segundo, porque eles guardam uma relação fundamental entre si, uma vez que o grau de análise do STF influi nas competências do Presidente da República. A depender da profundidade da análise realizada pelo Supremo, a discricionariedade do Presidente poderá ser tolhida, ou, ao menos, ter ser grau diminuído e, como consequência, o campo de atuação do Presidente da República tornar-se-ia mais restrito.

No que tange ao tema das limitações que são impostas ao STF quando julga um pedido de extradição, os Ministros geralmente usam termos como contenciosidade limitada; controle limitado, formal ou de legalidade; sistema belga ou misto; limitação cognitiva; e outras variações desses termos. A escolha de uma ou outra palavra parece variar conforme a época e o Ministro Relator.

Essas palavras são usadas como sinônimos pelo Tribunal. Pretendem expressar uma mesma ideia, qual seja, a de que o Supremo tem poderes restritos ao analisar um pedido de extradição formulado por Estado estrangeiro, limitando-se a verificar a presença, no caso, das condições e requisitos previstos na Lei e no Tratado de extradição – se o pedido for fundado em Tratado.

Em alguns acórdãos, mais de uma palavra-chave é usada. Pude constatar isso pelo fato de que alguns julgados apareceram em mais de uma busca.

Realizei, então, um total de dez (10) buscas relacionadas à atuação do Supremo Tribunal Federal no processo extradicional. Todas as dez buscas foram limitadas temporalmente. No campo *Data* do motor de busca incluí a data do julgamento da Ext. 1.085 (16/12/2009), sem, todavia, ter limitado a data final.

Utilizei as seguintes chaves de busca:

Chave de busca	**Número de acórdãos encontrados**
Extradição e contenciosidade limitada	**24**
Extradição e controle limitado	**00**
Extradição e sistema belga	**06**
Extradição e sistema misto	**01**
Extradição e controle adj2 formal	**00**

Extradição e controle adj2 legalidade	**06**
Extradição e limitação cognitiva	**02**
Extradição e cognição limitada	**02**
Extradição e cognição restrita	**00**
Extradição e cognoscibilidade restrita	**01**
TOTAL:	**42**

Foram obtidos um total de quarenta e dois (42) acórdãos com essas pesquisas, sendo que oito eram repetidos.

O **universo parcial** obtido com esse primeiro grupo de palavras chave é de **trinta e quatro (34) acórdãos**.

Como dito, para garantir a completude do universo de análise, outro grupo de palavras-chaves foi criado. Desta vez, o enfoque não foi a competência/limitação de análise do STF, mas sim a atuação do Presidente da República no processo de extradição após a decisão do STF.

Com essas buscas pretendia encontrar acórdãos que tratassem de qualquer tipo de atuação do Presidente da República no processo extradicional. Para tanto, utilizei termos de busca abrangentes como *discricionariedade*, *competência* e *soberania*, que eram, também, os termos mais utilizados pelos Ministros nos três acórdãos do Caso Battisti.

Neste grupo foram realizadas as seguintes pesquisas:

Chave de busca	Número de acórdãos encontrados
Extradição e discricionariedade	**08**
Extradição e discricionário	**05**

Extradição e ato adj2 discricionário	**01**
Extradição e poder discricionário	**03**
Extradição e discricionário e poder adj2 executivo	**03**
Extradição e poder discricionário adj4 (presidente adj2 república)	**03**
Extradição e poder discricionário adj4 (poder adj2 executivo)	**00**
Extradição e opção adj3 presidente	**02**
Extradição e competência adj3 presidente	**03**
Extradição e competência adj3 (presidente adj2 república)	**03**
Extradição e competência e poder executivo	**03**
Extradição e competência e (poder adj2 executivo)	**03**
Extradição e soberania	**07**
Extradição e ato adj2 soberania	**02**
Extradição e soberano	**02**
Extradição e ato adj2 soberano	**00**
TOTAL:	**48**

Foram obtidos quarenta e oito (48) acórdãos com essas dezesseis buscas. Alguns resultados aqui obtidos eram repetidos entre si e outros já

haviam aparecido nas pesquisas que realizei para o primeiro grupo de chaves de busca. Assim, dos 48 acórdãos encontrados, **apenas 08 eram novos**.

Para incrementar ainda mais o universo de acórdãos relacionados à atuação presidencial no processo de extradição, realizei mais quatro pesquisas utilizando o campo *Legislação* do motor de busca do site do STF. Neste campo eu selecionei o Estatuto do Estrangeiro, de 1980[14]. Logo abaixo do campo *Legislação*, coloquei o número do artigo do Estatuto que gostaria de encontrar nas decisões da Corte. Os artigos pertinentes ao tema da atuação do Presidente da República são os arts. 67; 89 e 90; todos da Lei 6.815/1980 (ou Estatuto do Estrangeiro).

Eis as chaves de busca utilizadas[15]:

Chave de busca	Número de acórdãos encontrados
EE-1980 mesmo ART-00089	**27**
EE-1980 mesmo ART-00067	**21**
EE-1980 mesmo ART-00089 e EE-1980 mesmo ART-00067	**17**
EE-1980 mesmo ART-00090	**06**
TOTAL:	**71**

Encontrei setenta e um (71) acórdãos com essas quatro buscas. Desse total, apenas **12 julgados eram novos**; sendo que todos os demais já haviam sido encontrados em ao menos uma chave de busca anterior.

[14] No campo de busca aparece a sigla "EE-1980". Estatuto do Estrangeiro é a Lei 6.815/1980.
[15] Estes são os termos que aparecem no campo *Pesquisa Livre* depois de eu colocar os dados que pretendia encontrar nos campos *Legislação* e *ART*.

Perceptível, portanto, a relação entre a atuação do Supremo Tribunal Federal e do Presidente da República no processo extradicional, uma vez que alguns acórdãos se repetem em chaves de busca dos dois grupos que criei. Isso reforça minha hipótese inicial de que os dois temas relacionam-se e são tratados conjuntamente pelos Ministros.

A minha hipótese para o fato de terem sido encontrados tão poucos novos acórdãos relacionados diretamente à discricionariedade e/ou competência do Presidente da República é pelo fato de o tema já ser abordado, ainda que apenas indiretamente, quando os Ministros discutem as limitações de análise do pedido de extradição pelo STF.

Ressalva deve ser feita quanto a cinco *Habeas Corpus* que não demonstraram ter qualquer pertinência com o tema da monografia. Destes, quatro foram encontrados com a pesquisa pelo ***art. 67 da Lei 6.815/80***[16].

Estes acórdãos mostraram-se impertinentes à minha pesquisa, pois tratavam de pedidos de *habeas corpus* – um deles era um Recurso em Habeas Corpus – impetrados contra ato de expulsão (arts. 66 e 67, da Lei 6.815/80), mas que não tinham relação com qualquer processo extradicional que tivesse tramitado ou estivesse tramitando perante o Supremo Tribunal Federal. Como esses atos de expulsão não foram realizados no âmbito do processo extradicional – foco deste trabalho – não há razão de serem analisados aqui.

O outro acórdão excluído foi o HC 102.041/SP, obtido com a busca *extradição e soberania*. O tema da extradição não é o enfoque do *Habeas Corpus*. Da mesma forma, o termo "soberania" não se refere àquele entendimento de que o ato de entrega, ou não entrega, do extraditando pelo Presidente da República é ato de soberania, mas sim à soberania de outro Estado, no sentido de que o estrangeiro não se encontra em território nacional, mas em território estrangeiro, portanto, sob a jurisdição de outro

[16] Trata-se dos seguintes julgados: STF: HC 101.269/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 03.08.2010; STF: HC 101.528/PA, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 09.12.2010; STF: HC 99.742/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 14.04.2011; STF: RHC 114.742/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 16.10.2012.

país[17]. Assim, percebe-se que este *Habeas Corpus* também não guarda pertinência com o tema desta monografia.

Assim, **vinte (20) acórdãos**, em tese, tratam exclusivamente da questão da atuação do Presidente da República no processo extradicional e se mostraram pertinentes ao escopo da pesquisa, passando a constituir o universo final estudado.

3. Universo final

O universo final é composto por **54 acórdãos**. O número final de decisões foi alcançado após um total de 30 pesquisas no site do STF com as palavras-chaves que demonstrei serem pertinentes ao tema.

4. Técnicas e instrumentos de análise

Inicialmente, criei um modelo de tabela que pensei ser adequado à análise de todos os acórdãos do meu universo final de análise. Todavia, percebi que existiam dois tipos de acórdãos – aqueles em que pretendia fazer uma análise mais extensiva e exauriente dos argumentos levantados e aqueles em que pretendia analisar de forma mais tópica, ou seja, que pretendia extrair se os ministros utilizavam ou não os argumentos levantados naquele primeiro grupo de decisões.

Planejei, então, dois modelos de fichamento para melhor extração das informações fundamentais de cada julgamento. A aplicação de um ou outro modelo variou conforme a estrutura dos acórdãos e do que eu pretendia extrair de cada um deles.

---

[17] "(...) **IMPOSSIBILIDADE DE SUA EXTRADIÇÃO** (PELO FATO DE NÃO SE ENCONTRAR EM TERRITÓRIO BRASILEIRO) (...) - A EXTRADIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL NA REPRESSÃO À CRIMINALIDADE COMUM: NECESSIDADE, PORÉM, DA PRESENÇA DO SÚDITO ESTRANGEIRO EM TERRITÓRIO BRASILEIRO, DENTRE OUTROS REQUISITOS. **PACIENTE QUE SE ENCONTRA EM TERRITÓRIO SUJEITO A OUTRA SOBERANIA ESTRANGEIRA**". STF: HC 102.041/SP, Rel. Min. Celso de Mello, j. 20.04.2010, p. 670. Grifos meus.

O primeiro modelo de fichamento foi desenvolvido tendo em mente os três acórdãos do Caso Battisti (Ext. 1.085; Rcl. 11.243; e Ext. 1.085 PET-AV). Meu objetivo, ao analisar essas decisões, era mapear os argumentos utilizados pelos ministros para fundamentarem seus votos na parte em que tratavam sobre a questão dos papeis desempenhados pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Presidente da República no processo extradicional, de forma a decidirem a quem competia a decisão final, ou seja, quem tem a competência para extraditar.

Tendo em mente que o objetivo era traçar as linhas argumentativas utilizadas pelos ministros, os fichamentos desses julgados foram mais extensivos, abrangendo diversas minúcias de cada um dos acórdãos. Ao longo dos fichamentos eu adicionava dúvidas, possíveis questões pertinentes e observações que emanavam dos casos analisados, facilitando a sistematização das informações extraídas dos acórdãos e das implicações que teriam no texto final da monografia.

O segundo modelo de fichamento, por sua vez, é mais abrangente e objetivo. Porém, faz uma análise menos profunda dos acórdãos, ou seja, esse modelo – que denominei ficha-resumo – pretende abarcar pontos específicos dos acórdãos, quais sejam: **(i)** o papel desempenhado pelo STF no processo extradicional; **(ii)** como se deu a atuação do Presidente da República nesses casos; **(iii)** se os ministros trataram da competência para extraditar; e **(iv)** se estabelecem limites à competência do Presidente da República.

Como já foi dito, a pretensão ao analisar essas decisões posteriores à Ext. 1.085 – primeiro e mais importante acórdão do Caso Battisti – era verificar se a Corte manteve, nestes novos casos, o entendimento exarado naquele Caso, tanto em relação ao papel do STF quanto sobre a atuação do Presidente e os limites impostos à atuação presidencial.

Esse modelo de ficha-resumo não impediria que eu fichasse eventuais novos argumentos levantados nesses 51 novos julgados, pois separei uma parte para que eu colocasse os trechos mais importantes dos acórdãos.

Esse modelo de ficha-resumo mostrou-se pertinente, porque, se por um lado, ela excluiria informações sobressalentes e desnecessárias ao

objeto de pesquisa, por outro, ela permitiria a extração dos dados pertinentes à minha análise.

O modelo de ficha-resumo encontra-se no **anexo VI.1** desta monografia.

III. O CASO BATTISTI

Geralmente o termo ***Caso Battisti*** é usado para referir-se à Ext. 1.085, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 16.12.2009. Todavia, nesta pesquisa, empregarei o termo como sinônimo do conjunto dos três acórdãos relacionados ao pedido de extradição do italiano Cesare Battisti – a Ext. 1.085, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 16.12.2009; a Rcl. 11.243, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.06.2011; e a Ext. 1.085 PET-AV, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.06.2011.

Na contramão, quando o termo ***Caso Battisti*** for usado como sinônimo apenas da Ext. 1.085, farei tal ressalva.

1. A Ext.1.085

1.1. O caso

Em 2007, o Governo da Itália formalizou pedido de extradição do nacional italiano Cesare Battisti ao Governo brasileiro. O pedido estava fundamentado em Tratado firmado entre os dois países em 17.10.1989 e promulgado no Brasil pelo Decreto n. 863, de 09.07.1993.

O pedido teve por objeto quatro homicídios qualificados praticados entre os anos de 1977 e 1979. O extraditando havia sido condenado por outros delitos, mas esses não compunham o objeto do pedido de extradição.

Battisti fora julgado à revelia por tribunais naturais italianos, teve – segundo o entendimento da maioria dos Ministros presentes no julgamento – direito a recursos, constituiu advogados e foi condenado definitivamente em 1993 pela Corte de Milão sendo sentenciado à pena de prisão perpétua.

Durante o processo extradicional, Battisti pediu refúgio ao Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE). Seu pedido foi negado pelo

colegiado, mas aceito pelo Ministro da Justiça, que, por via recursal, concedeu o refúgio ao italiano.

A legalidade do ato do Ministro da Justiça foi questionada pelo Tribunal em sede de questão preliminar da Extradição. Todavia, a Ministra Cármen Lúcia e os Ministros Marco Aurélio, Eros Grau e Joaquim Barbosa defendiam a tese de que o ato de concessão de refúgio deveria ser questionado por meio de Mandado de Segurança, que seria o instrumento processual correto.

O Ministro da Justiça baseou-se no art. 1º, I, da Lei 9.474/97[18] para deferir o pedido, mas a Corte entendeu que não havia correspondência entre os motivos declarados por ele e o suporte fático da hipótese legal invocada como causa autorizadora da concessão de refúgio.

Assim, o ato foi considerado nulo, pois a Corte entendeu que a norma invocada não incidia sobre os eventos históricos que fundamentaram o pedido de refúgio. O *fundado e atual temor de perseguição* não estaria configurado. Sendo ato administrativo vinculado, o Ministro da Justiça deveria decidir apenas nos limites das expressas e taxativas hipóteses legais; não haveria espaço para discricionariedade e juízo de conveniência ou oportunidade.

Votaram nesse sentido os Ministros Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres Britto e a Ministra Ellen Gracie. Ficaram vencidos nesse ponto, a Ministra Cármen Lúcia e os Ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Eros Grau.

Outra questão que foi amplamente debatida durante o julgamento foi a da natureza dos crimes cometidos por Cesare Battisti. Parte dos Ministros entenderam que os crimes eram predominantemente políticos – a Ministra Cármen Lúcia e os Ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Eros Grau.

Todavia, a tese vencedora foi a de que os quatro homicídios eram predominantemente crimes comuns graves – o Ministro Gilmar Mendes usa o termo crime hediondo. Venceram, nesse ponto, os Ministros Cezar Peluso,

---

[18] 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;

Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres Britto e a Ministra Ellen Gracie.

Cabe ressaltar que os Ministros apontaram as divergências doutrinárias quanto à definição de crime político. O Ministro Gilmar Mendes destacou a importância da construção jurisprudencial desse conceito. Disse, ainda, que as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes na situação devem ser valoradas, principalmente "o contexto histórico, político e jurídico em que praticadas as infrações".[19]

Devido ao modelo belga, ou misto, também denominado modelo de delibação ou de contenciosidade limitada, o STF só poderia se limitar à análise dos requisitos legais. Não poderia apreciar o valor das provas ou rejulgar a causa.

Na Ext. 1.085 ficou estabelecido que o papel do Supremo Tribunal Federal no processo extradicional é limitado à mera análise de legalidade do pedido e de outros requisitos e condições legais – ou firmadas em Tratado de extradição entre o país requerente e o Brasil – e decisão da admissibilidade do mesmo. O tema da atuação da Corte no processo de extradição parecia já estar sedimentado à época desse julgamento, não tendo a Extradição de Battisti mudado a jurisprudência da Corte sobre a questão.

Nos autos os Ministros analisaram questões formais como a prescrição dos delitos – que não se configurou, uma vez que o prazo começou a contar em 1993, ano em que a decisão definitiva foi proferida. A dupla tipicidade também foi verificada; o homicídio está previsto no art. 121 do Código Penal brasileiro. Como dito, a Corte entendeu que os delitos objeto do pedido eram predominantemente comuns, não havendo, portanto, o impedimento do inciso VII do art. 77, da Lei 6.815/80[20]. Também decidiram que as falhas de tradução dos documentos que instruíam o pedido do Governo italiano não afetaram o exercício de defesa do extraditando, portanto, valiam.

---

[19] STF: Ext. 1.085, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 16.12.2009, voto Min. Gilmar Mendes, p. 474.
[20] Art. 77. Não se concederá a extradição quando:
VII - o fato constituir crime político;

Outro ponto discutido a fundo pelos Ministros foi o dos efeitos da decisão do STF. Essa questão foi dividida em dois momentos. A primeira pergunta a ser respondida pela Corte era saber se a decisão vinculava o Presidente da República ou não. Por cinco votos a quatro decidiu-se que a decisão do STF autorizando a extradição era apenas declaratória e caberia ao Presidente da República, ao final, decidir se extraditaria ou não. Ou seja, a decisão do STF não vincula o Presidente da República. Venceram nessa questão a Ministra Cármen Lúcia e os Ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio, Carlos Ayres Britto e Eros Grau.

A segunda questão levantada, devido à confusão da pronunciação do voto do Ministro Eros Grau, era saber quais os limites do ato do Presidente da República. Quanto a esta questão, três posicionamentos surgiram. Para os Ministros Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e a Ministra Ellen Gracie, o Presidente não tinha qualquer discricionariedade; caberia a ele apenas cumprir a decisão do Tribunal. Para a Ministra Cármen Lúcia e os Ministros Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto, o Presidente tinha total discricionariedade para praticar o ato. O Ministro Eros Grau firma um posicionamento intermediário. Segundo seu entendimento, o Presidente da República teria discricionariedade nos limites do tratado e da lei.

1.2. O processo extradicional no Direito Brasileiro e a atuação do Presidente da República na terceira fase

O sistema extradicional brasileiro, chamado sistema belga, é composto por três fases. Duas delas são fases administrativas e a intermediária é judicial.

Na primeira fase, o país requerente – no caso, a Itália – formaliza pedido de extradição ao país requerido – no caso, o Brasil. Geralmente, o pedido é formulado por via diplomática e cabe ao Poder Executivo do país requerido decidir se aceitará ou não o pedido.

Essa faculdade de aceitar ou não o pedido formulado pelo país requerente estaria restrita a alguns casos, como no de promessa de

reciprocidade. Segundo doutrinadores como Francisco Rezek[21], Luís Roberto Barroso[22] e Valério Mazzuoli[23] – citados nos votos dos Ministros Gilmar Mendes e da Ministra Ellen Gracie, por exemplo – naqueles casos em que o pedido é baseado em Tratado de extradição, o Poder Executivo brasileiro está obrigado a transmitir o pedido ao STF para que o Tribunal possa analisar a legalidade do pedido.

A recusa sumária do pedido nesta primeira fase estaria restrita àqueles casos em que não há obrigação convencional.

Há divergência entre os Ministros quanto à discricionariedade do Presidente da República. Se ela se esgotaria nessa primeira fase ou se ainda existiria na terceira fase, após a decisão do Judiciário[24].

Na segunda fase, que é judicial, haverá exame da legalidade do pedido. Ao Tribunal cabe analisar se os requisitos e condições previstos nos arts. 77 e 78, da Lei 6.815/1980[25] foram preenchidos. Caso tenham sido

---

[21] STF: Ext. 1.085, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 16.12.2009, voto Min. Cezar Peluso, pp. 166-168 e voto Min. Gilmar Mendes, pp. 493-494; 498-500. Destaquei aqui apenas as citações mais importantes.
[22] STF: Ext. 1.085, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 16.12.2009, voto Min. Gilmar Mendes, pp. 506-507.
[23] Idem, pp. 507-508.
[24] Esta questão será mais bem trabalhada logo abaixo, quando eu for tratar das correntes formadas pelos Ministros, bem como delinear os principais argumentos utilizados por eles para fundamentarem suas posições.
[25] Art. 77. Não se concederá a extradição quando:
I - se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivar o pedido;
II - o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente;
III - o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando;
IV - a lei brasileira impuser ao crime a pena de prisão igual ou inferior a 1 (um) ano;
V - o extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido;
VI - estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente;
VII - o fato constituir crime político; e
VIII - o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de exceção.
§ 1° A exceção do item VII não impedirá a extradição quando o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal.
§ 2º Caberá, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal, a apreciação do caráter da infração.
§ 3° O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, seqüestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.
Art. 78. São condições para concessão da extradição:

preenchidos, o pedido é legal e deve o STF autorizar a concessão da extradição – ou concedê-la, dependendo da corrente defendida pelo Ministro.

O poder de análise do Tribunal é restrito. Neste caso, a defesa também o será. Ela está limitada pelo art. 85, §1º, da Lei 6.815/80[26], podendo versar apenas sobre a identidade do extraditando, defeito de forma dos documentos apresentados e a ilegalidade da extradição.

A atuação do Supremo no processo extradicional será tratada mais aprofundadamente no **capítulo IV**, em que analisarei os casos posteriores à Ext. 1.085.

Após essa fase jurisdicional, há mais uma fase administrativa. Neste momento, cabe ao Presidente da República, na posição de representante do Governo brasileiro no plano internacional, dar a resposta ao Estado requerente, informando-o se a pessoa requerida será entregue ou não.

Segundo o art. 84, VII da Constituição Federal[27], a competência privativa para manter relações com Estados estrangeiros é do Presidente da República.

O ponto fulcral da questão é saber se, nessa última fase do processo, o Presidente pode contrariar o que foi decidido pelo STF na segunda fase ou não; e, podendo contrariar, se haverá algum limite à sua atuação.

Não se questiona a existência dessa terceira fase ou o fato de ser o Presidente quem transmitirá a informação ao Governo estrangeiro. O que gerou controvérsia foi a forma como a atuação se daria e quais os seus limites.

I - ter sido o crime cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado; e
II - existir sentença final de privação de liberdade, ou estar a prisão do extraditando autorizada por Juiz, Tribunal ou autoridade competente do Estado requerente, salvo o disposto no artigo 82.

[26] Art. 85. Ao receber o pedido, o Relator designará dia e hora para o interrogatório do extraditando e, conforme o caso, dar-lhe-á curador ou advogado, se não o tiver, correndo do interrogatório o prazo de dez dias para a defesa.
§ 1º A defesa versará sobre a identidade da pessoa reclamada, defeito de forma dos documentos apresentados ou ilegalidade da extradição.

[27] Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
VII - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;

1.3. Os efeitos da decisão do STF

Parece ser unanimidade nesse julgado que a decisão do Tribunal no processo de extradição tem natureza declaratória. Mesmo os Ministros que votaram pela vinculação do Presidente à decisão do STF – à exceção do Ministro Ricardo Lewandowski – falaram explicitamente do efeito declaratório da decisão. A questão é saber se a declaração afirmativa do STF tem efeito vinculante ou não.

Para o Ministro Gilmar Mendes, "A decisão do Supremo, no processo extradicional, é de natureza preponderantemente declaratória, atestando certeza jurídica quanto à configuração dos requisitos para o cumprimento do tratado ou do pacto de reciprocidade pelo Brasil". Diz que se estabelece "um preceito, uma regra de conduta, consistente no dever de extraditar, pelo Brasil, e no direito de obter a extradição, pelo Estado requerente, em cumprimento do pacto internacional".[28]

Afirma, ainda, que: "Posta a decisão do Supremo Tribunal, não há espaço para escolha quanto à sua obediência. (...) A escolha pelo Poder Executivo, deu-se antes, quando da formalização do pacto internacional".[29] Para ele, "As singelas hipóteses em que é possível negar-se eficácia ao efeito declaratório da decisão na extradição estão previstas ou no próprio tratado internacional, no pacto de reciprocidade, ou na legislação interna".[30]

A Ministra Ellen Gracie acompanha o voto do Ministro Relator Cezar Peluso e afirma que a decisão do Tribunal é declaratória, pois quem executa a extradição é o Poder Executivo e não o Poder Judiciário[31].

---

[28] STF: Ext. 1.085, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 16.12.2009, voto Min. Gilmar Mendes, p. 496.
[29] Idem. P. 497.
[30] Idem. P. 497.
[31] STF: Ext. 1.085, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 16.12.2009, voto (apartes) Min. Ellen Gracie, p. 601.

1.4. Vinculação do Presidente da República à decisão do STF ou discricionariedade do ato presidencial?

1.4.1. As correntes formadas

Duas correntes divergentes se formaram quanto à questão da decisão da Corte vincular, ou não, o Presidente da República na terceira fase da extradição.

De um lado, ficaram os Ministros que seguiram o Relator e entendiam que a decisão do STF vinculava o Presidente. Votaram nesse sentido os Ministros Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e a Ministra Ellen Gracie.

Do lado da divergência, que foi a tese vencedora, votaram a Ministra Carmen Lúcia e os Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Ayres Britto, Marco Aurélio e Eros Grau. Os Ministros entenderam que a decisão do STF é declaratória e que ela não vincula o Presidente da República; ele poderá decidir não extraditar a pessoa requerida ainda que o Supremo tenha deferido o pedido de extradição.

Cabe ressaltar, todavia, que a divergência se dá apenas naqueles casos em que o STF defere o pedido. Quando o Tribunal julga ilegal o pedido de extradição, a jurisprudência é unânime em entender que esta decisão vincula o Presidente da República. Se o STF decide que o pedido é ilegal, o Presidente não poderá extraditar. Por outro lado, se o STF entende que o pedido é legal e o defere, surge o debate se essa decisão deve vincular o Poder Executivo Federal ou não.

Na Ext. 1.085, a Corte decidiu pela não vinculação do Presidente da República à sua decisão. Todavia, o Governo da Itália apresentou petição avulsa "expondo dúvida sobre o resultado do julgamento e, em especial, sobre a ata do julgamento" [32], pois não havia compreendido qual era a extensão do voto do Ministro Eros Grau.

---

[32] STF: Ext. 1.085, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 16.12.2009, p. 635.

A partir desta questão de ordem, que foi trazida pelo Ministro Relator Cezar Peluso, tomou lugar no Tribunal uma nova questão; qual seja, o limite da atuação do Presidente da República ao decidir sobre a extradição.

Dois polos opostos estavam bem claros no debate da discricionariedade da atuação do Presidente da República.

De um lado estavam os Ministros Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e a Ministra Ellen Gracie, que defendiam a vinculação do Presidente da República à decisão da Corte. Portanto, não haveria qualquer grau de discricionariedade no ato presidencial.

Na contramão estavam a Ministra Cármen Lúcia e os Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Marco Aurélio. Todos defendiam a discricionariedade do ato. Falam, aqui, de uma discricionariedade do Poder Executivo fora dos parâmetros legais e convencionais.

Tal entendimento fica explícito quando a Ministra Cármen Lúcia afirma que existe discricionariedade fora da lei e que ela está defendendo a existência desse tipo de discricionariedade.

O Ministro Ricardo Lewandowski pergunta à Ministra Cármen Lúcia: "Vossa Excelência me permite um aparte? Perguntaria se essa discricionariedade se sujeita apenas a critério de conveniência e oportunidade do Presidente da República, ou se essa discricionariedade é exercida dentro dos lindes do Tratado? (sic)". Ao que a Ministra responde: "Existe discricionariedade fora da lei. Estou falando em discricionariedade mesmo".[33]

Neste ponto, o Ministro Eros Grau teve entendimento diverso dos demais Ministros. Sua posição não era compatível com nenhuma das duas correntes formadas anteriormente. Seu voto foi considerado o voto médio do julgamento.

Para o Ministro Eros Grau, o Presidente da República tem discricionariedade para decidir nos limites da lei e do Tratado. O Ministro apoiou-se na *Ext. 272, Rel. Min. Victor Nunes Leal, j. 07.06.1967* para fundamentar a sua posição.

---

[33] STF: Ext. 1.085, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 16.12.2009, pp. 608-609.

Para o Ministro, "O que obriga o Presidente da República é o Tratado de Extradição celebrado entre o Brasil e a Itália, aprovado pelo decreto 863/93".[34]

1.4.2. Os argumentos

O tema da vinculação do Presidente da República à decisão do STF está relacionado com a questão da discricionariedade da atuação do Presidente na terceira fase do processo extradicional. Por vezes, os argumentos se misturam e tocam as duas questões ao mesmo tempo.

Mesmo os Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Ricardo Lewandowski, que defendem a tese de que é o Supremo quem dá a última palavra, entendem que existem medidas, de competência exclusiva do Poder Executivo, "necessárias à execução da extradição, que se submetem à livre apreciação governamental, mas que estão delimitadas, ainda que minimamente, por preceitos normativos contidos na lei interna do Estado requerido ou em tratado internacional".[35] Porém, não há, aqui, a ampla discricionariedade reconhecida pelos defensores da outra tese. Essa discricionariedade é sinônimo de possibilidade de decisão dentro dos marcos normativos da lei e do tratado.

À primeira vista, ao tratarem dessa possibilidade de decisão dentro dos marcos normativos da lei e do tratado, poder-se-ia pensar que os Ministros estariam defendendo a mesma tese do Ministro Eros Grau. Mas não estão. Os Ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes, por exemplo, deixam claro que, para eles, existem sim hipóteses previstas na legislação interna e no tratado – ou no pacto de reciprocidade, dependendo do caso – que permitiriam ao Presidente da República não entregar o extraditando ao país requerente. Todavia, as causas que impediriam a entrega são aquelas mesmas que impediriam a requisição da extradição.

---

[34] STF: Ext. 1.085, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 16.12.2009, incidências ao voto Min. Eros Grau, p. 539.
[35] Como o Ministro Gilmar Mendes explicitou em seu voto à página 501 da Ext. 1.085

Como cabe privativamente ao STF analisar se estão presentes os requisitos que autorizam a extradição ou se o caso não se encaixa em qualquer daquelas hipóteses de recusa ou de recusa facultativa previstas no tratado ou na legislação interna, finda essa análise de legalidade e preenchidos todos esses requisitos, não restariam mais obstáculos à entrega do extraditando. Ao Presidente só caberia efetivar a medida declarada pelo Tribunal, não haveria espaço para discricionariedade.

O maior problema é que às vezes os argumentos são confusos; os Ministros começam a desenvolver uma linha de raciocínio e concluem o voto de uma forma que parece ser incompatível com aquilo que ele defendia ao longo do seu voto. Outra complicação é a de que Ministros que defendem posições diferentes usam argumentos, à primeira vista, parecidos. A falta de rigor de alguns Ministros ao escolherem e utilizarem determinados termos acaba tornando complicado compreender qual a real extensão do voto. Este tipo de incoerência aparece em vários votos e debates ao longo do acórdão – e não só na temática da competência para extraditar.

Um bom exemplo é o do termo "discricionariedade do Presidente da República nos limites do Tratado" que foi usada com extensões diferentes no voto do Ministro Eros Grau, de um lado, e nos dos Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso, de outro. O Ministro Eros defende que o Presidente da República está vinculado ao Tratado, mas que compete a ele interpretá-lo. Portanto, segundo o Ministro, o Presidente tem ampla discricionariedade dentro dos limites do Tratado. Os Ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes, por sua vez, defendem uma discricionariedade muito mais restrita: estaria limitada ao expressamente escrito nos dispositivos legais e do Tratado. Segundo ambos, a discricionariedade do Presidente está limitada àquela disposta nos arts. 67 cc. 89 e 90 do Estatuto do Estrangeiro, pois são as únicas disposições expressas da discricionariedade do ato presidencial.

Para os defensores da tese de que o Presidente da República está vinculado à decisão do STF e, portanto, não tem qualquer discricionariedade para decidir sobre a entrega do extraditando, o principal argumento é

aquele veiculado por Francisco Rezek em seus estudos doutrinários[36]. Para o ex-ministro do STF, o Poder Executivo age discricionariamente ao assinar e ratificar o Tratado de extradição. O Estado brasileiro expressa sua vontade nesse momento; pratica ato de soberania ao assumir uma obrigação internacional, mas, uma vez que se obriga, deverá agir em conformidade com o que foi pactuado. No caso, deve atuar de acordo com o que está disposto no tratado de extradição assinado.

Os Ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes, baseados neste entendimento de Rezek, afirmam que, quando a Administração envia o pedido de extradição para que o STF possa analisá-lo, há uma aquiescência do Poder Executivo. Ele estaria apenas expressando a sua vontade de cumprir o Tratado, por isso não seria plausível defender a possibilidade do Presidente descumprir a sentença positiva do Tribunal.

Segundo eles, a discricionariedade governamental, quando existente, estaria apenas na primeira fase do processo extradicional. Sua manifestação dar-se-ia pela recusa sumária do pedido formulado pelo país estrangeiro. Tendo obrigação convencional internacional, o Governo brasileiro não poderá recusar sumariamente o pedido, sendo obrigado a submetê-lo ao STF. Nessa situação, não existiria juízo de conveniência ou oportunidade. Como o Ministro Ricardo Lewandowski defende, "a discrição governamental dá lugar à obrigação convencional fundada no acordo de extradição, cujas cláusulas vincularão os Estados pactuantes".[37]

O Ministro Lewandowski parece ser mais flexível quanto a essa tese de que a discricionariedade governamental, quando existente, estaria limitada à primeira fase do processo extradicional. Para ele, não existindo tratado que obrigasse o Brasil, o Presidente poderia postergar a entrega ou negar-se a extraditar mesmo com manifestação favorável do STF. Ou seja, haveria discricionariedade não só na primeira fase do processo, mas também na terceira. Seu pensamento, todavia, diverge daquele pronunciado por Eros Grau, uma vez que, para o Ministro Lewandowski, a

---

[36] Citado diversas vezes e por variados ministros ao longo da Ext. 1.085. Para efeito exemplificativo: as citações realizadas pelos Ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes às pp. 166-168; 493-494; 498-500 do acórdão.
[37] STF: Ext. 1.085, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 16.12.2009, voto Min. Ricardo Lewandowski, p. 262.

obrigação do Presidente da República – que só existiria naqueles casos em que há Tratado de extradição – advém de dois fatores que devem ser somados: (i) as disposições do tratado; e (ii) o pronunciamento do STF. O Ministro Eros, por outro lado, defende que o Presidente está vinculado tão-somente pelo disposto no Tratado.

Para o Ministro Lewandowski o Governo brasileiro estaria obrigado a cumprir o tratado devido à norma do art. 26 (*Pacta sund servanda*) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados[38].

Em defesa da falta de discricionariedade e da vinculação do Presidente da República à decisão do Supremo, o Ministro Peluso elenca mais três argumentos. O primeiro deles é o de que (i) não há nenhuma norma legal – seja na Constituição Federal, seja no Estatuto do Estrangeiro, seja em outros diplomas legais – que atribua ao Presidente poder discricionário de deixar de efetivar a extradição por conveniência ou oportunidade. Logo depois afirma que, se o Poder Executivo pudesse desconsiderar a decisão tomada pelo STF, (ii) a atuação do Tribunal teria sido inútil e que (iii) a prisão para extradição seria um verdadeiro ato de crueldade estatal, ou seja, seria injustificável.

A Ministra Ellen Gracie, como reforço argumentativo, afirma que quem executa a extradição é o Poder Executivo, mas que o Presidente da República nunca deixou de executar extradições quando o Tribunal entendeu ser cabível. Ela questiona por que, então, ele haveria de descumprir a solução dada pela Corte neste caso.

Enquanto a argumentação pró-vinculação e falta de discricionariedade do Poder Executivo tende para a defesa da observância das obrigações internacionais do Estado brasileiro, a argumentação contra a vinculação e pró-discricionariedade da atuação presidencial parece tender para a defesa do extraditando.

Os Ministros partidários dessa tese falaram de defesa dos direitos humanos mínimos do extraditando, da atuação do STF como garantidor desses direitos, tendo o Tribunal o dever de impedir perseguições estatais ilegítimas. Os Ministros Joaquim Barbosa e Carlos Britto chegam a afirmar

[38] Artigo 26: Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.

que o controle de legalidade, a intervenção do STF, só se justificaria para atuar em prol do extraditando, para defendê-lo e beneficiá-lo. O Ministro Gilmar Mendes diz discordar dessa teoria de que o Tribunal deveria atuar apenas para beneficiar o extraditando.

Seria justamente por essa intervenção benéfica para o extraditando que o STF não poderia forçar o Executivo a extraditar naqueles casos em que o Presidente da República opta, baseado no princípio da soberania, por não extraditar.

A Ministra Cármen Lúcia argumenta no mesmo sentido, afirmando que o princípio, no Brasil, é o da não entrega. Ela fala que o Presidente da República deve cumprir as leis e os tratados e que estes devem ser aplicados atentando-se às especificidades do caso.

O Ministro Carlos Ayres Britto faz uma relação entre o sistema extradicional adotado no Brasil e a não vinculação do Presidente da República à decisão do STF. Segundo ele, como o sistema é meramente delibatório e não meritório, o Presidente não poderia ser obrigado a extraditar por uma decisão que não julgou o mérito da questão. Esse argumento não foi desenvolvido em seu voto.

Quanto à vinculação, ou não, do Presidente ao decidido pela Corte, o Ministro Eros Grau se vincula a essa segunda corrente; mas, no debate que se seguiu, ao ser questionado sobre o grau de discricionariedade do ato presidencial, o Ministro divergiu de ambas as correntes.

A questão surgiu porque o Ministro Eros dizia acompanhar o voto da Ministra Cármen Lúcia, mas, por outro lado, tomava com principal precedente a *Ext. 272, Rel. Min. Victor Nunes Leal, j. 07.06.1967*. O problema surge porque o precedente vincula a atuação do Presidente ao Tratado, enquanto que a Ministra Cármen Lúcia defende a ampla discricionariedade do ato. Ao ser questionada, a Ministra afirmou que defende a discricionariedade fora da lei. A decisão seria eminentemente política.

Para Eros Grau, o Presidente poderá recusar a executar a extradição entendida pelo STF como legal se o Tratado permitir essa possibilidade. O

ato presidencial é ato vinculado, mas é regrado tão-somente pelo disposto no Tratado e não pela decisão do STF.

Para o Ministro, a discricionariedade nos limites do tratado e da lei seria a faculdade que o Presidente da República tem para interpretar o Tratado. A discricionariedade não é a de aplicar ou não o Tratado, a discricionariedade, para o Ministro, é a de interpretar o Tratado. E é justamente por isso que o STF apenas autoriza a extradição, pois após a decisão do Tribunal, o Presidente poderá, legitimamente, interpretar o tratado de forma diversa do Tribunal; podendo, a partir de sua interpretação, deferir ou recusar a extradição.

1.4.3. A decisão da Corte

Essas questões foram ementadas da seguinte forma:

> **"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 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" (p. 3 da Ext. 1.085, Rel. Min. Cesar Peluzo, j. 16/12/2009).

Percebe-se que o voto do Ministro Eros Grau foi determinante para estabelecer a decisão da Corte. Ficou assentado que o pedido de extradição do Governo italiano é válido. Autoriza, portanto, a extradição. O Presidente estaria obrigado, perante o Tratado e a lei, a extraditar Cesare Battisti, mas não está obrigado perante o STF. O Governo brasileiro deve cumprir com suas obrigações internacionais.

Essa construção jurisprudencial será fundamental para entendermos as decisões da Rcl. 11.243 e da Ext. 1.085 PET-AV.

1.5. O que ficou estabelecido na Ext. 1.085 sobre o tema da atuação do STF e da competência para extraditar

Da extradição 1.085, podemos extrair as seguintes conclusões:

i. A análise feita pelo Tribunal é de mera delibação, ou seja, não pode adentrar no mérito do pedido, somente tem competência para verificar a legalidade e determinar a admissibilidade do pedido de extradição;
ii. A função do STF exaure-se na segunda fase do processo extradicional;
iii. A decisão do STF não vincula o Presidente da República;
iv. A competência para extraditar não é do STF, mas do Presidente da República;
v. O ato do Presidente não é dotado de ampla discricionariedade; ele está obrigado a agir em conformidade com o disposto no Tratado;
vi. O Presidente deverá, em função das obrigações convencionais assumidas pelo Governo brasileiro perante o Governo italiano, entregar o extraditando Cesare Battisti caso o Tratado assim o obrigue.

2. A Rcl. 11.243 e a Ext. 1.085 PET-AV

2.1. Os casos

Foram julgadas conjuntamente no dia 08.06.2011 a Reclamação 11.243 e a Petição Avulsa nos autos da Ext. 1.085.

A Reclamação é um processo sobre preservação de competência do STF. Está prevista no artigo 102, I, l, da Constituição e regulamentada pelos artigos 156 e seguintes, do RISTF. "Sua finalidade é preservar ou garantir a autoridade das decisões da Corte Constitucional perante os demais tribunais. Além dos requisitos gerais comuns a todos os recursos, deve ser instruída com prova documental que mostre a violação da decisão do Supremo".[39]

Na Reclamação 11.243, o Governo da Itália afirmou que o ato presidencial pela não entrega do nacional italiano Cesare Battisti havia violado decisão do Tribunal. A violação teria se dado pelo fato de o Supremo, em sua decisão, ter verificado que os requisitos da extradição estavam preenchidos e de, mesmo assim, o Presidente não ter procedido à entrega do extraditando.

A Petição Avulsa nos autos da Ext. 1.085, por sua vez, requeria o relaxamento da prisão preventiva do extraditando Cesare Battisti e sua imediata soltura, em cumprimento à decisão do Presidente da República – que estaria de acordo com o Tratado e com a decisão da Corte.

O enfoque de debate na Petição Avulsa foi a prisão de Cesare Battisti e a legitimidade da manutenção do extraditando sob custódia do STF. A solução da Reclamação era prejudicial à solução desta Petição Avulsa. O pedido de relaxamento da prisão de Battisti só poderia ser questionado caso o ato do Presidente fosse descontruído. Como o Tribunal não conheceu a Reclamação e entendeu ter permanecido hígido o ato presidencial, os Ministros passaram a debater a legitimidade da manutenção da prisão do extraditando.

---

[39] Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbete.asp?letra=R&id=204>

Essa decisão acaba por complementar o que foi julgado na Rcl. 11.243. Por exemplo, na Petição Avulsa, o Ministro Ricardo Lewandowski e a Ministra Cármen Lúcia tiveram seus votos anexados ao acórdão, enquanto que na Rcl. 11.243 não há qualquer sinal de suas manifestações. Na Reclamação, os únicos votos sobre a questão de mérito foram os do Ministro Gilmar Mendes e do Ministro Ayres Britto; cada um defendendo uma posição diferente. Os demais Ministros limitaram-se a decidir o caso julgando a preliminar.

Questionou-se nos autos da Rcl. 11.243, em sede preliminar, o cabimento da mesma. Segundo os Ministros Marco Aurélio – que levantou a questão da existência de preliminar no caso –, Luiz Fux e Joaquim Barbosa a preliminar deveria ser julgada antes de julgarem o mérito. Questionaram se a recusa de entrega do Presidente poderia ser questionada em abstrato. Se pudesse ser questionada, passar-se-ia à análise do ato presidencial. Para eles, no entanto, o ato do Presidente da República pela entrega, ou não entrega, do extraditando é ato de soberania nacional, portanto, insindicável pelo STF, sendo o Governo italiano parte não legítima para propor reclamação.

A preliminar foi acolhida pela maioria dos Ministros e julgada procedente – o Ministro Ricardo Lewandowski e a Ministra Cármen Lúcia manifestaram-se nesse sentido na decisão da Ext. 1.085 PET-AV.

Ante a compreensão da maioria pela insindicabilidade do ato presidencial, o Plenário não conheceu da Reclamação, mantendo-se a decisão da Presidência da República. Ficaram vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso e a Ministra Ellen Gracie, que deram provimento à Reclamação, e votaram pela desconstrução do ato do Presidente da República, determinando a imediata entrega do extraditando ao país requerente.

Interessante notar que o Ministro Ricardo Lewandowski se manifestou em sentido contrário ao voto que proferira na Ext. 1.085. Portanto, a corrente que defendia a vinculação do Presidente da República restou reduzida nesses outros dois julgamentos relacionados ao Caso Battisti (Ext. 1.085). A mudança de posicionamento do Ministro Lewandowski será analisada de forma mais aprofundada mais adiante.

Como consequência, também por maioria, o Tribunal deferiu o pedido do requerente da Petição Avulsa, determinando a expedição de alvará de soltura do extraditando. Nesse ponto, mais uma vez, ficaram vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso e a Ministra Ellen Gracie.

Para o Ministro Luiz Fux, todavia, o caso analisado na Petição Avulsa dizia respeito não ao passado ou futuro do extraditando, mas "à Soberania Nacional frente à irresignação da República Italiana".[40] A questão da Soberania foi muito discutida e foi o fio condutor do resultado final das duas decisões.

Por vezes, os argumentos pró-soberania do Governo brasileiro misturavam-se com argumentos pró-extraditando, reforçando a ideia de que competência para extraditar é do Poder Executivo Federal. Nesse sentido, a ementa do julgamento conjunto da Rcl. 11.243 e da Ext. 1.085 PET-AV[41]:

> "12. O Presidente da República, no sistema vigente, resta vinculado à decisão do Supremo Tribunal Federal apenas quando reconhecida alguma irregularidade no processo extradicional, de modo a impedir a remessa do extraditando ao arrepio do ordenamento jurídico, nunca, contudo, para determinar semelhante remessa, **porquanto, o Poder Judiciário deve ser o último guardião dos direitos fundamentais de um indivíduo, seja ele nacional ou estrangeiro, mas não dos interesses políticos de Estados alienígenas, os quais devem entabular entendimentos com o Chefe de Estado, vedada a pretensão de impor sua vontade através dos Tribunais internos**".[42]

Discutiu-se não apenas a possibilidade de revisão do ato presidencial pelo Supremo, mas também questões como a responsabilidade do Governo

---

[40] STF: Ext. 1.085 PET-AV, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.06.2011, voto Min. Luiz Fux, p. 125.
[41] A ementa é a mesma para os dois acórdãos.
[42] STF: Ext. 1.085 PET-AV, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.06.2011, pp. 4-5; STF: Rcl. 11.243, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.06.2011, pp. 4-5. Grifos meus.

brasileiro no âmbito internacional devido à não extradição previamente autorizada pelo STF e o papel do Judiciário na política externa brasileira.

Venceu aquele entendimento já formulado no Caso Battisti (Ext. 1.085) de que cabe ao Presidente da República representar o Brasil no plano internacional – conforme o art. 84, VII da Constituição. A interferência do Poder Judiciário na política externa brasileira é vedada.

Quanto à possibilidade de revisão do ato de entrega do extraditando, a Corte entendeu que ele é ato de soberania nacional e está inserido na competência indeclinável do Presidente da República. Fundamenta seu entendimento com os arts. 1º, 4º, I, e 84, VIII, todos da Constituição Federal[43].

Foi reconhecida a incompetência do Supremo Tribunal Federal para julgar o caso. Eventual descumprimento do Tratado firmado entre o Brasil e a Itália, segundo ementado, deve ser apreciado pela Corte Internacional de Haia.

Neste julgamento conjunto, o Tribunal reforçou mais uma vez a posição por ele assumida na Ext. 1.085. Ao que parece, a maior parte dos Ministros votou tendo em mente a primazia da soberania do Governo brasileiro perante o Governo italiano. Para a corrente vencedora, a Reclamação não poderia ser reconhecida porque, caso o fosse, o STF estaria se imiscuindo em competência exclusiva do Presidente da República. Manifestando-se sobre o pedido formulado pelo Governo da Itália, o STF estaria reconhecendo que o ato do Presidente era sindicável e violaria a Separação de Poderes.

---

[43] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I - a soberania;
II - a cidadania;
III - a dignidade da pessoa humana;
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V - o pluralismo político.
Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.
Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
I - independência nacional;
Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

2.2. As correntes formadas

As correntes foram polarizadas em termos de conhecimento, ou não, da Reclamação e consequente relaxamento, ou não, da prisão de Cesare Battisti.

Além do Ministro Gilmar Mendes que votou pela procedência da Reclamação – logo, conheceu a mesma –, votaram pelo seu conhecimento a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Cezar Peluso.

Na contramão, perfazendo a corrente majoritária, votaram pelo não conhecimento da Reclamação os Ministros Marco Aurélio, Joaquim Barbosa, Carlos Ayres Britto, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e a Ministra Cármen Lúcia.

Nestes julgados – em especial na Ext. 1.085 PET-AV –, relevante para nós é o debate sobre a soberania brasileira no plano internacional e sua relação com a discricionariedade da atuação do Presidente da República no processo de extradição.

O Tribunal tomou o conceito de ato de soberania de Marie-Joëlle Redor, que foi citada pelo Min. Luiz Fux. Para a autora, ato de soberania é "poder que possui o Estado para impor sua vontade aos indivíduos que vivem sobre seu território".[44]

A corrente majoritária nessa assentada entendeu que o ato de recusa da entrega do extraditando é ato de soberania. O ato de recusa é ato da pessoa jurídica de direito público externo, a República Federativa do Brasil, que é representada por seu Chefe de Estado, o Presidente da República, conforme norma constitucional do art. 84, VII.

A corrente minoritária, na contramão, entende que o ato de recusa está sujeito a controle jurisdicional.

[44] STF: Ext. 1.085 PET-AV, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.06.2011, p. 6 e p. 136.

2.2.1. A corrente minoritária

O primeiro voto proferido nos dois julgamentos foi o do Ministro Gilmar Mendes[45]. A maior parte do seu voto foi destinada a explicar sua visão sobre o processo de extradição. Aqui, mantém o seu entendimento exarado na Ext. 1.085 e delineia, basicamente, os mesmos argumentos lá apresentados. Em alguns momentos do voto, o Ministro faz pequenos reforços argumentativos, talvez, na esperança de conseguir uma maioria nessa decisão e mudar o entendimento que a Corte teve no julgamento do processo extradicional.

Seu principal ponto de apoio, mais uma vez, é a doutrina de Francisco Rezek. É nela que ele se baseia ao descrever as três fases do processo extradicional; ao defender a limitação da discricionariedade do Presidente da República, quando existente, à primeira fase do processo; ao afirmar que, existindo tratado, não há possibilidade de recusa sumária e que o Presidente deve enviar o pedido de extradição ao STF para que seja analisado; bem como para defender a tese de que nesses casos o Presidente está obrigado a efetivar a extradição que a Corte entender legítima.

Em seu voto, Gilmar Mendes fala da obrigação do Tribunal de verificar se as causas impeditivas ou as condições indicadas nos arts. 77 e 78, da Lei n. 6.815/1980 e no Tratado de extradição, quando existente, estão presentes no caso. Há fiscalização da legalidade extrínseca do pedido de extradição. Segundo o Ministro, o "Tribunal não entra em considerações sobre o mérito da condenação penal sofrida pelo extraditando, não procede ao revolvimento de provas que ensejaram a condenação, nem reexamina aspectos procedimentais que eventualmente possam implicar a nulidade do processo penal no âmbito do Estado estrangeiro requerente".[46] É justamente devido a esta restrição cognitiva do Tribunal que o art. 85, § 1º do Estatuto do Estrangeiro restringe o direito de defesa. Essa restrição temática não configuraria violação ao direito de defesa. É mera

[45] O Ministro Gilmar proferiu o mesmo voto nas duas decisões.
[46] STF: Rcl. 11.243, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.06.2011, voto Min. Gilmar Mendes, p. 30.

consequência do grau de cognição do Tribunal, que é de mera delibação, ou de legalidade extrínseca, em conformidade com o sistema belga.

Fala, ainda, de forma delongada da garantia de respeito incondicional à ordem constitucional e sobre a proteção jurisdicional dos direitos fundamentais do extraditando, além de apresentar diversos julgados do STF para confirmá-la.

Para o Ministro, a competência do STF não se encerra com a prolação da decisão que põe fim à segunda fase da extradição. Segundo ele, o fato do extraditando ficar preso sob a custódia do Tribunal até sua definitiva entrega ao Estado requerente justifica a atuação do STF na terceira fase do processo.

É por isso que, mais à frente em seu voto, Gilmar Mendes questiona qual a função do STF[47] e qual o papel do Poder Executivo na terceira fase da extradição[48].

A defesa de Cesare Battisti afirmou que, após ser proferida a decisão do Presidente da República na terceira fase, a única função do STF era a de "dar-lhe o *devido* cumprimento, determinando a imediata soltura do extraditando".[49]

O Ministro formula as seguintes questões:

> "O STF tem algum *dever* de cumprir a decisão presidencial em tema de extradição? Ou cabe à Corte, nessa terceira fase do processo extradicional, continuar a exercer seu dever de zelar pela observância da ordem jurídica nacional e pela proteção dos direitos do extraditando, hipótese em que deve avaliar se a decisão do Presidente atende aos pressupostos extradicionais fixados na legislação interna e no tratado bilateral de extradição?".[50]

Ao que ele responde:

---

[47] Parte II.4 do voto. STF: Rcl. 11.243, pp. 38-41.
[48] Parte II.5 do voto. STF: Rcl. 11.243, pp. 41-53.
[49] STF: Rcl. 11.243, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.06.2011, voto Min. Gilmar Mendes, p. 41.
[50] STF: Rcl. 11.243, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.06.2011, voto Min. Gilmar Mendes, p. 41.

> "Uma vez atestada a higidez do pedido de extradição e o cabimento do pedido, **compete ao Tribunal comunicar a decisão aos órgãos competentes do Poder Executivo, que providenciarão**, perante o Estado requerente, **a retirada do extraditando do país**, conforme o art. 86 da Lei n.° 6.815/80 e as normas constantes em tratado porventura existente".[51]

O Ministro afirma que o STF apenas comunica, cabendo ao Poder Executivo providenciar a retirada do extraditando do país. Questionei-me: em que termos dar-se-á essa retirada? Aqui, não se falou de uma discricionariedade do Presidente para decidir se retirará ou não; fala-se apenas da retirada pelo Poder Executivo tão logo a decisão do STF lhe seja comunicada.

Assim, segundo Gilmar Mendes, ao assegurar a efetiva entrega do extraditando ao Estado requerente, o Tribunal estaria cumprindo "seu papel primordial na defesa da ordem constitucional no Estado Democrático de Direito".[52]

Neste voto, o Ministro explica melhor o que ele entende por *medidas administrativas de competência exclusiva do Poder Executivo* que, segundo ele, poderiam ser necessárias na terceira fase da extradição. Na Ext. 1.085 ele fala dessas medidas administrativas, mas a explicação fica um tanto quanto confusa. Naquela assentada, Gilmar Mendes parece ter seguido o entendimento exposto pelo Ministro Cezar Peluso de que as causas que podem impedir a entrega são aquelas mesmas que impediriam a requisição da extradição, sendo essas as únicas hipóteses previstas na legislação interna e no tratado – ou no pacto de reciprocidade, dependendo do caso – que permitiriam ao Presidente da República não entregar o extraditando ao país requerente.

Todavia, aqui, o Ministro fala que as medidas administrativas de competência exclusiva do Poder Executivo limitam-se àquelas possibilidades

---

[51] Idem. Grifos meus.
[52] Idem. P. 39.

de postergar a entrega do extraditando previstas nos arts. 89, 90 c/c 67 do Estatuto do Estrangeiro[53]. Segundo Gilmar Mendes, mesmo nesses casos em que "o extraditando estiver sendo processado, ou tiver sido condenado, no Brasil, por crime punível com pena privativa de liberdade" – hipótese do caput do art. 89 – ou em que "a efetivação da medida puser em risco a sua vida por causa de enfermidade grave comprovada por laudo médico oficial" – hipótese do parágrafo único do art. 89 –, para além do fato de que a decisão do Presidente da República deve ser tomada visando a atender o interesse social da melhor forma, segundo seu prudente critério; quando existir, deverá ele avaliar, também, as condições fixadas em tratado bilateral de extradição.

Um ponto que chama a atenção é que, ao proferir seu voto na Rcl. 11.243 e na Ext. 1.085 PET-AV, o Ministro afirma que as medidas administrativas o Presidente da República estão delimitadas "**por preceitos normativos contidos na lei interna do Estado requerido, em tratado internacional e no próprio acórdão concessivo da extradição**".[54] Ao tratar do mesmo tema na Ext. 1.085 o Ministro afirmou que essas medidas administrativas estariam delimitadas, "**ainda que minimamente, por preceitos normativos contidos na lei interna do Estado requerido ou em tratado internacional**".[55]

A meu ver, nesses dois julgamentos mais recentes, o Ministro Gilmar Mendes tentou dar mais poderes ao Supremo, aumentando sua interferência na terceira fase da extradição. Ele chega a falar expressamente que:

> "A atuação do Presidente da República na terceira fase da extradição, portanto, é essencialmente vinculada aos

---

[53] Art. 89. Quando o extraditando estiver sendo processado, ou tiver sido condenado, no Brasil, por crime punível com pena privativa de liberdade, a extradição será executada somente depois da conclusão do processo ou do cumprimento da pena, ressalvado, entretanto, o disposto no artigo 67.
Parágrafo único. A entrega do extraditando ficará igualmente adiada se a efetivação da medida puser em risco a sua vida por causa de enfermidade grave comprovada por laudo médico oficial.
Art. 90. O Governo poderá entregar o extraditando ainda que responda a processo ou esteja condenado por contravenção.
Art. 67. Desde que conveniente ao interesse nacional, a expulsão do estrangeiro poderá efetivar-se, ainda que haja processo ou tenha ocorrido condenação.
[54] STF: Rcl. 11.243, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.06.2011, voto Min. Gilmar Mendes, p. 44.
[55] STF: Ext. 1.085, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 16.12.2009, voto Min. Gilmar Mendes, p. 501.

> parâmetros estabelecidos na decisão do STF que autoriza a extradição".[56]

Sua tentativa, porém, restou infrutífera, uma vez que a decisão do Presidente da República por não extraditar – que foi diferente da decisão do STF na Ext. 1.085, que autorizou a entrega – foi mantida.

O Ministro afirma que no Caso Battisti não há discrição governamental, pois existe tratado de extradição entre Brasil e Itália. A manifestação presidencial pela entrega ocorreu na assinatura do tratado. Agora, a extradição seria obrigatória, conforme disposição convencional. Assim, para Gilmar Mendes, a "única ação presidencial admissível, após o julgamento, é o adiamento da entrega para que o extraditando responda a processo-crime, por atos aqui praticados. Mas, pode o Chefe de Estado dispensá-lo dessa obrigação e entregá-lo imediatamente à Itália. Aí, há discrição governamental".[57] A discrição governamental seria, portanto, apenas a de entregar imediatamente o extraditando nesses casos em que a entrega diferida está prevista.

Sobre o tema da competência, o Ministro conclui seu voto da seguinte forma:

> "A autoridade máxima da Administração Pública, ainda que no exercício da representação política da República Federativa do Brasil, subordina-se ao ordenamento jurídico interno, que, por sua vez, deve ser interpretado de acordo com o estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal como guardião da ordem jurídica constitucional".[58]

Para mim, aqui, o Ministro está propondo conclusivamente que o Presidente é um mero porta-voz da decisão do STF, pois é ele quem deve representar o Governo brasileiro no âmbito internacional e não o STF. Não

---

[56] STF: Rcl. 11.243, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.06.2011, voto Min. Gilmar Mendes, p. 47.
[57] STF: Rcl. 11.243, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.06.2011, voto Min. Gilmar Mendes, p. 52. Trecho retirado de artigo da autoria de Mirtô Fraga, que foi publicado em 17.11.2009 no Correio Braziliense; que é transcrito pelo Ministro Gilmar Mendes às páginas 50-52 da Rcl. 11.243.
[58] STF: Rcl. 11.243, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.06.2011, voto Min. Gilmar Mendes. P. 53.

entrariam aqui as hipóteses dos arts. 89 e 90 c/c art.67 do Estatuto do Estrangeiro, na qual há uma discricionariedade do Presidente; a de poder entregar imediatamente ou depois de cumpridas as condições previstas nos artigos.

Os Ministros defensores da outra tese discordam do Ministro Gilmar Mendes, pois entendem que o ato presidencial só gera efeitos no plano internacional. E, justamente por não gerar efeitos no direito interno brasileiro, não caberia ao STF imiscuir-se na resolução de eventual lide entre Estados soberanos.

Sobre a interpretação do art. III,1, f, do Tratado de extradição entre Brasil e Itália[59], o Ministro Gilmar Mendes pondera que há uma margem de apreciação política por parte do intérprete, mas que não se trata de mera avaliação subjetiva, feita sem critérios. Devem existir razões de peso; as circunstâncias fáticas e jurídicas da situação devem ser levadas em conta.

Na última parte do seu voto, Gilmar Mendes alega que os fundamentos utilizados pelo Presidente são basicamente os mesmos que já haviam sido utilizados pelo Ministro da Justiça quando concedera refúgio ao extraditando. Fundamentos que já haviam sido afastados pelo STF, inclusive. A própria conceituação de crime político, base da concessão do refúgio, fora afastada pela Corte no julgamento da Ext. 1.085. Para o Tribunal, os crimes cometidos por Battisti eram crimes comuns (quatro homicídios); não haveria temor de perseguição política ao extraditando em seu país de origem, tornando insubsistente a concessão de refúgio.

Segundo o Ministro, o Presidente deve fundamentar a recusa de extradição em fatos verdadeiros, efetivos e atuais. E a sorte do ato presidencial será a mesma do ato ministerial que concedeu refúgio ao extraditando, uma vez que ambos baseiam-se nas mesmas razões. Como a decisão presidencial "não trouxe elemento diverso a ser considerado pela Corte, em nada inovando com relação ao debate travado anteriormente,

---

[59] Artigo 3
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;

(...) subsistem as razões expendidas pelo STF quando negou qualquer tipo de perseguição política a Cesare Battisti, ou agravamento de sua situação pessoal, e invalidou o refúgio que lhe fora concedido".[60]

A Ministra Ellen Gracie entende da mesma forma. Em seu voto, a Ministra reconhece que o art. III, 1, f, do Tratado abre margem para que a parte requerida (o Estado brasileiro) não execute a extradição, mas essa não-execução só poderá ocorrer se existirem razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será perseguida e discriminada. *In casu*, a Ministra diz não ter encontrado no parecer da Advocacia Geral da União, que foi acolhido na íntegra e sem adições pelo Presidente, "menção a qualquer razão ponderável, a qualquer indício que nos levasse à conclusão de que o extraditando pudesse ser submetido a condições desumanas".[61] E, como o Tribunal já havia se manifestado, no processo extradicional, sobre as questões levantadas no parecer – que não trouxe nenhuma nova razão, segundo Ellen Gracie –, não seria possível rever a posição da Corte. Essa manifestação, portanto, no entender da Ministra, "não é suficiente para fundar uma decisão cassatória de decisão anterior desta Corte".[62]

O voto do Ministro Cezar Peluso não diverge dos outros dois Ministros. Diz que, no caso, houve meros juízos opinativos do Presidente da República e que "se não há fatos alegados, nem provados, salvo aqueles que já examinados, no julgamento da Extradição, pela Corte, que não os teve por capazes de fundar receio algum de perseguição por qualquer motivo, então não há (...) nenhuma alegação de ato que justificasse a existência de *razões ponderáveis*".[63]

Na visão do Ministro Peluso o Presidente da República submete o pedido de extradição à análise do STF para legitimar eventual ato de entrega e, quando da submissão do pedido à Corte, há a intenção prévia e tácita do Presidente de entregar o extraditando, caso a legitimidade do pedido seja reconhecida pelo Tribunal.

---

[60] STF: Rcl. 11.243, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.06.2011, voto Min. Gilmar Mendes, p. 93.
[61] STF: Ext. 1.085 PET-AV, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.06.2011, aditamento ao voto Min. Ellen Gracie, p. 181.
[62] STF: Ext. 1.085 PET-AV, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.06.2011, aditamento ao voto Min. Ellen Gracie, p. 182.
[63] STF: Ext. 1.085 PET-AV, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.06.2011, voto Min. Cezar Peluso, p. 189.

Para ele, o ato de entrega do extraditando não é discricionário. Concorda com o Ministro Gilmar Mendes ao dizer que o Presidente pratica ato discricionário ao assinar o Tratado. Uma vez assinado, compromete-se a cumprir-lhe todos os termos. Nesse sentido, o Ministro entende que o tratado é vinculante para o Presidente da República e que não há qualquer liberdade política no caso. Por isso, entende que havendo dúvida quanto à compatibilidade do ato presidencial frente ao tratado cabe ao Supremo dirimi-la, impondo o cumprimento da norma jurídica e da decisão jurídica ao Presidente, se necessário.

2.2.2. A corrente majoritária

Após o voto do Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Marco Aurélio questiona a existência de preliminar na Rcl. 11.243. Para o Ministro, a questão preliminar deve ser julgada antes do julgamento do mérito. O Ministro Gilmar Mendes discorda do Ministro Marco Aurélio defendendo que a questão preliminar se confunde com a questão de mérito.

O Ministro Marco Aurélio abriu a divergência e foi seguido pela maioria dos Ministros presentes no Plenário. Em linhas gerais, para esse grupo de Ministros – composto pelos Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres Britto e pela Ministra Cármen Lúcia – o ato presidencial é insindicável pelo Supremo Tribunal, pois é ato de soberania nacional.

Na Rcl. 11.243, o Ministro Marco Aurélio afirmou ser inconcebível, ante determinado pronunciamento do STF sobre a extradição, a impugnação de ato do Presidente da República na condução da política internacional por parte do Estado requerente. Diz, também, que esse ato do Presidente não é passível de ser jurisdicionalizado, sendo ele essencialmente político.

O Ministro Carlos Ayres Britto em seus votos – na Reclamação e na Petição Avulsa –, afirma que o pronunciamento do STF no processo de extradição é apenas um rito de passagem para a decisão soberana do Presidente da República; e que se a Itália considera a decisão presidencial uma afronta ao tratado de extradição que celebrou com o Brasil, deve

utilizar instrumentos do Direito Internacional para resolver a contenda e não o instituto da Reclamação perante o STF.

Na mesma linha argumentativa segue o Ministro Luiz Fux. Afirma ser assente que o ato de entrega do extraditando é de competência indeclinável do Presidente da República e que, neste caso, duas situações podem ocorrer: ou o Presidente cumpre o Tratado e a questão está finalizada; ou o Presidente não o cumpre e cria uma lide entre Estados. Nesta hipótese, o STF não tem competência para resolver a lide, pois é "órgão juridicamente existente apenas no âmbito do direito interno", que tem o papel de "examinar apenas a legalidade da extradição" [64], não lhe sendo permitido imiscuir-se na política externa brasileira.

Sua função se exaure ao proferir decisão sobre a legalidade ou ilegalidade e sobre admissibilidade ou inadmissibilidade da extradição, em conformidade com o sistema belga, que é o modelo extradicional adotado no Brasil. A competência para dirimir o conflito entre Estados soberanos é da Corte Internacional de Haia, que decidirá se imporá a vontade da República Italiana ao Chefe de Estado Brasileiro.

No julgamento da Petição Avulsa o Ministro Fux expressa a mesma ideia que o Ministro Carlos Britto trouxe em seu voto, na Ext. 1.085, de que, como o STF não faz análise do mérito no processo de extradição, sua decisão deve ser encarada como "mero conselho ou admoestação", não podendo vincular o Presidente[65].

A comparação que os Ministros Gilmar Mendes, Cezar Peluso e Ellen Gracie fazem entre o ato de concessão de refúgio do Ministro da Justiça e o ato de recusa da entrega do Presidente da República, afirmando que eles teriam a mesma sorte por se basearem no mesmo conjunto fático, é rechaçada pela corrente majoritária. Segundo esse grupo de Ministros, há uma grande diferença entre o ato do Ministro da Justiça, que concedeu o refúgio, e o ato do Presidente da República, que recusou entregar o extraditando ao país requerente.

---

[64] STF: Ext. 1.085 PET-AV, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.06.2011, voto Min. Luiz Fux, p. 132.
[65] STF: Ext. 1.085 PET-AV, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.06.2011, voto Min. Luiz Fux, p. 135.

Pautando-se pela tese dos diferentes graus de vinculação do ato administrativo à juridicidade, de Gustavo Binenbojm[66], e ato do Ministro da Justiça seria vinculado por regras, enquanto que o ato do Presidente está vinculado por conceitos jurídicos indeterminados. Existe, portanto, maior grau de vinculação no ato ministerial do que no ato presidencial. Assim sendo, a concessão de refúgio seria, conforme essa tese, sindicável pelo STF; não o sendo, entretanto, a recusa de entrega.

Segundo o Ministro Luiz Fux, "ainda que se entenda que o ato do Presidente da República é vinculado aos termos do Tratado de Extradição, apenas ele, como Chefe de Estado, dispõe de capacidade institucional para avaliar a existência dos requisitos autorizadores da não entrega, especialmente a expressão "*atos de perseguição*" – trata-se de ato político-administrativo vinculado a conceitos jurídicos indeterminados".[67] Para o Ministro, existem diversos fatores, de natureza estritamente política, que podem interferir na decisão soberana do Chefe de Estado.

Os Ministros defensores da ideia de que o ato de recusa da entrega é ato de soberania reconhecem a liberdade interpretativa do Presidente da República para caracterizar a natureza dos delitos, apreciar o contexto político atual e as possíveis perseguições contra o extraditando, conforme o art. III, 1, *f*, do Tratado de Extradição entre Brasil e Itália. Entendem que, como não existe conceito rígido e absoluto de crime político, a decisão do Supremo não pode vincular o Presidente da República. Reforçam o entendimento do Ministro Eros Grau na Ext. 1.085 de que a competência para interpretar o Tratado é do Presidente.

Para o Ministro Ayres Britto o Presidente não descumpriu a decisão dada pelo Tribunal na Ext. 1.085. Ele baseou a recusa no futuro e não no passado da história italiana e agiu nos limites do tratado, pois esse diploma normativo foi redigido numa linguagem de "textura aberta", que permite

---

[66] A tese dos graus de vinculação à juridicidade foi utilizada pelo Ministro Luiz Fux para fundamentar seu entendimento e está, inclusive, nas ementas da Rcl. 11.243 e da Ext. 1.085 PET-AV. Ela guiou o entendimento da Corte para a resolução do caso.

[67] STF: Ext. 1.085 PET-AV, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.06.2011, voto Min. Luiz Fux, pp. 141-142.

"juízos subjetivos de avaliação das coisas" à parte requerida[68]. Por fim, afirma que:

> "13. **Se do acórdão reclamado não derivou tal consequência, esta não pode advir do julgamento da reclamação! Sendo assim, caso esta nossa Corte viesse a entender que a decisão do Presidente da República, publicada no DOU de 31/12/2010, foi desrespeitosa do acórdão da Ext 1.085, o que nos competia era apenas determinar ao Presidente da República que emitisse outra decisão**. A solução contrária seria um reconhecimento de que este nosso Tribunal acabou, por via oblíqua, vinculando o Presidente da República, o que certamente não fizemos no julgamento da Ext 1.085".[69]

O Ministro Britto fala que existem dois dilemas no processo de extradição. Um político – extraditar ou não extraditar – e outro jurídico – o caso é de extraditabilidade ou não? –, cabendo ao Supremo resolver somente esse segundo dilema: que é jurídico. Sua função é a de fazer prevalecer os direitos humanos do extraditando. Estando o processo devidamente instruído e tendo as formalidades legais sido observadas, a jurisdição do Supremo estaria encerrada. O dilema político é resolvido pelo Presidente da República.

Interessante notar, também, que os Ministros defensores dessa corrente pautaram suas decisões na ideia de que a intervenção do Supremo no processo de extradição se dá apenas para proteger o extraditando e para garantir o patamar mínimo de direitos fundamentais do indivíduo reclamado pelo país estrangeiro. O Ministro Gilmar Mendes rebate esse argumento protecionista, afirmando que o processo de extradição é mais complexo do que isso; que os direitos humanos devem ser garantidos, mas que a

---

[68] STF: Ext. 1.085 PET-AV, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.06.2011, aditamento ao voto Min. Ayres Britto, p. 174.
[69] STF: Rcl. 11.243, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.06.2011, voto Min. Ayres Britto, p. 131; e STF: Ext. 1.085 PET-AV, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.06.2011, voto Min. Ayres Britto, pp. 160-161.

cooperação internacional em matéria de combate à criminalidade é um dos fundamentos básicos do processo.

A maioria dos Ministros entendeu que o ato presidencial objeto da Rcl. 11.243 é hígido e indeferiu a Reclamação, mantendo a decisão do Presidente da República.

2.2.2.1. A mudança de posicionamento do Ministro Ricardo Lewandowski

Intrigante, na Ext. 1.085 PET-AV, é o voto proferido pelo Ministro Ricardo Lewandowski. Neste julgamento, o Ministro parece se afastar do entendimento que teve sobre competência para extraditar na Ext. 1.085.

No início do seu voto, Lewandowski diz que o Presidente age discricionariamente quando decide ao final de um processo de extradição, mas que deve, antes, ouvir o Judiciário. Para o Ministro, mesmo com a manifestação favorável do STF o Presidente poderá se negar a extraditar alguém fundamentado em sua competência constitucional para manter relações com Estados estrangeiros e considerando os "superiores interesses nacionais".[70]

Todavia, existindo Tratado de extradição – como no Caso Battisti –, o Brasil restringe, de forma livre e voluntária, as hipóteses de recusa à extradição a um rol taxativo. Para Lewandowski, devido à regra do *pacta sunt servanda* (art. 26 da CVDT), "o arbítrio presidencial no tocante à presente extradição encontra-se limitado ao quanto pactuado no referido Tratado".[71]

Em Questão de Ordem na Ext. 1.085, o Ministro manifestou-se no sentido de que o Presidente poderia "dentro dos quadros do tratado,

---

[70] *Verbis*: "Em suma, é possível concluir que o Presidente da República, com fundamento na sua competência constitucional privativa para manter relações com Estados estrangeiros pode, considerando os superiores interesses nacionais, negar-se a extraditar alguém mesmo diante de manifestação favorável do Supremo Tribunal Federal, embora não possa concedê-la quando este a tenha considerado ilegal ou contrária à Carta Magna". STF: Ext. 1.085 PET-AV, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.06.2011, voto Min. Ricardo Lewandowski, p. 102.
[71] Idem.

eventualmente, recusar-se ao cumprimento amparado numa ou noutra cláusula desse tratado".[72]

Até essa parte do voto, o Ministro Lewandowski basicamente rememora seu posicionamento sobre o tema na solução do caso. O desenvolvimento da segunda parte do voto é que parece destoar do entendimento firmado pelo Ministro anteriormente.

Primeiramente, ele diz ter verificado que o "Presidente da República, no exercício de sua competência constitucional, encontrou fundamento autônomo no Tratado celebrado com a Itália para recusar-se a entregar Cesare Battisti às autoridades daquele país – distinto daquele em que arrimou o STF para deferir a extradição –, abrigado no art. III, 1, f, do ajuste bilateral".[73] Fala, ainda, que as razões apresentadas não foram proferidas pelo Presidente a título pessoal ou subjetivo, mas em caráter político-institucional, na qualidade de representante da soberania nacional perante o Estado requerente.

Essas afirmações causam certa estranheza porque o Ministro defendeu, na Ext. 1.085, proferida um ano e meio antes desta, a vinculação do Presidente da República à decisão proferida pelo STF em processo de extradição.

Quando o Ministro fala que "À tal suposição, motivadamente expressa pelo Chefe do Executivo, que consubstancia verdadeira *raison d'État*, não se afigura lícito, segundo penso, contrapor-se outra, em sentido diverso, emanada do Judiciário, qual seja, a de que a situação pessoal do extraditando não seria agravada no país de origem" [74], parece se afastar de seu voto na Ext. 1.085 – em que havia se alinhado à corrente dos Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso e da Ministra Ellen Gracie –, e passa a ter entendimento semelhante ao do Ministro Eros Grau quanto à forma de cumprir o Tratado.

Mais à frente, o Ministro afirma que: "Caso essa contraposição de entendimentos – do Executivo, de um lado, e do Judiciário, de outro –

---

[72] Idem.
[73] STF: Ext. 1.085 PET-AV, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.06.2011, voto Min. Ricardo Lewandowski, p. 105.
[74] Idem. P. 106.

acerca de uma mesma extradição fosse admitida, estar-se-ia diante de um insolúvel impasse institucional, visto que se permitiria à Magistratura ingressar – de forma totalmente indevida, a meu ver – na esfera de competências exclusiva do Presidente da República, em matéria de política externa, em evidente ofensa ao princípio constitucional da separação dos Poderes".[75]

Afirma que o Presidente da República, ao negar-se a extraditar Cesare Battisti, "exerceu verdadeiro ato político ou de governo, caracterizado pela ampla discricionariedade daquele que o exerce".[76] Antes, ele defendia que não poderia haver ampla discricionariedade porque existe tratado. Agora, fala que o Presidente da República exerceu ato político, caracterizado pela ampla discricionariedade.

Por fim, como reforço ao seu novo posicionamento, afirma que a recusa da entrega é pratica rotineira e amplamente admitida no âmbito internacional, justamente por ser manifestação da soberania estatal.

Em momento posterior do julgamento da Ext. 1.085 PET-AV, o Ministro adita seu voto e diz entender que o ato praticado pelo Presidente é ato político, caracterizado pela mais ampla discricionariedade, sendo, portanto, insindicável pelo STF.

Conclui que o ato presidencial permanece hígido, cabendo à Corte apenas determinar a expedição do alvará de soltura de Battisti.

A meu ver, houve um claro afastamento por parte do Ministro Lewandowski da posição originalmente assumida por ele no início do Caso Battisti. Tal afastamento pode ter acontecido devido a uma possível confusão argumentativa do Ministro sobre os limites da atuação do Presidente da República quando existe tratado de extradição. Já na Ext. 1.085 o Ministro usava argumentos, que a meu ver, aproximavam-se mais da tese defendida pelo Ministro Eros Grau do que da corrente formada pelos Ministros Cezar Peluso, Gilmar Mendes e pela Ministra Ellen Gracie.

A argumentação do Ministro Lewandowski não ficou muito clara naquela assentada, mas pelo que pude extrair de seu voto, ele acreditava

[75] Idem. P. 107.
[76] Idem.

que a discricionariedade do Presidente da República para agir só existiria naqueles casos em que o pedido de extradição não fosse fundamentado em Tratado. Quando assina um Tratado de extradição o Presidente limita seu campo de atuação por livre e espontânea vontade; e uma vez que decide por limitar seu campo de atuação discricionária, não pode agir fora desses limites a que ele mesmo se obrigou.

Nesse julgamento conjunto, por outro lado, o Ministro parece desconsiderar parcialmente as afirmações que ele mesmo fez no julgamento da extradição de que: (i) o Presidente da República tem discricionariedade para definir se extraditará ou não; e (ii) que existindo tratado de extradição essa liberdade torna-se restrita às disposições do Tratado.

Na Ext. 1.085 o Ministro firma entendimento de que o Tratado limita o âmbito de atuação do Presidente e nada consigna sobre a capacidade do Presidente de interpretar as normas do Tratado. Na Rcl. 11.243 e na Ext. 1.085 PET-AV o Ministro decide pela higidez do ato presidencial como se tal decisão fosse consequência lógica do raciocínio que vinha desenvolvendo desde a Ext. 1.085. O que não é verdade. Nesses julgamentos de 08 de Junho de 2011, a meu ver, o Ministro abandona a exceção que ele mesmo colocou ao ato presidencial ao votar na Ext. 1.085.

Ele rejeita sua antiga tese, ao que parece, sem se dar conta de que o está fazendo, talvez, por uma confusão quanto à extensão do voto que ele havia proferido na extradição de Cesare Battisti. Ou talvez, ele resolveu manifestar-se apenas nesses julgados sobre a competência para interpretar os dispositivos do Tratado. Na Ext. 1.085 ele tinha sido silente quanto a esse ponto, mas agora ele se manifestou sobre a competência para interpretar o Tratado, alinhando-se à corrente do Ministro Eros Grau.

Acredito que ambas as hipóteses são plausíveis, mas nenhuma das duas pode ser comprovada com total certeza uma vez que a argumentação do Ministro não rejeita plenamente o que ele decidiu nos autos da Ext. 1.085. Pelo contrário, como explicitado acima, o próprio Ministro retoma os argumentos por ele levantados naquela assentada para dar a base argumentativa para a sua decisão na Rcl. 11.243 e na Ext. 1.085 PET-AV.

2.3. A decisão da Corte

A Reclamação 11.243 não foi conhecida, pois a Corte entendeu que o ato de recusa da entrega é ato de soberania nacional da República Federativa do Brasil, exercida, no plano internacional, pelo Presidente da República.

Reconheceram a higidez do ato presidencial, uma vez que a entrega do extraditando é competência indeclinável do Presidente da República, não podendo o STF revisá-lo. O Tribunal não tem competência para tal, pois eventual descumprimento do Tratado pelo Governo brasileiro não gera efeitos internos, mas tão-somente no plano internacional. Assim, eventual lide entre Estados soberanos deverá ser resolvida pela Corte Internacional de Haia.

Reconhecem que é do Chefe de Estado a competência para interpretar a cláusula do Tratado que permite a negativa de extradição "se a Parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição".

Por esses motivos deferiram o pedido de soltura do extraditando Cesare Battisti.

IV. AS DECISÕES POSTERIORES AO CASO BATTISTI

Neste capítulo, analisarei o universo composto de cinquenta e um (51) acórdãos julgados após a decisão final da Ext. 1.085.

Como já foi dito, o universo final foi obtido após uma série de pesquisas realizadas no site do STF[77].

Pretendo contrastar o conteúdo desses 51 acórdãos com o conteúdo dos três acórdãos que compuseram o Caso Battisti (Ext. 1.085, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 16.12.2009; Rcl. 11.243, Rel. Min Gilmar Mendes, j. 08.06.2011; e Ext. 1.085 PET-AV, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 08.06.2011).

Será a partir dessa comparação que tentarei traçar possíveis coerências e divergências de entendimento da Corte acerca do sistema extradicional; e, mais especificamente, da competência de cada um dos dois Órgãos que participam do processo de extradição: o Presidente da República e o Supremo Tribunal Federal.

1. Aspectos gerais dos acórdãos

Dentre os acórdãos selecionados encontrei uma (01) Questão de Ordem em Extradição; dois (02) pedidos de extensão em Extradição; e três (03) Embargos de Declaração em Extradição. Ainda que nesses seis (06) acórdãos o debate não fosse voltado à autorização, ou negação, da extradição de estrangeiro, eles trouxeram elementos importantes à análise.

Os outros quarenta e cinco (45) acórdãos são pedidos de extradição julgados após 16.12.2009[78]. Os pedidos foram realizados pelos mais diversos países – desde países vizinhos como a Argentina e o Uruguai até países como a Romênia, a Hungria e a Finlândia, passando por países como Alemanha, Portugal, Itália e Estados Unidos, entre outros.

[77] A discrição detalhada de como obtive os resultados encontra-se no capítulo **II. CAPÍTULO METODOLÓGICO**.
[78] Data de julgamento da Ext. 1.085, Rel. Min. Cezar Peluso.

Os Estados que mais requereram estrangeiros foram a Itália, a Argentina e os Estados Unidos da América; com nove (09), oito (08) e sete (07) pedidos, respectivamente[79].

As extradições foram julgadas tanto nas Turmas quanto em Plenário. Ambos têm competência para tanto, ainda que a previsão legal do art. 83 do Estatuto do Estrangeiro é de que "nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência". Um fato que chama a atenção é que independentemente do órgão julgador, na grande maioria dos casos, temos apenas o voto escrito do Ministro Relator no acórdão. Em alguns poucos casos há manifestação de outros ministros, mas, geralmente, apenas para sanar alguma dúvida quanto à extensão do voto do Relator.

Da mesma forma, os debates – quando existentes – giraram em torno de algum ponto do voto do Ministro Relator que gerou dúvida a algum dos demais ministros – como, por exemplo, sobre quais crimes ensejariam a extradição[80], ou se o requisito da dupla tipicidade estaria configurado quanto a determinado delito[81].

O debate que tomou lugar na Ext-QO 1.215, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24.04.2013 é fundamental para a monografia e será analisado de forma pormenorizada mais adiante. Ele fugiu dos padrões dos demais debates. Neste caso, o Ministro Ricardo Lewandowski teve dúvida quanto ao tratamento que o Ministro Gilmar Mendes estava dando à divisão de competências do processo extradicional em seu voto.

Por fim, cabe destacar que parece haver certo padrão nos processos de extradição. As decisões são, em geral, sucintas e tocam nos pontos fulcrais do pedido.

---

[79] Resultado obtido dentro do universo de 51 decisões. Cabe ressaltar que dos nove (09) acórdãos em que a Itália é parte, um deles é o STF: Ext-ED 1.202, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 19.10.2011. O mesmo vale para as oito (08) decisões da Argentina, dentre as quais encontram-se a STF: Ext-QO 1.215, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24.04.2013; e o STF: Ext-ED 1.250, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 16.10.2012.

[80] Como aconteceu na STF: Ext. 1.125, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 17.12.2009, em que o Ministro Marco Aurélio defere o pedido de extradição em menor extensão.

[81] A exemplo do que aconteceu na STF: Ext. 1.293, Rel. Min. Luiz Fux, j. 11.06.2013.

Primeiramente analisam se o pedido é legítimo, ou seja, observam em que se baseia o pedido; se em Tratado de extradição – bilateral ou multilateral – ou em promessa de reciprocidade.

Em seguida, no Relatório, fazem uma breve descrição dos fatos, indicando quais os delitos imputados ao extraditando, e formulam pedidos de prisão preventiva e de interrogatório do extraditando – ambas exigências legais[82].

O Ministro Relator, em seu voto, analisa se todas as condições para o deferimento do pleito estão presentes e se não existem causas obstativas à extradição. Neste ponto, analisam a dupla tipicidade, a dupla punibilidade, a natureza do delito, a identidade do extraditando, a competência do Estado requerente para julgar o extraditando, e a existência de processo criminal ou de condenação penal do extraditando no Brasil. Analisados esses pressupostos legais, o Ministro Relator defere ou indefere os pedidos formulados pelo Estado requerente. Sendo, em seguida, geralmente, acompanhado pelos demais ministros. A maior parte dos pedidos de extradição foi deferida – total ou parcialmente – por unanimidade de votos (42 das 45 Extradições). Sendo que em penas em três (03) casos o órgão julgador deferiu – total ou parcialmente – o pedido sem unanimidade dos Ministros presentes.

Em algumas decisões a Corte ainda impõe condições à extradição, como o compromisso formal do Estado requerente de comutar as eventuais penas ao máximo de 30 anos (em conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro, em especial o disposto no art. 75, do nosso Código Penal[83]); e de detração do tempo em que o estrangeiro ficou à disposição do Tribunal em função da prisão preventiva para a extradição.

---

[82] Previstas, respectivamente, no art. 80, § 1º e arts. 81 cc. 84, todos da Lei 6.815/80.

[83] Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.
§ 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.
§ 2º - Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.

2. Atuação do Supremo Tribunal Federal

2.1. O Sistema belga e a contenciosidade limitada

A atuação do Supremo Tribunal Federal limita-se à mera análise de legalidade do pedido extradicional formulado pelo Estado requerente. Cabe a ele tão-somente resolver sobre a admissibilidade da extradição. Foi este o entendimento da Corte nos três acórdãos do Caso Battisti e também nesses cinquenta e um julgados posteriores.

Parece estar consolidado que não cabe ao Supremo Tribunal Federal imiscuir-se no mérito do pedido de extradição, bem como revisar o conteúdo probatório e/ou a decisão proferida pelas autoridades competentes do Estado requerente. Juízos de valor, como a justiça ou injustiça da condenação pronunciada pelo país requerente, não podem ser realizados. Em suma, o juízo do Tribunal é meramente *delibatório*.

Os principais argumentos elencados pela defesa dos extraditandos são de que a sentença proferida por autoridade estrangeira é injusta; que o extraditando não é autor do delito a ele imputado; que a autoria do crime não está clara; ou que não existem evidências suficientes para incriminar o extraditando. Em diversos casos a defesa pediu que o Tribunal reavaliasse as provas que basearam a condenação ou persecução penal do mesmo.

O Supremo responde de forma coerente com sua própria jurisprudência a todos esses pedidos e argumentos da defesa dos extraditandos. Em todas as 54 decisões analisadas neste trabalho o Supremo reafirma a ideia de que sua atuação deve ser limitada; que a análise a ser realizada deve ser rasa, limitando-se aos documentos trazidos pelo Estado requerente, sem fazer juízos de valor sobre o que neles encontrar. Sua atuação é meramente formal. Limita-se a analisar a legalidade do pedido, verificando se é admissível extraditar ou não.

Na Ext. 1.168, de relatoria do Ministro Ayres Britto, a ementa consolida que:

> "1. Os poderes do Estado requerido para o exame da regularidade formal do pedido de extradição são elementarmente restritos, interditando-se ao Supremo Tribunal Federal análises que incidam sobre a aptidão da peça acusatória, o próprio mérito da acusação ou eventuais vícios na tramitação do processo-crime. Nesses termos: não pode o STF entrar no próprio mérito dos fatos imputados ao cidadão estrangeiro, de modo a rever a condenação proferida pelo Poder Judiciário italiano. Medida que se mostra absolutamente incompatível com o juízo de cognoscibilidade restrita, norteador do processo extradicional (§ 1º do art. 85 da Lei 6.815/1980), expressivo da soberania do Estado requerente".[84]

Em seu voto na Ext. 1.151, o Ministro Celso de Mello trata do tema de forma mais objetiva, mas sem mudar o entendimento sobre o assunto. Segundo ele:

> "Esse sistema de controle limitado – que enseja mera verificação jurisdicional de pontos determinados referidos pela própria legislação doméstica brasileira ou, quando existente, pelo tratado bilateral específico – (...), restringe a atividade processual do Supremo ao plano da mera delibação".[85]

Interessante, também, é a ponderação feita pela Ministra Rosa Weber na Ext. 1.292:

> "(...) Não cabe tratar, portanto, de matérias de defesa típicas da fase de instrução e julgamento do processo penal a que responderá no Juízo de origem. A apreciação do material probatório existente e das teses defensivas relacionadas ao mérito da acusação se inserem no âmbito da

[84] STF: Ext. 1.168, Rel. Min. Ayres Britto, j. 18.11.2010, p. 1.
[85] STF: Ext. 1.151, Rel. Min. Celso de Mello, voto Min. Celso de Mello, j. 17.03.2011, p. 26.

> ação penal submetida ao Poder Judiciário do Estado requerente".[86]

Deve-se ter em mente que o papel do STF no processo extradicional é averiguar a admissibilidade da extradição. Assim sendo, excepcionalmente permite-se um "aprofundamento" da cognição do Supremo; como ficou claro na Ext. 1.151:

> "O STF, ao proferir juízo de mera delibação sobre a postulação extradicional, só excepcionalmente analisa aspectos materiais concernentes à própria substância da imputação penal, desde que esse exame se torne indispensável à solução de eventual controvérsia concernente (a) à ocorrência de prescrição penal, (b) à observância do princípio da dupla tipicidade ou (c) à configuração eventualmente política, tanto do delito imputado ao extraditando quanto das razões que levaram uma soberania estrangeira a requerer a extradição de determinada pessoa ao Governo brasileiro".[87]

Mesmo nesses casos excepcionais o STF deverá limitar sua análise aos documentos fornecidos pelo Estado requerente. A única diferença entre a atuação ordinária do STF e essas situações excepcionais é que, aqui, ele analisará aspectos materiais da substância da imputação penal, enquanto que em sua atuação ordinária ele limitava-se a analisar os aspectos formais. Portanto, apenas naqueles casos em que a análise dos aspectos formais não é suficiente para que o Tribunal decida sobre a admissibilidade do pedido formulado é que será permitido esse aprofundamento de cognição.

Como a cognição mais aprofundada do Tribunal serve apenas para que ele decida sobre a admissibilidade da extradição, em nenhuma hipótese o Supremo poderá agregar novos elementos para que decida sobre ela. Tanto é que, mesmo aqui, o Supremo se vê limitado a partir da premissa da

---

[86] STF: Ext. 1.292, Rel. Min. Rosa Weber, voto Min. Rosa Weber, j. 16.04.2013, p. 10.
[87] STF: Ext. 1.151, Rel. Min. Celso de Mello, voto Min. Celso de Mello, j. 17.03.2011, p. 26.

correção dos documentos apresentados pelo Estado requerente. Não pode, por exemplo, questionar a forma como a perícia foi realizada no outro país ou a veracidade dos fatos imputados ao extraditando. Os documentos apresentados quase sempre serão premissa para a sua análise. A exceção está nos casos de crime político ou de "extradição política disfarçada", na qual o país condena uma pessoa por crime comum, mas, na verdade, quer o extraditando por motivos políticos.

Ao tratarem da limitação da atuação do Supremo os ministros trazem os mais variados julgados. A manutenção do entendimento nos acórdãos ora analisados somada à variedade de decisões citadas – sendo que todas apontam entendimento nesse mesmo sentido – é um forte indicativo de uma consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a limitação de sua competência no processo extradicional.

2.2. A defesa do extraditando

Consequência direta dessa atuação limitada do Supremo Tribunal é a restrição do *thema decidendum* no processo de extradição. Como a Corte só pode resolver sobre a admissibilidade da extradição, examinam-se e julgam-se apenas as condições e pressupostos da mesma. Essa posição se assemelha à defendida por José Frederico Marques[88].

Da mesma forma, restrito é o direito de defesa do extraditando. Não se trata de cerceamento do direito de defesa do indivíduo, mas sim de limitação temática. Essa restrição da defesa garante a coerência do sistema extradicional. De nada adianta garantir uma defesa nos modelos do Código de Processo Penal – como, por vezes, foi requisitado pela defesa dos extraditandos – se o STF não tem competência para decidir sobre as questões materiais eventualmente levantadas.

A Ministra Cármen Lúcia trata da questão na Ext. 1.166:

---

[88] "(...) Os tribunais do Estado, a que é solicitada a entrega, apenas resolvem sobre a admissibilidade da extradição. Restringe-se, assim, o *thema decidendum*, no processo de extradição passiva, ao exame e julgamento das condições e pressupostos da extradição". Tal passagem do magistério de José Frederico Marques é citada pelo Ministro Celso de Mello em seu voto à página 28 da Ext. 1.151, de sua relatoria, j. 17.03.2011.

> "**1.** De pronto há de ser afastada a pretensão de se processar a defesa do Extraditando "*com fundamento no artigo 395 do CPP*", ou seja, com base em norma aplicável aos processos-crime ordinários.
>
> "**2.** É inviável o pedido de produção de provas testemunhais e documentais e o exame quanto à suficiência dos elementos contidos nos processos italianos e que serviram de base para a decretação da prisão do Extraditando no Estado requerente.
>
> "A dilação probatória e o pretenso exame ultrapassam a possibilidade jurídica de defesa no processo extradição".[89]

Em conformidade com o art. 85, § 1º, da Lei 6.815/80[90] a defesa do extraditando limitar-se-á a três questões: (i) a identidade da pessoa reclamada; (ii) defeito de forma dos documentos apresentados; e (iii) ilegalidade da extradição. Válido dizer que tudo aquilo que exceder o permitido no art. 85, § 1º será considerado impertinente.

2.3. A identidade da pessoa reclamada

A identidade da pessoa reclamada é um dos três temas sobre o quais a defesa do extraditando poderá versar. Identificar corretamente o extraditando é indispensável ao cumprimento da função do instituto da extradição. Tratando-se de cooperação penal internacional de nada adiantaria extraditar um indivíduo que nenhum delito cometeu – ou que ao menos é suspeito de tê-lo cometido –, por isso a importância de identificar de forma correta e indubitável o extraditando.

Pela análise dos acórdãos pude perceber que essa questão gerou certa confusão nos extraditandos e seus defensores legais. Muitas vezes a

---

[89] STF: Ext. 1.166, Rel. Min. Cármen Lúcia, voto Min. Cármen Lúcia, j. 26.05.2011, p. 11.
[90] Art. 85. § 1º A defesa versará sobre a identidade da pessoa reclamada, defeito de forma dos documentos apresentados ou ilegalidade da extradição.

defesa confundia a necessidade de identificação da pessoa reclamada com a identificação dela como autora do delito.

Houve casos em que a defesa alegava a impossibilidade de extraditar por entenderem que não foram apresentados documentos suficientes que identificassem o extraditando como autor do crime motivador do pedido de extradição.

Todavia, é importante notar que a identificação do requerido como autor do crime está na seara da autoria do delito, portanto, aspecto material que diz respeito à substância da persecução ou condenação penal. E, como vimos, o STF não pode analisar tais elementos – à exceção de alguns casos taxativamente previstos.

Em apenas quatro casos houve uma real análise da identidade da pessoa reclamada por parte do STF.

Na Ext. 1.216, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 02.03.2011 a defesa alegou que não havia substrato fático-probatório suficiente para a identificação do ser humano. Ao que o MPF "opinou pela prévia requisição ao Estado requerente (...) de documentos capazes de indicar com clareza a identidade de Joe Sok Nam (...), visando sanar a dúvida a respeito da identidade do extraditando".[91] Nesse caso, requereu-se ao Governo dos Estados Unidos mais documentos para a correta identificação da pessoa requerida. A requisição foi atendida e deu-se continuidade ao processo. Ao final, com a dúvida quanto a identidade do requerido sanada e constatando-se estarem presentes os demais requisitos e preenchidas as condições necessárias, o pedido dos Estados Unidos da América foi deferido por unanimidade de votos.

Nos outros três casos[92], o STF entendeu que a defesa estava questionando a identificação do indivíduo e não a autoria do delito, mas limitou-se a dizer que o indivíduo estava suficientemente identificado nos documentos fornecidos, não ensejando dúvida quanto à sua identificação.

---

[91] STF: Ext. 1.216, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 02.03.2011, p. 6.
[92] STF: Ext. 1.151, Rel. Min. Celso de Mello, j. 17.03.2011; STF: Ext. 1.166, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 26.05.2011; STF: Ext. 1.250, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11.09.2012.

2.4. A necessária instrução do pedido

A devida e correta instrução do pedido de extradição é fundamental para o prosseguimento do processo. O pedido deve conter todos os documentos necessários para que o STF decida sobre a admissibilidade da extradição.

É através desse conjunto de documentos fornecidos que se poderá identificar correta e inequivocamente a pessoa requerida; os delitos imputados a ele; bem como permitirá o exame da legalidade do pedido – como, por exemplo, a atenção aos requisitos da dupla tipicidade e da dupla punibilidade.

Segundo o art. 80, § 1º, do Estatuto do Estrangeiro, "o pedido deverá ser instruído com indicações precisas sobre o local, a data, a natureza e as circunstâncias do fato criminoso, a identidade do extraditando e, ainda, cópia dos textos legais sobre o crime, a competência, a pena e sua prescrição".

O Supremo reconhece que além dos documentos exigidos pela Lei 6.815/80 o Tribunal deve analisar se o tratado de extradição específico exige outros documentos à correta instrução do pedido. Assim sendo, existindo Tratado, o pedido só estará devidamente instruído se contiver todos os documentos exigidos pelo Tratado específico e pela Lei 6.815/80. Os documentos inexigíveis por esses diplomas legais, por outro lado, não poderão obstar a entrega da pessoa requerida caso os demais pressupostos estejam corretamente preenchidos.

Emblemática é a Ext. 1.165, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13.12.2011. Nela, podemos observar o entendimento do Tribunal acerca dos dois principais aspectos da questão: por um lado, a insuficiência da documentação apresentada pelo Estado requerente, e, de outro, a exigência, pela defesa, de documentos legal ou contratualmente inexigíveis.

O Ministro Gilmar Mendes, neste caso, indeferiu a parte do pedido que dizia respeito ao delito de lavagem de dinheiro, pois, primeiramente, não havia nos autos quaisquer elementos que descreviam o delito e, depois,

a questão não fora esclarecida pelo Governo da Espanha mesmo após as diligências requeridas[93].

Por outro lado, a defesa alegava "ausência de informações nos documentos encaminhados pelo Estado requerente quanto: a) à regularidade da citação; b) à existência de condenação criminal; b) à certificação do trânsito em julgado; c) ao cumprimento da custódia cautelar para efeito de detração penal; e d) à concessão de *habeas corpus* em favor do extraditando".[94] Ao que o Ministro Gilmar Mendes afirmou que os documentos não são exigidos pelo art. 80 da Lei 6.815/80, nem pelo tratado firmado entre o Brasil e a Espanha, não dando razão à defesa nesse ponto[95].

Pude perceber que não estando o pedido, a princípio, devidamente instruído, o comum é que sejam requeridas diligências ao Estado estrangeiro, de forma que ele possa suprir as falhas da instrução. O indeferimento do pedido de extradição só ocorreria se depois de pedidas as diligências necessárias ainda assim o Estado requerente não trouxesse os documentos essenciais ao prosseguimento do julgamento do seu pedido de extradição pelo STF.

Por exemplo, na mesma Ext. 1.165, requereu-se que o Governo espanhol trouxesse elementos que descrevessem os delitos. Também é comum requisitarem que sejam anexados os dispositivos legais que tratam das causas suspensivas e interruptivas do prazo prescricional, por exemplo. Em outros casos – como na Ext. 1.216[96] – são requisitados mais documentos para sanar dúvida quanto à identidade do extraditando.

2.5. O controle de legalidade do pedido

O último elemento sobre o qual a defesa poderá versar é o da legalidade do pedido formulado pelo Estado requerente.

---

[93] STF: Ext. 1.165, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13.12.2011, voto Min. Gilmar Mendes, p. 4.
[94] Idem. P. 5.
[95] Idem. P. 7.
[96] STF: Ext. 1.216, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 02.03.2011, p. 6.

Creio que esse seja o tema mais importante dentre os três circunscritos no art. 85, § 1º, do Estatuto do Estrangeiro. É sobre ele que a Corte dispende mais tempo argumentando para decidir sobre a admissibilidade do pleito.

Estando presentes as condições do art. 78 e não existindo qualquer dos óbices do art. 77, o Tribunal deve autorizar a extradição, uma vez que os requisitos legais encontram-se presentes.

Na Ext. 1.286, Rel. Min. Luiz Fux, j. 18.12.2012, o ministro Relator chega a expressar que "os requisitos legais para o deferimento do pedido de extradição são extraídos por interpretação a *contrario sensu* do art. 77 da Lei nº 6.815/80".[97] Para ele, o pedido será deferido caso observe as disposições do tratado específico e não se enquadre em qualquer dos incisos do art. 77.

É essa análise que o Supremo faz ao decidir sobre um processo de extradição. Em seus votos os ministros buscam demonstrar se existe algum óbice à entrega do estrangeiro.

Pertinente, portanto, trazer os arts. 77 e 78 do Estatuto do Estrangeiro para que possamos verificar quais requisitos foram analisados no momento da decisão.

O art. 77 dispõe que:

> **Art. 77.** Não se concederá a extradição quando:
>
> I - se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivar o pedido;
>
> II - o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente;
>
> III - o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando;
>
> IV - a lei brasileira impuser ao crime a pena de prisão igual ou inferior a 1 (um) ano;

[97] STF: Ext. 1.286, Rel. Min. Luiz Fux, j. 18.12.2012, p. 1.

> V - o extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido;
>
> VI - estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente;
>
> VII - o fato constituir crime político; e
>
> VIII - o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de exceção.
>
> § 1° A exceção do item VII não impedirá a extradição quando o fato constituir, principalmente, infração da lei penal comum, ou quando o crime comum, conexo ao delito político, constituir o fato principal.
>
> § 2º Caberá, exclusivamente, ao Supremo Tribunal Federal, a apreciação do caráter da infração.
>
> § 3° O Supremo Tribunal Federal poderá deixar de considerar crimes políticos os atentados contra Chefes de Estado ou quaisquer autoridades, bem assim os atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, sequestro de pessoa, ou que importem propaganda de guerra ou de processos violentos para subverter a ordem política ou social.

A nacionalidade do extraditando foi verificada em todos os acórdãos, sendo que em nenhum deles tratava-se de brasileiro nato ou naturalizado. Não houve, então, incidência do inciso I deste artigo em qualquer dos 51 julgados.

A necessidade de dupla tipicidade do delito para que se conceda a extradição está prevista no inciso II do artigo 77. Este requisito impõe que "a conduta atribuída ao extraditando seja qualificada como crime tanto no Brasil quanto no Estado requerente, independentemente da pena cominada". Não sendo possível alegar a "ausência de dupla tipicidade/punibilidade, 'decorrente da desproporcional diferença entre a pena mínima cominada ao delito pela legislação peruana e as respectivas

penas mínimas cominadas no Direito brasileiro'", como alegou a Defensoria Pública da União na Ext. 1.184[98]. Da mesma forma, não é necessário que se tenham os mesmos elementos em ambos os ordenamentos para que os delitos se caracterizem, basta que o instituto seja o mesmo segundo os dois ordenamentos jurídicos.

Somente nos Ext-ED. 1.146, Rel. Min. Eros Grau, j. 24.03.2010 a dupla tipicidade não foi analisada. A falta de análise desse requisito pode ser justificada pelo fato de a extradição não ter sido o enfoque da decisão, uma vez que os Embargos de Declaração têm como função precípua a de esclarecer obscuridades de dada decisão da Corte. Os demais cinquenta (50) acórdãos trataram da questão.

A dupla tipicidade está intrinsecamente ligada à dupla punibilidade. Para que o critério da dupla punibilidade seja atendido faz-se necessário que o crime não tenha prescrito sob a ótica de ambos os ordenamentos jurídicos, conforme disposto no inciso VI.

Geralmente os ministros analisam a existência, ou inexistência, do empecilho previsto no inciso IV conjuntamente com a dupla tipicidade e punibilidade. Em apenas dois casos[99] o Tribunal indeferiu a parte do pedido que dizia respeito a delito punido com pena de prisão igual ou inferior a 01 (um) ano pela lei brasileira.

Caso interessante é do requisito previsto no inciso III, vez que, pela disposição legal, naqueles casos em que o Brasil tenha competência para julgar o crime imputado ao extraditando a extradição não poderá ser concedida. O Tribunal, por sua vez, na Ext. 1.151, entendeu que em caso de concurso de jurisdição e inexistência, no Brasil, de procedimento penal-persecutório contra o extraditando, o pedido extradicional poderá ser deferido.

O delito em debate naquela extradição era o de tráfico de entorpecentes e ficou assentado que "a não adoção, pelas autoridades domésticas, de qualquer providência de caráter persecutório referente aos atos infracionais supostamente cometidos no Brasil", naqueles casos de

---

[98] STF: Ext. 1.184, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20.09.2011, p. 3.
[99] STF: Ext. 1.168, Rel. Min. Ayres Britto, j. 18.11.2010; e STF: Ext. 1.187, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 16.12.2010.

concurso de jurisdição, assumia indiscutível relevo jurídico, para eventual reconhecimento da competência penal do Estado requerente[100].

O entendimento foi reforçado em alguns julgados posteriores que também tratavam de pedido de extradição fundado em crime de tráfico de entorpecentes.

Por outro lado, é comum que a defesa dos extraditandos alegue a incidência do inciso V no caso. Mas não houve real incidência dele em nenhum dos 51 acórdãos. Pareceu-me que a defesa fazia uma leitura parcial do inciso e alegava que o extraditando estava respondendo a processo ou fora condenado no Brasil, sem levar em conta que o empecilho à extradição é de que deve tratar-se do mesmo fato que fundou o pedido e não em fato diverso.

Houve menção ao art. 77, VII em 31 dos 51 julgados. Os delitos imputados aos extraditandos em 49 dos 51 casos analisados, tendo por base a descrição dos fatos fornecida pelo Estado requerente, tinham clara natureza comum. Dois pedidos de extradição, todavia, eram baseados em delitos cometidos à época da ditadura militar argentina – Ext. 1.278, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 18.09.2012; e Ext. 1.299, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10.09.2013. Na Ext. 1.278 não há qualquer menção à configuração, ou não, de crime político. Já na Ext. 1.299 o Tribunal afastou explicitamente a configuração de crime político ou militar.

O artigo 78, por sua vez, traz as condições necessárias à procedibilidade do pedido:

> **Art. 78.** São condições para concessão da extradição:
>
> I - ter sido o crime cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as leis penais desse Estado; e
>
> II - existir sentença final de privação de liberdade, ou estar a prisão do extraditando autorizada por Juiz, Tribunal ou autoridade competente do Estado requerente, salvo o disposto no artigo 82.

[100] STF: Ext. 1.151, Rel. Min. Celso de Mello, j. 17.03.2011, voto Min. Celso de Mello, p. 44.

As condições do art. 78 foram analisadas, nas decisões, conjuntamente com a análise dos requisitos do art. 77.

Uma observação geral é a de que os requisitos e condições para verificar a admissibilidade da extradição foram analisados de forma bastante objetiva e concisa pelos ministros. Limitavam-se a verificar se os pressupostos da extradição estavam presentes ou não no caso. Se estivessem presentes, deferiam o pleito; sendo negativa a resposta, indeferiam.

Por fim, cabe ressaltar que, conforme o art. 83, do Estatuto do Estrangeiro[101], o pronunciamento do STF é condição essencial para a concessão da extradição do estrangeiro.

Tanto é indispensável que mesmo naqueles oito casos[102] em que houve expressa anuência do extraditando o Supremo entendeu que sua atuação ainda se fazia necessária.

A Corte entendeu que, nesses casos, (i) a necessidade do Estado requerente de instruir corretamente o pedido ainda existe; e (ii) que o controle de legalidade por parte do STF ainda se faz necessário, uma vez que este representaria "garantia indisponível em favor do extraditando".[103]

3. Atuação do Presidente da República

Como já foi dito, o sistema extradicional brasileiro é composto por três fases. Sendo a primeira e a terceira fases administrativas, enquanto que a segunda é a fase judiciária. No primeiro momento, o pedido é formulado pelo Estado requerente e encaminhado ao Ministério da Justiça.

---

[101] Art. 83. Nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão.

[102] STF: Ext. 1.125, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 17.12.2009; STF: Ext. 1.182, Rel. Min. Ayres Britto, j. 18.11.2010; STF: Ext. 1.203, Rel. Min. Celso de Mello, j. 02.12.2010; STF: Ext. 1.195, Rel. Min. Ayres Britto, j. 12.05.2011; STF: Ext. 1.184, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20.09.2011; STF: Ext. 1.235, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 16.10.2012; STF: Ext-Extn 1.139, Rel. Min. Rosa Weber, j. 18.12.2012; e STF: Ext. 1.299, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10.09.2013.

[103] STF: Ext. 1.125, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 17.12.2009, voto Min. Cezar Peluso, p.35.

Estando presentes os pressupostos formais de admissibilidade exigidos pela Lei ou pelo Tratado, o pedido é enviado ao Supremo Tribunal Federal[104]. Tem-se início a segunda fase do processo. É nessa fase que o STF realiza o controle de legalidade do pedido. Após decidir se autorizará ou não a extradição se finda a segunda fase e se inicia a terceira e última fase do processo extradicional, em que o Presidente da República executa, ou não, a extradição.

Se o STF indeferir o pedido, ao Presidente cabe apenas comunicar a decisão da Corte nacional ao país requerente. Ele não poderá desconsiderar a decisão do STF, ela é vinculante neste caso.

Situação mais complicada, como visto nos capítulos anteriores, se dá quando o pedido é deferido. Neste caso questiona-se se: (i) a decisão do STF vincula o Presidente da República e (ii) qual a amplitude da discricionariedade do ato presidencial de entrega, ou recusa de entrega, do extraditando.

Ambas as questões foram respondidas pela Corte no Caso Battisti. Naqueles três julgamentos consolidaram que: (i) a decisão do STF, quando defere o pedido de extradição, não vincula o Presidente da República; e (ii) o Presidente está vinculado ao Tratado, sendo que cabe a ele interpretá-lo – em conformidade com a manifestação do Ministro Eros Grau no voto intermediário que proferiu na Ext. 1.085.

A tese defendida pelo Tribunal no Caso Battisti foi expressamente mantida na ementa dos Ext-ED. 1.202, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 19.10.2011:

> "4. (...) indeferido o pedido, deixa-se de constituir título jurídico sem o qual o Presidente da República não pode efetivar a extradição; **se deferida, a entrega do súdito ao Estado requerente fica a critério discricionário do Presidente da República**".[105]

[104] Conforme disposto no art. 81, da Lei 6.815/80.
[105] STF: Ext-ED. 1.202, Min. Rel. Cármen Lúcia, j. 19.10.2011, p.1. Grifos meus.

Emblemático também os Ext-ED. 1.146, Rel. Min. Eros Grau, j. 24.03.2010. O Ministro Eros repete o entendimento exarado pela Corte na Ext. 1.085:

> "Ao Supremo Tribunal Federal cabe tão-somente pronunciar-se a respeito da legalidade e procedência do pleito extradicional. Quem toma a decisão de extraditar, ou não extraditar, é o Presidente da República, **sempre**".[106]

Todavia, o Presidente não atua apenas para entregar ou recusar entregar o extraditando ao Estado requerente. O art. 89 do Estatuto do Estrangeiro indica que o Presidente tem a competência para decidir se entregará o estrangeiro imediatamente ainda que presentes as causas nele previstas, ou seja, o Presidente tem poder para interferir na entrega diferida do extraditando. Pode, em suma, decidir quando a extradição será executada, se imediatamente ou se depois de cumpridos os requisitos do art. 89 da Lei 6.815/80.

3.1. O artigo 89 e a ressalva do artigo 67 do Estatuto do Estrangeiro

No Caso Battisti a corrente majoritária entendeu que a atuação do Supremo restringe-se à análise da legalidade e da admissibilidade do pedido de extradição formulado por Estado estrangeiro. O mesmo entendimento foi mantido nas decisões posteriores.

Existem, todavia, elementos a serem analisados para a concretização de eventual entrega do extraditando que estão sujeitos à discricionariedade do Presidente da República. Tratam-se dos casos previstos no art. 89 da Lei 6.815/80, quais sejam: (i) a existência de processo ou condenação do estrangeiro, no Brasil, por crime punível com pena privativa de liberdade – hipótese elencada no caput do art. 89 –; e (ii) a efetivação da entrega

[106] STF: Ext-ED. 1.146, Rel. Min. Eros Grau, j. 24.03.2010, p. 687. Grifos meus.

causar risco à vida do extraditando devido a enfermidade grave – hipótese do parágrafo único do mesmo dispositivo legal.

Existindo processo ou condenação, no Brasil, do extraditando, por crime diverso e punível com pena privativa de liberdade ou enfermidade grave, o STF deve informar a existência dessa situação no momento de prolatar a sentença.

Em princípio, a Lei prevê no artigo 89[107] que a entrega do indivíduo, nesses casos, será diferida. A extradição só será executada findo o processo, ou cumprida a pena privativa de liberdade, ou não existindo mais risco à vida do extraditando. Mas a parte final do *caput* traz exceção ao disposto no artigo e remete-se ao art. 67[108]. Este, por sua vez, trata da expulsão de estrangeiro.

A leitura conjunta dos dois artigos revela que, sendo conveniente ao interesse nacional, o extraditando poderá ser entregue imediatamente, ainda que existam aquelas condições do art. 89.

Cabe ao Presidente da República, como representante internacional do Estado brasileiro, decidir se existe interesse nacional na entrega imediata do extraditando ou se a entrega dele ao Estado requerente será diferida, ou seja, em conformidade com a regra do art. 89, do Estatuto.

Pela jurisprudência do STF, este ato é, indiscutivelmente, ato de soberania da República Federativa do Brasil. Existindo interesse do Estado brasileiro a entrega é executada imediatamente e, não existindo, será realizada após a cessação das situações descritas no art. 89 da Lei 6.815/80.

A atuação do Presidente da República, em virtude da incidência do art. 89 ao caso, foi discutida em 28 dos 51 acórdãos. Destes, 25 são casos de extraditandos que estavam sendo processados ou cumprindo pena

---

[107] Art. 89. Quando o extraditando estiver sendo processado, ou tiver sido condenado, no Brasil, por crime punível com pena privativa de liberdade, a extradição será executada somente depois da conclusão do processo ou do cumprimento da pena, ressalvado, entretanto, o disposto no artigo 67.
Parágrafo único. A entrega do extraditando ficará igualmente adiada se a efetivação da medida puser em risco a sua vida por causa de enfermidade grave comprovada por laudo médico oficial.

[108] Art. 67. Desde que conveniente ao interesse nacional, a expulsão do estrangeiro poderá efetivar-se, ainda que haja processo ou tenha ocorrido condenação.

privativa de liberdade no Brasil. Na Ext-QO 1.215, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24.04.2013 a extraditanda teve sua pena privativa de liberdade convertida em restritiva de direitos; por isso a questão tomou rumos diferentes neste caso.

A hipótese do parágrafo único – de execução da extradição causar risco à vida do extraditando – surgiu em apenas 04 decisões[109].

Nestas 28 decisões, consolidou-se o entendimento de que essas situações não impedem "apreciação e decisão quanto à legalidade do pedido de extradição".[110] Têm como única consequência postergar, *a priori*, a execução da extradição.

Da mesma forma, limitaram-se a indicar a existência de causa impeditiva – ao menos a princípio – de execução imediata da extradição e a possibilidade do Presidente da República, caso entenda ser este o melhor para o interesse nacional, entregar o extraditando imediatamente, conforme disposição legal.

Interessante que nesses casos os ministros traçam um limite muito claro entre questões que são de competência do STF e aquelas que são de competência do Presidente da República. A questão do tempo processual também é muito relevante. A análise de enfermidade grave, por exemplo, deverá ser feita em momento posterior ao eventual deferimento da causa e não durante o processo de extradição. Foi essa a compreensão da Ministra Cármen Lúcia na Ext. 1.166, de sua relatoria.

> "**4.** Extemporânea e desprovida de lastro probatório, de outro lado, a alegação de que o Extraditando não disporia de saúde suficiente para ser transportado para a Itália (...). A constatação médica das condições físicas do Extraditando

[109] Na STF: Ext. 1.166, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 26.05.2011, o extraditando estava respondendo a processo no Brasil e alegou que não dispunha de saúde suficiente para ser transportado de volta para a Itália.
[110] STF: Ext. 1.173, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 07.10.2010, p. 14. O entendimento é repetido nos demais acórdãos, geralmente manifestam-se sobre a questão afirmando que a existência dessas situações não obstam o deferimento do pedido de extradição.

haverá de se dar após julgada e se deferida a extradição pelo Supremo Tribunal".[111]

A Ext. 1.122 foi o único caso que fugiu à regra, pois não explicitou a possibilidade do Presidente da República efetivar imediatamente a entrega naquele caso. O Ministro Teori Zavascki limita-se a dizer que a aplicação do art. 89 da Lei 6.815/80 se fazia necessário devido ao fato de o extraditando ter sido condenado no Brasil, afirmando ao final que "(...) não poderá ocorrer a entrega imediata do extraditando até o término do cumprimento da reprimenda imposta pelo (sic) Justiça brasileira".[112]

3.2. Casos excepcionais

Seis decisões extrapolam os limites dos arts. 89 cc. 67, da Lei 6.815/80.

Destas, cinco acórdãos chamaram atenção devido a suas peculiaridades. Tratam-se de casos que, em tese e através de interpretação um pouco menos restrita, poderiam ser abrangidos pelo disposto no art. 89, mas não o foram porque o Tribunal desconsiderou a subsunção desses casos à norma.

A meu ver, a exclusão desses casos do campo de discricionariedade do Presidente da República para decidir se ocorrerá a entrega diferida, ou não, demonstra que a Corte tem realizado interpretação restritiva do art. 89, da Lei 6.815/80; sendo que as hipóteses nele previstas seriam, conforme compreensão do próprio Supremo, *numerus clausus*.

O outro caso só pode ser parcialmente incluído nessa "categoria". Os Ext-ED. 1.146 trazem dois temas que, segundo o Ministro Relator Eros Grau, seriam da competência exclusiva do Presidente da República. O

---

[111] STF: Ext. 1.166, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 26.05.2011, voto Min. Cármen Lúcia, p. 12. A Ministra reforçou seu entendimento nos STF: Ext-ED. 1.202, de sua relatoria, j. 19.10.2011 e na STF: Ext. 1.299, também de sua relatoria, j. 10.09.2013.
[112] STF: Ext. 1.122, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 20.08.2013, voto Min. Teori Zavascki, p. 8.

primeiro é o da idade ou do estado de saúde do extraditando[113]. Esta primeira questão é incluída na discricionariedade que o parágrafo único do artigo 89 reconhece ao Presidente.

O segundo tema, porém, foge totalmente da esfera abarcada pelo art. 89 do Estatuto. Questiona-se a não aplicação ao caso de lei posterior mais benéfica ao réu. A este questionamento da defesa o Ministro Eros Grau afirma que "inexistem omissões no que tange à apreciação de questões envolvendo a aplicação de lei posterior benéfica (...). Ao Supremo Tribunal Federal cabe tão-somente pronunciar-se a respeito da legalidade e procedência do pleito extradicional".[114]

3.2.1. Casos relacionados à hipótese de risco à vida do extraditando, do art. 89, parágrafo único

Outros três julgados levantaram questões similares àquela prevista no art. 89, parágrafo único. Pelo dispositivo, a execução da extradição, a princípio, será adiada se confirmada enfermidade grave que poderá implicar em risco à vida do extraditando caso a medida seja efetivada imediatamente.

Devemos destacar dois elementos essenciais para caracterizar essa situação. O primeiro deles é o risco à vida decorrente do transporte do extraditando. O outro diz respeito à comprovada enfermidade grave.

Todavia, podemos questionar: caso o extraditando corra risco de vida não durante a efetivação da medida, mas após, ele estará resguardado pela regra do parágrafo único? E se o risco à vida decorrer não de enfermidade grave, mas de outro fator; ainda assim a situação será abrangida pelo § único do art. 89, da Lei 6.815/80?

---

[113] "Quanto ao pedido de aplicação, ao caso, do artigo 8º do Tratado, cabe ao Presidente da República decidir se circunstâncias atinentes à idade ou ao estado de saúde do extraditando consubstanciam óbice à extradição. O preceito tem como destinatário o Presidente da República". STF: Ext-ED. 1.146, Rel. Min. Eros Grau, j. 24.03.2010, voto Min. Eros Grau, p. 691.

[114] STF: Ext-ED. 1.146, Rel. Min. Eros Grau, j. 24.03.2010, p. 687.

Essas questões foram levantadas pela defesa do extraditando na Ext. 1.259, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 22.05.2012[115]. Segundo o extraditando ele estaria "sendo ameaçado de morte pelas pessoas que o contrataram para intermediar a compra da embarcação".[116] O Ministro Relator resolveu a questão baseando-se em parecer do Ministério Público Federal no sentido de que não se poderia dar relevância às alegações, pois não tinham qualquer suporte concreto[117].

Surge, então, a seguinte questão: existindo suporte fático, estaria essa circunstância incluída na hipótese do parágrafo único, já que a extradição geraria risco à vida do extraditando? A esta questão os ministros não responderam, mas a situação que aqui se configura parece ser mais complexa que aquelas elencadas pelo art. 89, pois nelas basta a mera constatação da existência da situação. Aqui, todavia, o Tribunal teria que analisar provas trazidas pelo extraditando, gerando um conflito com o sistema da contenciosidade limitada que adotamos no Brasil.

A outra situação peculiar é a que surgiu na Ext. 1.274, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 16.10.2012, em que a Ministra Rosa Weber questiona se a extradição não poderia ser postergada por alguns meses pelo fato da extraditanda ser gestante. A Ministra fala de postergar a entrega, mas não faz qualquer referência aos arts. 67 cc. 89 ou à discricionariedade do Presidente da República para decidir sobre a conveniência de postergar a entrega nesta situação. A ressalva da Ministra parece ser mais de ordem humanitária, na linha da intenção do próprio parágrafo único do art. 89. Todavia a inquietação da Ministra não é tratada por mais nenhum dos ministros, não tendo qualquer solução sobre a proposta dela na decisão final da Corte. A decisão do acórdão restringe-se a destacar o deferimento do pedido e a ressalvar que a extraditanda alemã está cumprindo pena

---

[115] E também na STF: Ext. 1.277, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 22.05.2012. Tratava-se de pedidos formulados por dois países distintos, mas baseados nos mesmos fatos. A Ext. 1.277 – pedido formulado pelos Estados Unidos da América – foi julgada prejudicada, uma vez que a questão fora resolvida na Ext. 1.259 – de autoria do Governo da Itália, a quem foi reconhecida a prevalência do interesse, conforme o art. 79, § 1º, I, EE: "Art. 79. Quando mais de um Estado requerer a extradição da mesma pessoa, pelo mesmo fato, terá preferência o pedido daquele em cujo território a infração foi cometida.
§ 1º Tratando-se de crimes diversos, terão preferência, sucessivamente:
I - o Estado requerente em cujo território haja sido cometido o crime mais grave, segundo a lei brasileira".

[116] STF: Ext. 1.259, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 22.05.2012, p. 5.

[117] STF: Ext. 1.259, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 22.05.2012, voto Min. Dias Toffoli, p. 16.

privativa de liberdade no Brasil por crime diverso, sendo essa a única aplicação do art. 89 no julgado.

3.2.2. Caso relacionado à hipótese de cumprimento de pena privativa de liberdade, do art. 89, caput

A Ext-QO 1.215, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24.04.2013, é também um caso peculiar, mas não como os dois casos do subcapítulo anterior. Naqueles casos, houve uma tentativa de enquadrar situações não expressas dentre as hipóteses do art. 89.

Nesta questão de ordem, por outro lado, há um mero afastamento da aplicação dos arts. 67 cc. 89 da Lei 6.815/80, uma vez que, no caso concreto, a pena privativa de liberdade da extraditanda fora posteriormente convertida em pena restritiva de direitos. Ora, o caput do art. 89 é claro em sua dicção de que a entrega será diferida "[q]uando o extraditando estiver sendo processado, ou tiver sido condenado, no Brasil, por crime punível com **pena privativa de liberdade** (...)".[118]

No caso concreto, os Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski divergiram quanto à extensão do art. 89, caput. O debate pode ser resumido na seguinte pergunta: pena restritiva de direitos é apta a diferir a efetivação da entrega nos moldes do art. 89, caput, da Lei 6.815/80?

Para o Ministro Lewandowski a resposta é positiva. A leitura que ele faz do *caput* é a de que qualquer pena criminal seria abrangida pelo dispositivo[119]. Ele fez, na minha opinião, uma leitura errada do artigo, porque traz expressamente a condição de que a pena deve ser privativa de liberdade.

Na contramão, o Ministro Gilmar Mendes faz uma leitura completa do caput e defende que a pena privativa de liberdade é a única pena abrangida pelo artigo. Como de fato o é.

---

[118] Parte inicial do art. 89, caput, da Lei 6.815/1980. Grifos meus.

[119] "(...) ela [pena restritiva de direitos] é uma pena alternativa, mas ela é uma pena criminal. Então o Estado brasileiro pode optar que essa pessoa...". STF: Ext-QO 1.215, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24.04.2013, debate, p. 10.

A Segunda Turma resolveu essa questão entendendo que *in casu* o art. 89, do Estatuto do Estrangeiro deveria ser afastado. Baseiam-se, inclusive em um precedente da Corte – o HC n. 82.261/SP QO, Rel. Min. Nelson Jobim, j. 27.02.2004.

Uma questão mais complexa que poderia surgir quanto à abrangência do art. 89, caput, mas que não surgiu nesta Questão de Ordem na Extradição, é a de saber se o artigo deveria ser aplicado ao caso já que a extraditanda havia sido efetivamente condenada à pena privativa de liberdade. Poderiam defender que, inicialmente, não importava que naquele momento a pena privativa de liberdade já não mais existisse. Para a incidência do art. 89 bastaria a condenação da extraditanda por crime punível com essa modalidade de pena. Na contramão, pode-se argumentar que o art. 89 não deveria incidir sobre o caso, pois a pena privativa de liberdade fora substituída por uma restritiva de direitos. O núcleo do art. 89 seria a pena privativa de liberdade que o indivíduo requerido está cumprindo e não aquela condenação a uma ou outra forma, que já ficou no passado.

Basicamente, a distinção está em, por um lado, analisar a situação atual do extraditando, ou, por outro lado, analisar o momento passado no qual a sentença foi proferida. Sob esta óptica basta que a pena privativa de liberdade tenha existido em algum momento para que o art. 89 incida sobre o caso; enquanto que para aquela primeira, o art. 89 só poderá ser aplicado se a pena privativa de liberdade ainda perdurar à época da análise da situação.

Um segundo debate tomou lugar na Ext-QO 1.215. Após proferir seu voto o Ministro Relator Gilmar Mendes foi questionado pelo Ministro Ricardo Lewandoski quanto aos limites do voto.

O Ministro Gilmar Mendes concluiu decidindo que: votava "no sentido de resolver a questão de ordem para reconhecer que a extraditanda **poderá ser entregue imediatamente**, sob pena de expedição de alvará de soltura".[120]

---

[120] STF: Ext-QO 1.215, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24.04.2013, voto Min. Gilmar Mendes, p. 7. Grifos meus.

Segundo o Ministro Lewandowski, o Ministro Relator teria extrapolado as competências do Supremo Tribunal Federal, pois entendia que o voto do Relator estaria determinando, impondo ao Poder Executivo que "ele compulsoriamente [entregasse] a extraditanda ao governo estrangeiro".[121] Para o Ministro, o Tribunal não poderia decidir a questão dispondo sobre uma entrega imediata. Seria uma imposição ilegítima; o STF estaria se imiscuindo no campo de competência exclusiva do Poder Executivo. Para reforçar sua posição o ministro apoia-se no Caso Battisti, afirmando que lá a Corte havia decidido que "o Executivo tem plena discricionariedade, porque se trata de um ato político de extraditar ou não".[122]

O Ministro Teori Zavascki manifesta o que havia entendido do voto do Ministro Gilmar Mendes. Sua interferência no debate acabou esclarecendo o significado e extensão daquele voto. *Verbis*:

> "Eu só gostaria de observar que, na verdade, pelo que eu entendi do voto do Ministro Gilmar, ele não está dando uma ordem ao Governo brasileiro para que ele decida pela extradição. O que ele está dizendo, pelo que eu entendi, é que, ante essa situação *Kafkiana*, ou o Governo decide ou o Tribunal decreta a liberdade da extraditanda".[123]

Por fim, tendo sido esclarecido esse ponto "obscuro" do voto do Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Ricardo Lewandowski acaba concordando com a decisão proferida pelo Ministro Relator.

---

[121] No original: "(...) nós não podemos impor ao Executivo, sob pena de extravasamento da nossa competência e ofensa ao princípio da separação dos Poderes, que ele compulsoriamente entregue a extraditanda para o governo estrangeiro". STF: Ext-QO 1.215, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24.04.2013, debate, p. 10.
[122] Idem. P. 8.
[123] Idem, p. 11.

4. Outras condições impostas para extraditar

O Estatuto do Estrangeiro ainda prevê em seu artigo 91[124] que o Estado requerente deve assumir alguns compromissos para que a extradição seja efetivada.

A hipótese elencada no primeiro inciso, referente à impossibilidade de o extraditando ser preso ou processado por fatos anteriores ao pedido de extradição é tratada de forma mais aprofundada apenas nos dois pedidos de extensão de extradição – Ext-extensão-terceiro 1.064, Rel. Min. Rosa Weber, j. 18.12.2012; e Ext-Extn 1.139, Rel. Min. Rosa Weber, j. 18.12.2012.

Nesses dois casos a Corte manifestou-se indicando que pelo princípio da especialidade "não pode o Extraditado no País Requerente ser processado por fato diverso daquele que motivou a extradição" [125], mas que, não obstante esse empecilho a Corte "tem admitido a apresentação de pedidos de extensão em extradições, condicionando o seu deferimento ao devido processo legal".[126] Portanto, aplica-se, no que cabível, as regras do processo de extradição comum. Por exemplo, novo interrogatório deve ser realizado[127] e a defesa do extraditando permanece limitada aos temas elencados no art. 85, § 1º, da Lei 6.815/80; o exame de legalidade a ser feito pelo STF é obrigatório e tem as mesmas limitações impostas no processo extradicional original.

---

[124] Art. 91. Não será efetivada a entrega sem que o Estado requerente assuma o compromisso:
I - de não ser o extraditando preso nem processado por fatos anteriores ao pedido;
II - de computar o tempo de prisão que, no Brasil, foi imposta por força da extradição;
III - de comutar em pena privativa de liberdade a pena corporal ou de morte, ressalvados, quanto à última, os casos em que a lei brasileira permitir a sua aplicação;
IV - de não ser o extraditando entregue, sem consentimento do Brasil, a outro Estado que o reclame; e
V - de não considerar qualquer motivo político, para agravar a pena.

[125] STF: Ext-extensão-terceiro 1.064, Rel. Min. Rosa Weber, j. 18.12.2012, voto Min. Rosa Weber, p. 7.

[126] Idem.

[127] Na STF: Ext-Extn 1.139, Rel. Min. Rosa Weber, j. 18.12.2012, como o extraditando renunciou ao princípio da especialidade, concordando com os pedidos de extensão formulados pelo Governo de Portugal, a Corte entendeu que nova citação e interrogatório eram desnecessárias. Vide a ementa número 2 à página 1 do acórdão: "2. Concordância expressa do demandado, assistido por defensor, no País Requerente com o pedido de extensão da extradição que tornam desnecessária nova citação e interrogatório relativamente ao pedido de extensão, remanescendo ao Supremo Tribunal Federal o controle da legalidade".

À exceção desses dois casos de Pedido de Extensão em Extradição, apenas um julgado colocou expressamente a observância dessa condição como necessária à efetivação da extradição. Trata-se da Ext. 1.195, Rel. Min. Ayres Britto, j. 12.05.2011, cujo acórdão trás: "Execução condicionada ao compromisso do Estado requerente de (...) não considerar delitos aqui desconsiderados (art. 91 da Lei 6.815/80)".[128] Todavia a matéria não foi discutida pelo Plenário.

Situação semelhante é a de não considerar qualquer motivo político para agravar a pena, previsto no inciso V do art. 91. A questão foi suscitada apenas na Ext. 1.299, na qual os ministros colocaram essa como uma das condições à execução da extradição[129].

Todavia, dentre as hipóteses elencadas nos cinco incisos do artigo 91, nos casos analisados, tiveram maior relevância as previstas nos incisos II e III, que tratam, respectivamente, da detração do período em que o extraditando ficou preso preventivamente no Brasil por força exclusiva da extradição, e da comutação da pena de prisão perpétua ou de morte em pena privativa de liberdade.

O tema da detração foi levantado em 26 dos 51 acórdãos analisados. A questão mais saliente é quanto ao termo inicial a ser utilizado. O inciso II do art. 91 é bem explícito ao indicar que deverá ser detraído da pena estrangeira "o tempo de prisão que, no Brasil, foi imposta por força da extradição".

Surgiu questão de saber como deveria ser calculado o período a ser detraído naqueles casos em que o extraditando já estivesse preso no Brasil por outro delito. Nesses casos, decreta-se prisão preventiva para fins de extradição, mas esta não se faz necessária, pois o extraditando já está preso por outro motivo. A função primária da prisão preventiva é evitar a fuga do sujeito requerido. Já estando ele preso – independentemente do motivo pelo qual ele foi encarcerado – essa função primeira está preenchida.

---

[128] STF: Ext. 1.195, Rel. Min. Ayres Britto, j. 12.05.2011, p.1.

[129] "(...) ressalvando que, na eventual condenação do Extraditando, *a*) não concorrerá para a pena o eventual fim ou motivo político dos crimes; (...)". Ext. 1.299, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10.09.2013, p. 23.

Interessante é a ressalva do Ministro Dias Toffoli na Ext. 1.221, uma vez que o extraditando já encontrava-se preso no Brasil por delito diverso daquele que motivou o pedido de extradição: "Por isso, eu nada consignei quanto a eventual tempo de detração, porque ele já se encontrava preso em razão dessa condenação no Brasil".[130]

A questão era saber se o tempo da pena cumprida pelo extraditando pelo cometimento de crime diverso serviria de base para a detração da pena a ele imputada no exterior. A Corte entendeu que a pena cumprida por crime diverso não poderá ser utilizada para fins de detração.

Nem mesmo o período posterior à decretação da prisão preventiva para extradição, já estando o extraditando preso por crime diverso, poderia ser detraído da pena imputada no exterior. O único período que deverá ser detraído é aquele em que o extraditando ficou preso por força exclusiva da extradição e à disposição do Supremo Tribunal. Foi esse o entendimento da Primeira Turma na Ext. 1.175, Rel. Min. Rosa Weber, j. 27.03.2012. Do voto condutor proferido pela Ministra extrai-se: "Registre-se, porém, que, como a extraditanda também está presa em decorrência de condenação no Brasil, a detração deve abranger somente o período posterior ao cumprimento da pena, ou seja, o resultante apenas do pedido de extradição".[131]

Na mesma linha a Ext. 1.274. Após verificar que a extraditanda estava presa no Brasil em virtude de delito diverso, o Ministro Toffoli afirma que "após o cumprimento da sanção corporal imposta pela justiça brasileira, deve ser efetuada a detração do tempo de prisão ao qual venha ela a ser submetida no Brasil".[132]

Na Ext. 1.226, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 28.06.2011, ficou estabelecido que a detração penal seria "quanto ao tempo que o extraditando permaneceu preso à disposição deste Supremo Tribunal Federal (...) e não desde a data em que o extraditando foi preso por outro

[130] STF: Ext. 1.221, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.03.2012, explicação Min. Dias Toffoli, p. 19.
[131] STF: Ext. 1.175, Rel. Min. Rosa Weber, j. 27.03.2012, voto Min. Rosa Weber, p. 7.
[132] STF: Ext. 1.274, Rel. Dias Toffoli, j. 16.10.2012, voto Min. Dias Toffoli, p. 12. O trecho é repetido de forma idêntica na STF: Ext. 1.315, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 10.09.2013, p. 9; e na STF: Ext. 1.308, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 17.09.2013.

crime ocorrido no Brasil".[133] O termo *a quo*, portanto, é a data de cumprimento do mandado de prisão preventiva.

A ementa número 4 da Ext. 1.233, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 09.08.2011, por sua vez, proclamou que a detração a ser assegurada pelo país requerente era a do tempo que o extraditando tivesse permanecido preso no Brasil em virtude do pedido formulado[134].

A questão da detração é tratada de forma peculiar na Ext-QO 1.215, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24.04.2013. Neste caso, a defesa pediu que o período que a extraditanda ficou presa para fins de extradição fosse detraído do tempo de pena a que ela foi inicialmente condenada no Brasil pelo delito de uso de documento falso. O pedido não foi acolhido, pois entenderam que tal detração era impossível[135].

O outro compromisso relevante a ser assumido pelo Estado requerente antes da entrega do extraditando é o de comutar eventuais penas perpétuas ou de morte – vedadas pela Constituição Federal brasileira no art. 5º, XLVII[136] – em pena privativa de liberdade.

A questão da necessidade de comutação dessas penas rechaçadas pelo nosso ordenamento jurídico em pena privativa de liberdade foi discutida em 10 acórdãos.

Destas, em oito decisões entendeu-se que a pena máxima comutável era a de 30 anos de prisão. Essa exigência parece ser a mais coerente com o nosso ordenamento jurídico, já que o Código Penal brasileiro estabelece em seu art. 75[137] que 30 anos é pena máxima aplicável no Brasil. De nada adiantaria garantir a não condenação do extraditando com pena de prisão perpétua ou de pena de morte se não se observa as demais disposições

---

[133] STF: Ext. 1.226, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 28.06.2011, pp. 1-2.
[134] STF: Ext. 1.233, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 09.08.2011, p. 9.
[135] STF: Ext-QO 1.215, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 24.04.2013, voto Min. Gilmar Mendes, p. 6.
[136] Art. 5º. XLVII - não haverá penas:
a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
b) de caráter perpétuo.
[137] Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos.
§ 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.
§ 2º - Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido.

sobre o tema. Neste caso, estar-se-ia observando as garantias do sistema penal brasileiro apenas parcialmente, não existindo, então, uma garantia real e efetiva de proteção do extraditando.

Na Ext. 1.151, o Ministro Celso de Mello explicita que:

> "Esse entendimento revela-se, hoje, predominante no Supremo Tribunal Federal (...), que condiciona, agora, a entrega do extraditando à formulação, pelo Estado requerente, de compromisso diplomático pelo qual se obrigue a comutar a pena de prisão perpétua **em sanção temporária, de até 30 (trinta) anos, de privação de liberdade**".[138]

Na Ext. 1.188, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 08.11.2011 há referência apenas ao compromisso formal do Estado requerente de não aplicar a pena de prisão perpétua sem falar da necessidade de a pena restritiva de liberdade cominada dever limitar-se ao máximo de 30 anos.

Um único caso divergiu do que fora consolidado nos demais julgamentos. Falo da Ext. 1.299. Aqui, a Segunda Turma decidiu que a pena de prisão perpétua não poderia ser imputada ao extraditando, sendo, portanto, convertida em pena privativa de liberdade. Afirmam que deveria ser observada "quanto à privação de liberdade, o prazo máximo de trinta anos atribuído a cada crime, máximo permitido na legislação brasileira".[139]

Cumpre ressaltar que a parte deferida do pedido de extradição dizia respeito a quatro crimes de "privações ilegais da liberdade agravadas" – equiparados ao crime de sequestro qualificado do ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, na linha do que a Ministra Relatora propôs – e foi acolhido pelos demais ministros da Turma – o extraditando poderia ser condenado quatro vezes à pena máxima de 30 anos, somando 120 anos, já que ela parece ter considerado que as penas máximas poderiam ser consideradas para cada crime em separado sem levar em conta a regra do art. 75, § 1º do Código Penal brasileiro, que prevê que se a soma das penas

---

[138] STF: Ext. 1.151, Rel. Min. Celso de Mello, j. 17.03.2011, voto Min. Celso de Mello, p. 47. Grifos meus.
[139] STF: Ext. 1.299, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 10.09.2013, voto Min. Cármen Lúcia, p. 23.

privativas for superior a 30 anos, estas devem ser somadas de forma a respeitar o limite máximo previsto no *caput* do mesmo artigo – qual seja a de 30 anos.

Essa interpretação atípica da comutação da pena pode não ter sido, de fato, a interpretação pretendida pela Ministra Cármen Lúcia[140], pois a ementa foi escrita de forma confusa nesse ponto. Todavia, não cabe a nós fazer a análise de qual a intenção da Ministra e se seu intento foi manifestado no acórdão da extradição de forma correta. A nós, cabe apenas analisar o que está objetivamente escrito; o que afinal servirá de parâmetro para casos futuros.

Ainda sobre essa obrigação de o Estado comprometer-se formalmente a comutar as penas de prisão perpétua ou de morte em pena privativa de liberdade, na Ext. 1.221, os Ministros questionam quais as consequências de o Estado não cumprir com a promessa depois de efetivada a medida de extradição. O Ministro Luiz Fux levanta a questão e a Ministra Cármen Lúcia afirma que nada há a ser feito. Os Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio discordam da Ministra. Toffoli propõe duas saídas: a primeira caberia ao STF, que poderia deixar de deferir os pedidos de um Estado que reiteradamente viesse desrespeitando suas decisões – o Ministro Marco Aurélio reforça essa proposta ao afirmar que existe precedente do STF nesse sentido; a outra seria da ordem do Chefe de Estado brasileiro, que poderia romper o acordo bilateral em virtude do constante desrespeito do Estado estrangeiro às decisões do Estado brasileiro. A Ministra Cármen Lúcia rebate as soluções dadas pelo Ministro Toffoli afirmando que elas não estão previstas na lei 6.815/80. Ao final, não houve qualquer conclusão de qual seria a real consequência nesses casos[141].

Por fim, um apontamento geral cabível é o de que se pode extrair dos acórdãos analisados que a Corte entende que os compromissos previstos no art. 91 não têm poderes para obstar a concessão da extradição, mas afirma

---

[140] Em seu voto na STF: Ext. 1.221, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.03.2012, por exemplo, a Ministra Cármen Lúcia fala expressamente que "O Supremo defere condicionado a que haja o decote, até o máximo, de trinta anos". P. 22.

[141] A parte em que esse debate se encontra está entre as páginas 24 e 26 da Ext. 1.221, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.03.2012.

que eles devem ser assumidos pelo Estado requerente antes da entrega do extraditando pelo Estado brasileiro.

V. CONCLUSÃO

Após a realização dessa pesquisa, pertinente sistematizar as principais ideias extraídas do material analisado.

Se me fosse perguntado quem tem a competência para extraditar, responderia que, segundo o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal, tal competência pertence ao Presidente da República. Todavia, seria forçoso colocar algumas ressalvas a essa resposta tão simplista.

De fato, na Ext. 1.085 o Plenário decidiu **por cinco votos** (Ministros Marco Aurélio, Eros Grau, Joaquim Barbosa, Ayres Britto e Ministra Cármen Lúcia) **a quatro** (Ministros Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Ministra Ellen Gracie) que a competência para extraditar é do Presidente da República, uma vez que ele não está vinculado à decisão do STF, se autorizativa da entrega do extraditando.

Todavia, no julgamento conjunto da Rcl. 11.243 e da Ext. 1.085 PET-AV, que ocorreu quase dois anos depois, o Ministro Ricardo Lewandowski mudou seu posicionamento e alinhou-se à corrente vencedora da Ext. 1.085. Ele, juntamente com a Ministra Cármen Lúcia e os Ministros Luiz Fux, Ayres Britto, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio, votou pela higidez do ato presidencial de não entrega de Cesare Battisti ao Governo italiano, pois entendia que a competência para decidir pela entrega, ou não, é do Presidente da República, desde que motivasse sua decisão nos limites do Tratado de extradição firmado entre os dois países. Assim, a corrente que defendia a submissão do ato presidencial à decisão do Tribunal restou diminuída.

Esta é a primeira ressalva a ser feita: ainda que a Corte não tenha modificado seu entendimento sobre a competência para extraditar, acredito que a mudança de posicionamento do Ministro Ricardo Lewandowski é um forte indício de que o Supremo Tribunal Federal ainda não tem entendimento sólido sobre a matéria e que a questão ainda não está completamente resolvida, gerando dúvidas entre os Ministros sobre o tema. Muito pelo contrário, na verdade.

Na contramão, poderiam defender que a mudança de posicionamento do Ministro Ricardo Lewandowski seria reflexo do fortalecimento da corrente vencedora da Ext. 1.085. Todavia, penso que, apesar do crescimento dos adeptos da corrente defensora da competência do Presidente da República para extraditar, esse crescimento pode não ser duradouro, uma vez que os argumentos utilizados pelos ministros por vezes se confundem. Exemplo claro é o fato de o Ministro Lewandowski não ter rebatido, na Rcl. 11.243 e na Ext. 1.085 PET-AV, o que havia consignado em seu voto na Ext. 1.085; mas ao contrário, ter retomado os argumentos lá utilizados para, em seguida, mudar seu entendimento como se estivesse simplesmente seguindo uma linha de raciocínio que já vinha desenvolvendo desde o julgamento da extradição de Cesare Battisti, o que não é verdade.

Pela leitura da Ext. 1.085, a quantidade de desentendimentos entre os Ministros e a controvérsia sobre a matéria são perceptíveis. Não houve um real consenso sobre qual o papel do Presidente da República no processo de extradição. Basta notar que a decisão final da Ext. 1.085 foi resultado de desempate pelo voto-médio do Ministro Eros Grau, que não se encaixa em nenhuma das outras duas correntes defendidas, não sendo muito claro quanto à verdadeira extensão da discricionariedade do Presidente.

Temos aqui a segunda ressalva a ser feita àquela resposta inicial: a competência do Presidente da República para decidir se extraditará, ou não, – tendo o STF autorizado a entrega do requerido – não pode ser entendida como arbitrariedade. O entendimento da Corte não é o de que o Chefe de Estado brasileiro tem plena discricionariedade e ilimitada liberdade para decidir sobre o assunto. Esse foi o entendimento de apenas quatro dos ministros[142] que compunham a corrente majoritária quanto à não-vinculação do Presidente da República à decisão do Supremo.

O entendimento vencedor é aquele que se extrai do voto do Ministro Eros Grau. Segundo o Ministro Eros, existem dois motivos do porquê de ser o Presidente o detentor da discricionariedade para decidir se extraditará, ou não. O primeiro deles é pelo fato de ele não estar vinculado à decisão proferida pela Suprema Corte e o segundo relaciona-se ao fato de caber

[142] Ministros Marco Aurélio, Joaquim Barbosa, Ayres Britto e Ministra Cármen Lúcia.

exclusivamente ao Presidente da República interpretar as cláusulas do Tratado de extradição firmado entre os dois Governos.

Portanto, a discricionariedade do Presidente da República não é ampla e irrestrita, sendo, em verdade, limitada ao disposto pelo Tratado, vinculando seu ato, conforme defendido pelo Ministro Eros Grau.

Cabe, aqui, uma problematização sobre a solução dada pelo Supremo sobre essa questão levantada. Ao julgarem a extradição de Cesare Battisti, apenas o Ministro Eros Grau votou no sentido de que a atuação do Presidente está restrita às limitações impostas pelo Tratado de extradição. Nenhum dos outros oito ministros presentes às sessões de julgamento da Ext. 1.085 apresentou voto no mesmo sentido.

Analisando a situação de forma generosa, poder-se-ia falar que a solução encontrada na Ext. 1.085 foi o resultado de uma flexibilização das duas correntes divergentes que foram estabelecidas num primeiro momento do julgamento da admissibilidade da extradição de Cesare Battisti.

Todavia, a meu ver, não é essa a compreensão mais correta dos julgamentos. Creio que o entendimento da Corte no Caso Battisti – e em consequência, o entendimento da Corte sobre os limites da discricionariedade do Presidente da República – é resultado do entendimento de um único ministro. Acredito que o entendimento do STF sobre competência para extraditar não é resultado de uma corrente majoritária formada por cinco ministros[143], é, na verdade, sinônimo do entendimento do Ministro Eros Grau sobre a matéria.

Como consignado na própria ementa da Ext. 1.085, no item de número 8, o resultado da obrigação do Presidente da República agir nos termos do Tratado de extradição foi resultado de quatro votos pela obrigatoriedade da extradição e do voto-médio do Ministro Eros que exigia apenas a observância do Tratado. Destaca, ainda, que os quatro votos que entendiam ser discricionário o ato presidencial restaram vencidos.

A terceira ressalva está diretamente ligada à segunda, complementando-a. Refere-se ao significado que os termos ***discricionário***

[143] Os Ministros Eros Grau, Cezar Peluso, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e a Ministra Ellen Gracie.

e ***vinculado*** assumiram no Caso Battisti. Os termos não foram adotados de forma uniforme pelos ministros. A um mesmo termo foram dadas amplitudes diferentes.

Quanto à *discricionariedade* do Presidente da República, dois foram os entendimentos: o primeiro, defendido pela Ministra Cármen Lúcia – seguida pelos Ministros Marco Aurélio, Joaquim Barbosa e Ayres Britto –, tem maior amplitude e reconhece a discricionariedade do Presidente fora dos limites da Lei e do Tratado. O segundo entendimento é o adotado pelo Ministro Eros Grau, que tem noção mais restrita da discricionariedade do Presidente da República na extradição. Reconhece a discricionariedade dentro dos limites estabelecidos pelo Tratado. O conceito adotado pelo Ministro Eros Grau é confuso. O próprio ministro, por vezes, refere-se ao ato presidencial como ato discricionário e em outros momentos afirma que é ato vinculado. A amplitude que o ministro dá à discricionariedade equivale ao entendimento que ele tem da amplitude do ato vinculado.

Como dito, uma das duas extensões que se deu ao termo *vinculado* é a do Ministro Eros Grau. Esse conceito é mais amplo que aquele adotado pelos Ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes. Para eles, *vinculado* relaciona-se à ideia de que o Presidente deve agir nos exatos termos do Tratado. A discricionariedade existe apenas naqueles casos expressamente destacados pela Lei (arts. 89 e 90 cc. 67, do EE) ou pelo Tratado; não há espaço para interpretação por parte do Presidente da República. O Ministro Eros Grau, por outro lado, entende que o conceito de ato vinculado não pode ser tão restrito, pois estaria excluindo qualquer possibilidade do Poder Executivo interpretar e aplicar a noção de *fundado temor de perseguição* (que está previsto no art. 3.1, f do Tratado de extração ítalo-brasileiro).

A quarta e última ressalva que deverá ser feita é a de que o Caso Battisti – aqui compreendido como o conjunto das três decisões que o compuseram (Ext. 1.085; Rcl. 11.243; Ext. 1.085 PET-AV) – é um *ponto fora da curva* na jurisprudência recente do Tribunal. Com essa afirmação pretendo dizer que a questão da discricionariedade presidencial fora dos limites dos arts. 89 cc. 67 do Estatuto do Estrangeiro praticamente só foi

discutida nas decisões do Caso Battisti, tendo sido retomada uma única vez depois desses julgamentos[144].

Dentro de um universo composto por cinquenta e uma decisões posteriores à Ext. 1.085, apenas os Ext-ED. 1.146, Rel. Min. Eros Grau, 24.03.2010 tratam de situação não abrangida pelos arts. 89 cc. 67 do Estatuto do Estrangeiro. Mesmo nesta decisão, o tema é apenas tangenciado, não existindo debates sobre o tema e um real esforço argumentativo por parte do Ministro Relator.

Nos outros vinte e oito acórdãos em que o tema da discricionariedade do Presidente da República é trazido à baila, a decisão restringe-se à discricionariedade do Presidente de entregar imediatamente o extraditando nos dois casos em que, *a priori*, a efetivação da extradição é diferida. Refiro-me aos casos do art. 89 cc. 67, da Lei 6.815/80, quais sejam: (i) caso o extraditando esteja sendo processado ou tenha sido condenado no Brasil por delito punível com pena privativa de liberdade; ou (ii) caso a efetivação da extradição cause risco à vida do extraditando devido a enfermidade grave.

A Rcl. 11.243 e a Ext. 1.085 PET-AV, além de reforçarem a posição da Corte sobre questões já debatidas e decididas na Ext. 1.085 – como a não submissão do Presidente da República à decisão do STF; o reconhecimento do Presidente como o órgão competente para extraditar; e a obrigatoriedade dele observar o disposto no Tratado de Extradição na hora de decidir se efetivará ou não a medida –, complementaram os debates sobre os limites da discricionariedade do Presidente da República ao decidir pela entrega ou manutenção do extraditando no Brasil.

Partindo da tese defendida pelo Ministro Eros Grau na Ext. 1.085, o Plenário esclareceu nesses dois julgamentos que o ato presidencial é ato vinculado ao Tratado, mas que competente para interpretá-lo é o Presidente da República; a interpretação da noção de *fundado temor de perseguição* cabe ao Poder Executivo e não ao Poder Judiciário, pois não existe conceito legal de crime político.

---

[144] Conforme analisei no **capítulo IV. As decisões posteriores ao Caso Battisti**.

A aparente contradição que surge, mas que não foi debatida e solucionada pelos ministros, é que a Lei 6.815/80, no art. 77, § 2º, delega ao Supremo a competência de determinar o caráter da infração, mas o STF entendeu que, devido à falta de conceito legal de crime político, o Presidente da República tem discricionariedade para decidir se o fundado temor de perseguição por motivos políticos está configurado no caso ou não. O problema surge naqueles casos em que o Supremo entende que o delito tem natureza comum e o Presidente da República entende que se trata de crime político. Seguindo a regra do Estatuto do Estrangeiro, o entendimento do STF deveria prevalecer, mas, na prática, foi a decisão do Presidente da República que prevaleceu.

Outra decisão importante que podemos extrair desses julgamentos é de que a Corte entendeu ser o ato de entrega, ou não entrega, do extraditando ato de soberania da República Federativa do Brasil, devendo ser praticado por seu representante no plano internacional, que é o Presidente da República brasileiro. O ato é, portanto, insindicável pelo STF, uma vez que eventual ilegalidade dele gera efeitos apenas no plano internacional, qual seja: uma lide entre dois países soberanos. Portanto, competente para dirimir tal conflito seria a Corte Internacional de Haia.

Todas essas decisões foram tomadas porque baseadas no entendimento consolidado pelo Tribunal de que sua decisão é meramente declaratória e não vinculante e de que a atuação do STF limita-se à mera análise da legalidade e admissibilidade do pedido de extradição formulado por Estado estrangeiro. Após a análise dos aspectos formais do pedido exaurida está a atuação da Corte. O sistema da contenciosidade limitada é reforçado em todos os cinquenta e quatro casos analisados. Em todos eles, o Supremo reafirma a ideia de que sua atuação é meramente formal; que a análise a ser realizada deve ser rasa, limitando-se aos documentos trazidos pelo Estado requerente, sem fazer juízos de valor sobre o que neles encontrar, verificando se as condições e pressupostos da admissibilidade da extradição estão presentes.

Ficou consignado nos acórdãos posteriores à Ext. 1.085 que apenas excepcionalmente o Tribunal poderá analisar aspectos materiais da substância da imputação penal, e mesmo assim, somente se tal análise for

indispensável à solução de controvérsias relacionadas à prescrição da punibilidade, à configuração da dupla tipicidade ou à configuração eventualmente política do delito imputado ao extraditando ou das razões que levaram o Estado estrangeiro a requerer a extradição daquela pessoa. A análise de aspectos materiais só poderá ocorrer se os aspectos formais não forem suficientes para confirmar ou desconfirmar a admissibilidade do pedido de extradição formulado pelo Estado requerente.

Extrai-se das decisões estudadas que consequência da limitação do poder de análise do Supremo é a restrição temática da defesa a ser realizada pelo extraditando. A defesa deve restringir-se a questionamentos sobre a identidade da pessoa requerida; defeitos de forma dos documentos essenciais à instrução do pedido; e a ilegalidade do pedido, conforme disposto no art. 85, § 1º, do Estatuto do Estrangeiro.

Além disso, com a realização da pesquisa, constatei que a quase totalidade das decisões de extradição (42 de 46 Extradições[145]) foi deferida total ou parcialmente por unanimidade. Talvez os resultados obtidos por unanimidade sejam reflexo do modelo de julgamento dos pedidos de extradição. Por exemplo, pelo fato de, na quase totalidade dos casos, apenas o Ministro Relator apresentar voto escrito, sendo seguido pelos demais ministros presentes.

Por fim, interessante ressaltar que restou confirmado que o modelo extradicional adotado pelo Brasil é o modelo belga, ou de contenciosidade limitada. Digo isso porque o STF limita-se à mera subsunção dos elementos fáticos aos requisitos e condições do Estatuto do Estrangeiro e de eventual Tratado de extradição. Isso pôde ser verificado nas cinquenta e quatro decisões estudadas.

Constatação relevante é a de que o Supremo Tribunal Federal deixou claro seu entendimento sobre a importância e essencialidade de sua atuação no processo extradicional. Segundo a Corte, o exame de legalidade realizado pelo STF é garantia indisponível em favor do extraditando. Nem mesmo nos oito casos em que o extraditando concordava em ser

[145] Os outros oito acórdãos que complementam o universo total analisado de cinquenta e quatro julgados são Questões de Ordem, Embargos de Declaração e Pedidos de Extensão em processos de extradição; além da Reclamação e da Petição Avulsa do Caso Battisti.

extraditado o STF poderia deixar de proferir decisão sobre a legalidade e admissibilidade do pedido realizado. Nos cinquenta e quatro acórdãos, o Supremo reafirmou o fato de o seu pronunciamento ser essencial à concessão da extradição.

Em suma, pelo estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não podemos dizer que existe conflito de competências no processo de extradição. As competências dos Poderes Executivo e Judiciário estão minimamente delimitadas de forma a impedir que um Poder invada a esfera de competência do outro. As competências de cada Poder complementam-se, ou seja, todas elas são essenciais para o correto prosseguimento e conclusão do processo extradicional. Sem o exame de legalidade e admissibilidade do pedido pelo STF o Presidente não poderá proceder à entrega do extraditando ao Estado requerente. Por outro lado, se o Presidente não formalizar ato de entrega, ou não entrega do extraditando, o STF não pode obrigar que Poder Executivo efetive a Extradição.

VI. ANEXOS

1. Modelo de ficha-resumo utilizado

Número do acórdão:	
Data do julgamento:	
Órgão julgador:	
Relator:	
País requerente:	
Pedido fundado em:	
Nome do extraditando:	
Precedentes citados/De que Tribunal é o precedente citado? *Apenas precedentes pertinentes à questão da competência para extraditar ou do sistema extradicional e papeis desempenhados por cada um dos Poderes.	Sistema:
	Competência:
Normas citadas (apenas aquelas relacionadas de alguma forma à competência para extraditar ou ao papel do PR ou do STF):	Nacionais:
	Internacionais:
	Estrangeiras:
Entendimento da Corte (Turma ou Pleno) sobre competência ou sistema extradicional nesse acórdão:	
Entendimento de cada um dos Ministros:	
Decisão:	
Trechos importantes (em especial nos	

acórdãos em que apenas citam o precedente para justificar a questão da competência, mas não chegam a tratar de forma aprofundada sobre o tema):	