

O PODER DISCRICIONÁRIO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA NA EXTRADIÇÃO

THE DISCRETIONARY POWER OF THE PRESIDENT OF THE REPUBLIC IN EXTRADITION

RICARDO HASSON SAYEG

Professor Livre-Docente de Direito Econômico da PUCSP – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

CARLOS EDUARDO MENDES

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de São Paulo. Mestrando em Direitos Humanos pela PUC-SP. Mestrando em Interpretação Bíblica pelo UNASP – Universidade Adventista. Pós-Graduado em Direito Contratual pela PUC-SP. Graduado em Direito pela PUC-Campinas. E-mail: carlosemendes25@gmail.com.

RESUMO

Objetivo: no presente estudo objetiva-se traçar a construção da concepção do poder discricionário do Presidente da República, nos pedidos de extradição, após o crivo do Supremo Tribunal Federal; analisa-se o caso Cesare Battisti, tendo em vista a mudança da decisão, na medida em que houve troca do Chefe do Executivo no Brasil, gerando um sentimento de insegurança jurídica, por falta de preeditismo e definitividade da decisão. O problema está em definir o sentido jurídico da discricionariedade que o inciso VII, do artigo 84, da Constituição Federal do Brasil, confere ao Presidente da República, bem como definir a obrigatoriedade ou não da decisão do Supremo Tribunal Federal, no exercício da competência prevista na letra g, do inciso I, do artigo 102, da Constituição Federal, no tocante ao juízo emitido sobre o cumprimento dos Tratados e acordos bilaterais, que o Brasil é signatário. Assim, objetiva-se neste trabalho monográfico, definir as diferenças entre poder discricionário e cumprimento de decisão judicial, quando se está em jogo matéria de Soberania interna e externa, como é o caso do pedido de extradição, fundado no acordo bilateral entre Brasil e Itália.



Metodologia: utiliza-se o método dedutivo, por intermédio de uma abordagem qualitativa para produzir informações aprofundadas sobre o tema; quanto ao procedimento é uma pesquisa bibliográfica, mediante a revisão de obras e artigos científicos; bem como documental, devido à revisão de textos legislativos e tratados internacionais.

Resultados: Como resultado da pesquisa, o Supremo Tribunal Federal, no caso Cesare Battisti, reconheceu um poder *strictu sensu*, de última palavra, ao Presidente da República, como ato de governo, entendido como híbrido, porque em consubstancialidade de soberania interna e externa, sendo, por conseguinte, assunto de domínio reservado do Estado brasileiro.

Contribuições: o assunto foi erigido pelo STF ao interesse da sociedade internacional, revestida a decisão do Presidente da República do Brasil de *status* internacional, próprio de uma sociedade internacional, planetária, eis que no pano de fundo de todo processo extraditório está o respeito ao *jus cogens* internacional, calcado nos direitos humanos.

Palavras-chave: Tratados e acordos internacionais; Extradução; Presidente da República; Discricionariedade; Poder Judiciário.

ABSTRACT

Objective: *the aim of this study is to trace the construction of the conception of the discretionary power of the President of the Republic, in extradition requests, after the sieve of the Federal Supreme Court, analyzing the case Cesare Battisti, in view of the change of the decision, to the extent that there was an exchange of the Chief Executive in Brazil, generating a feeling of legal insecurity, due to the complete lack of predictability and definitiveness of the decision. The problem lies in defining the legal meaning of the discretion that item VII, of article 84, of the Federal Constitution of Brazil, confers on the President of the Republic, as well as to define the obligation or not of the decision of the Federal Supreme Court, in the exercise of the competence provided for in letter g, of item I, of article 102, of the Federal Constitution, with regard to the judgment issued on compliance with the Treaties and bilateral agreements, to which Brazil is a signatory. Thus, the objective of this monographic work is to define the differences between discretionary power and compliance with a judicial decision, when it comes to matters of internal and external sovereignty, as is the case of the extradition request, based on the bilateral agreement between Brazil and Italy.*

Methodology: *the deductive method is used, through a qualitative approach to produce in-depth information on the subject of public policies in relation to the Management Project in question; as for the procedure, it is bibliographic research, through the review of books and scientific articles; as well as documentary evidence, due to the revision of legislative texts and international treaties.*



Results: *as a result of this research, the Federal Supreme Court, in the Cesare Battisti case, recognized a power strictu sensu, of the last word to the President of the Republic, as an act of government, understood as hybrid, because in consubstantiality of internal and external sovereignty, being, therefore, a matter of reserved domain of the Brazilian State.*

Contributions: *the matter was raised by the Supreme Court in the interest of the international society, with the decision of the President of the Republic of Brazil having an international status, typical of an international, planetary society, since in the background of every extradictory process is respect for international jus cogens, based on human rights*

Keywords: *International treaties and agreements; Extradition; President of the Republic; Discretion; Judiciary.*

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem como objeto dar uma nova visão ao que foi discutido amplamente sobre a análise dos limites da extradição de Cesare Battisti, por entender que o sistema de processamento de pedidos de extradição não se resolve pela aplicação de uma teoria geral dos tratados, mas de acordo com peculiaridades do caso concreto, casuisticamente, de modo que o arcabouço normativo está ainda em construção.

O aspecto de estruturação histórica do processo extraditório contrapõe-se ao entendimento de uma fragilidade do ordenamento jurídico brasileiro, pois o fato de oportunizar-se debates extensos sobre diversos agentes, como o Procuradoria Geral da República, o Supremo Tribunal Federal, o Estado requerente, o Brasil como Estado requerido, a Advocacia Geral da União e a Presidência da República, ao contrário de denotar fragilidade, concede transparência aos argumentos de todos os atores envolvidos.

Mais especificamente, o objetivo deste trabalho monográfico é divergir quanto ao sentido dado ao termo *discricionariedade*, pois este é um termo legal, do ordenamento jurídico interno brasileiro, afeito ao Direito Administrativo, e que não tem



o significado próprio para designar a extensão da competência do Presidente da República do Brasil, ao analisar o pedido de extradição, vindo do Supremo Tribunal Federal, que, no caso, entendeu pela legalidade do cumprimento do acordo bilateral entre Brasil e Itália, no tocante ao autorizamento de extradição de Cesare Battisti, desde que atendidas algumas condições, como, por exemplo, a dupla tipicidade das penas a serem cumpridas na Itália.

Logo, frágil não é o sistema processual que permite ao Presidente da República discordar do Poder Judiciário, mas sim um sistema que fosse abreviado, sem qualquer debate, e que atuasse de forma protocolar, automática, sem qualquer análise jurídica e ética da decisão solicitada por outro Estado, com esboço em tratado ou acordo bilateral internacional.

A metodologia utilizada é dedutiva, de caráter histórico-bibliográfico dos autores administrativistas e internacionalistas, pois na celebração de tratados e acordos internacionais reservas são feitas entre os Estados-parte, algumas destas reservas com redação bastante vaga; visa a resguardar a soberania nacional, dificultar a definição do seu significado e alcance, e causa questionamento entre as partes e na sociedade internacional.

Um exemplo sobre esse tema é a objeção à proteção diplomática ao estrangeiro, por não esgotar os recursos internos. Desta forma, na ausência de um Legislativo ou um Poder Judiciário permanente e supranacional, fez surgir a ideia de interesses vitais dos Estados, argumento nomeado como de *domínio reservado*.

O argumento do domínio reservado visa a excluir qualquer interferência decisória externa, sob a afirmativa de que cada Estado é um único juiz. Houve debates, sobretudo no pós-segunda guerra mundial, em torno de 1945, com a proposta do artigo segundo, na Carta das Nações Unidas, de quais seriam os assuntos de domínio reservado, de forma que caberia à Corte Interacional de Justiça decidir em última instância. Tal proposta não vingou; logo, de proêmio, fixa-se o entendimento de que não cabe a intervenção dos órgãos internacionais (ONU) em matéria de extradição, especialmente no caso Cesare Battisti.



Apenas a título de curiosidade, o artigo segundo, parágrafo sétimo, da Carta das Nações Unidas, definiu:

Art. 2 – A Organização e seus membros, para a realização dos propósitos mencionados no artigo 1, agirão de acordo com os seguintes princípios: [...] Parágrafo 7º. Nenhum dispositivo da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervirem em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição de qualquer Estado ou obrigará os membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas do Capítulo VII.

Assim, não há uma prática uniforme das organizações internacionais sobre o descumprimento eventual de tratado internacional ou acordo bilateral, notadamente sob o argumento do domínio reservado do Estado-parte, como é o caso do pedido extraditório de Cesare Battisti.

In casu, como se analisará adiante, no próximo capítulo, que traz um resumo do processo de extradição, Cesare Battisti foi julgado à revelia por supostos assassinatos ocorridos nos *anos de chumbo italiano*, anos 60 e 70, de modo que um julgamento eventual injusto, por perseguição política, emerge o caso ao nível da proteção de Direitos Humanos internacionais, o que dá azo ao interesse da sociedade internacional no caso, bem como que o pedido de extradição tem muita complexidade, que os conceitos conhecidos de Direito Administrativo, em especial dos poderes vinculados ou discricionários, são insuficientes ao deslinde da demanda.

Nesta percepção, indaga-se se a decisão do Presidente da República, acerca do pedido extraditório, está no âmbito do domínio reservado do Estado. Isto o desvincula da obrigatoriedade de seguir o Supremo Tribunal Federal? Há um enfraquecimento do Poder Judiciário brasileiro acerca dos pedidos de extradição?

Todas essas perguntas são a cerne do presente trabalho monográfico o qual, sem a pretensão de esgotar o assunto, tampouco de dar definitividade ao debate, também assume posição neutra, pois o debate acerca da eticidade da decisão importa ao presente caso, sobretudo porque, na realidade, o que ocorreu no caso Cesare Battisti foi uma mudança de decisão, menos por fundamento técnico e mais por (des)alinhamento político, entre o Presidente da República e as forças políticas de esquerda e direita italianas.



2 ESCORÇO HISTÓRICO DA EXTRADIÇÃO DE CESARE BATTISTI – GOVERNO LULA/DILMA

Cesare Battisti foi condenado em 1988, pela Corte de Assise de Milão, à pena de prisão perpétua com isolamento diurno inicial de sei meses, pela prática de quatro homicídios entre 1977 e 1979; foi julgado à revelia e com base nos depoimentos de pelo menos dez pessoas beneficiadas pela delação premiada, ou seja, com base nos depoimentos de supostos correligionários, ex-militantes da esquerda italiana, membros dos Proletariados Armados pelo Comunismo (PAC).

Após condenado, Cesare Battisti fugiu para França, tendo o governo italiano pedido a sua extradição, o que foi negado pela Corte de Acusação de Paris. No ano de 2004, o Conselho de Estado da França avaliou nova solicitação de extradição, deferindo-a. Battisti recorreu à Corte Europeia dos Direitos Humanos, que negou provimento ao recurso, e manteve, portanto, a ordem de extradição. Enquanto esperava o julgamento do recurso, Cesare Battisti foi posto em liberdade e fugiu para o Brasil, antes que o decreto que determinava a sua extradição fosse assinado.

O governo italiano formalizou pedido de extradição executória, com liminar de prisão preventiva, por meio de um documento denominado nota verbal. O pedido extraditório passou a tramitar no Supremo Tribunal Federal (STF), e o Ministro Celso de Mello decretou a prisão preventiva de Battisti, em 1º. de março de 2007, o qual foi preso em 18 de março do mesmo ano, no Rio de Janeiro, com posterior transferência à Brasília.

Nos termos do artigo 7º. e 18, do Acordo de extradição Brasil-Itália, a embaixada italiana solicitou a extradição, com manutenção da prisão preventiva. Em sua defesa, Cesare Battisti pediu o reconhecimento da condição de refugiado ao Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), cujo pedido foi indeferido em 18 de dezembro de 2008. Em grau recursal, o Ministro de Estado da Justiça deu provimento ao pedido, nos termos do artigo 1º., inciso I, da Lei n.º. 9.474/1997. A defesa pediu a revogação da prisão preventiva.



Enfim, para o que mais interesse neste trabalho, em 29 de abril de 2009, o STF decidiu a extradição nº 1.085, se deveria ou não vincular a decisão de extradição de Cesare Battisti ao poder do Presidente da República. Por diferença de um voto, decidiu-se que o ato do Presidente da República seria **discricionário**.

Deste modo, o Presidente Lula decidiu, no dia 31 de dezembro de 2010, pela não extradição de Cesare Battisti, com base em parecer na Advocacia Geral da União, que apontava que se o cidadão italiano fosse enviado à Itália, sua pena de prisão importaria em perseguição política.

Da decisão do Presidente da República, sobreveio em 4 de fevereiro de 2011 uma reclamação constitucional, ajuizada pelo Governo Italiano; o STF decidiu que o ato do Presidente da República, de negar ou deferir a extradição, trata-se de ato de soberania nacional e não pode ser revisto pela Corte, por ser um ato político, de governo.

3 O ACORDO DE EXTRADIÇÃO ENTRE O BRASIL E A ITÁLIA

O Tratado foi assinado em Roma, em 17 de outubro de 1989, e aprovado pelo Decreto-Legislativo nº. 78, de 20 de novembro de 1992; os Estados-parte obrigavam-se a entregar as pessoas que se encontrem em seus territórios e que sejam procuradas pelas autoridades judiciárias, para serem submetidas a processo penal ou para execução de uma pena restritiva de liberdade pessoal.

O ponto fulcral é a ausência de simetria entre o poder de celebrar o Tratado de extradição e a análise, caso a caso, da eticidade da extradição, com a garantia do devido processo legal.

No âmbito da celebração de tratados internacionais, o Chefe do Executivo tem plenos poderes e ostenta o consentimento estatal definitivo ao exprimir a sua vontade soberana, na plenitude da representatividade externa. Após esse evento, o tratado de extradição entre Brasil e Itália foi ratificado pelo parlamento.



A força obrigatória dos Tratados está prevista no artigo 26, do Tratado de Viena, do qual o Brasil é signatário. O centro desta discussão reside no poder de indeferimento do Presidente da República, após o juízo de conformação pelo Supremo Tribunal Federal. A respeito, ensina o ex-Ministro do STF e da Corte Internacional de Haia, Franciso Rezek:

5. Submissão do pedido ao Judiciário [...] o Decreto-lei nº. 941/69 guarda implacável silêncio, e sua linguagem, notadamente nos arts. 91 e 101, chega a produzir impressão de que nenhum poder decisório, em nenhum caso, reveste o Executivo, responsável tão só pelo desempenho de encargos pré-moldados e subalternos. 6. Oportunidade do indeferimento por iniciativa do Governo [...] nasceu [...] no Supremo Tribunal Federal, o costume de se manifestar sobre o pedido extraditório em termos definitivos. Julgando-a legal e procedente, o Tribunal defere a extradição. Não se limita, assim, a declará-la viável, qual se entendesse que depois de seu pronunciamento o regime jurídico do instituto autoriza ao Governo uma decisão discricionária [...] 7. Efetivação da extradição deferida. Negada a extradição pela Corte, limitam-se os deveres do Poder Executivo à libertação do extraditando e à comunicação desse desfecho ao Estado requerente. Deferida, incumbe-lhe efetivá-la nos termos dos arts. 96 e seguintes do D.I. nº 941/69.

O artigo 89, do Estatuto do Estrangeiro, prevê que na hipótese de deferimento do pedido de extradição pela Corte, caberia ao Presidente da República efetivá-la, de modo que não haveria a chamada *discricionarietà* para indeferi-la. O poder atribuído ao Presidente da República seria apenas o de adiar a extradição, até a sua definição, consoante dicção do parágrafo único do artigo em comento.

Não há, portanto, previsão legal para que o Chefe de Estado possa decidir soberanamente sobre a extradição. Aliás, se há uma obrigação que está expressa, é a do tratado internacional extraditório, entre Brasil e Itália, reforçado pela cogência expressa genérica da Convenção de Viena.

A hipótese de recusa da extradição está prevista no artigo 6º., do Decreto nº. 863/1993, que se trata da pessoa nacional do país requerido. Ademais, pode-se fazer interpretação analógica com a aplicação, na época, da Lei de Introdução ao Código Civil, atualmente denominada Lei de Introdução ao Direito brasileiro, a qual prevê, em seu artigo 17:



Art. 17 - As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Ao esmiuçar o artigo em questão, segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, por ordem pública pode se conceituar:

O conceito de ordem pública exprime hoje a ideia de um monopólio que o legislador entende se reservar, é assim formado pelas matérias que escapam à vontade dos indivíduos, porque só o legislador as pode regulamentar. É o caso emblemático do regime político de um país, quer dizer, da organização e das atribuições dos diferentes poderes e de seus agentes.

Assim, todos os requisitos para o *exequatur* de um ato jurídico estrangeiro ou todos os aspectos afeitos à homologação de sentença estrangeira são matérias subsumíveis ao crivo do Supremo Tribunal Federal, em matéria de extradição, a quem incumbe um juízo de delibação, mas nem por isso não necessariamente extenso e exaustivo, como os votos proferidos no caso Cesare Battisti, cujos debates dos Ministros resultaram em 686 páginas de transcrição, conforme ementa da extradição STF - 1085 que segue:

EMENTA: 1085 “1. EXTRADIÇÃO. Passiva. Refúgio ao extraditando. Fato excludente do pedido. Concessão no curso do processo, pelo Ministro da Justiça, em recurso administrativo. Ato administrativo vinculado. Questão sobre sua existência jurídica, validade e eficácia. Cognição oficial ou provocada, no julgamento da causa, a título de preliminar de mérito. Admissibilidade. Desnecessidade de ajuizamento de mandado de segurança ou outro remédio jurídico, para esse fim, Questão conhecida. Votos vencidos. Alcance do art. 102, inc. I, alínea g, da CF. Aplicação do art. 3º do CPC. Questão sobre existência jurídica, validade e eficácia de ato administrativo que conceda refúgio ao extraditando é matéria preliminar inerente à cognição do mérito do processo de extradição e, como tal, deve ser conhecida de ofício ou mediante provocação de interessado jurídico na causa. 2. EXTRADIÇÃO. Passiva. Refúgio ao extraditando. Concessão no curso do processo, pelo Ministro da Justiça. Ato administrativo vinculado. Não correspondência entre os motivos declarados e o suporte fático da hipótese legal invocada como causa autorizadora da concessão de refúgio. Contraste, ademais, com norma legal proibitiva do reconhecimento dessa condição. Nulidade absoluta pronunciada. Ineficácia jurídica consequente. Preliminar acolhida. Votos vencidos. Inteligência dos arts. 1º, inc. I, e 3º, inc. III, da Lei nº 9.474/97, art. 1-F do Decreto nº 50.215/61 (Estatuto dos Refugiados), art. 1º, inc. I, da Lei nº 8.072/90, art. 168, § único, do CC, e art. 5º, inc. XL, da CF. Eventual nulidade absoluta do ato administrativo que concede refúgio ao extraditando deve ser pronunciada, mediante provocação ou de ofício, no processo



de extradição. 3. EXTRADIÇÃO. Passiva. Crime político. Não caracterização. Quatro homicídios qualificados, cometidos por membro de organização revolucionária clandestina. Prática sob império e normalidade institucional de Estado Democrático de direito, sem conotação de reação legítima contra atos arbitrários ou tirânicos. Carência de motivação política. Crimes comuns configurados. Preliminar rejeitada. Voto vencido. Não configura crime político, para fim de obstar a acolhimento de pedido de extradição, homicídio praticado por membro de organização revolucionária clandestina, em plena normalidade institucional de Estado Democrático de direito, sem nenhum propósito político imediato ou conotação de reação legítima a regime opressivo. 4. EXTRADIÇÃO. Passiva. Executória. Pedido fundado em sentenças definitivas condenatórias por quatro homicídios. Crimes comuns. Refúgio concedido ao extraditando. Decisão administrativa baseada em motivação formal de justo receio de perseguição política. Inconsistência. Sentenças proferidas em processos que respeitaram todas as garantias constitucionais do réu. Ausência absoluta de prova de risco atual de perseguição. Mera resistência à necessidade de execução das penas. Preliminar repelida. Voto vencido. Interpretação do art. 1º, inc. I, da Lei nº 9.474/97. Aplicação do item 56 do Manual do Alto Comissariado das Nações Unidas - ACNUR. Não caracteriza a hipótese legal de concessão de refúgio, consistente em fundado receio de perseguição política, o pedido de extradição para regular execução de sentenças definitivas de condenação por crimes comuns, proferidas com observância do devido processo legal, quando não há prova de nenhum fato capaz de justificar receio atual de desrespeito às garantias constitucionais do condenado. 5. EXTRADIÇÃO. Pedido. Instrução. Documentos vazados em língua estrangeira. Autenticidade não contestada. Tradução algo deficiente. Possibilidade, porém, de ampla compreensão. Defesa exercida em plenitude. Defeito irrelevante. Nulidade inexistente. Preliminar repelida. Precedentes. Inteligência do art. 80, § 1º, da Lei nº 6.815/80. Eventual deficiência na tradução dos documentos que, vazados em língua estrangeira, instruem o pedido de extradição, não o torna inepto, se não compromete a plena compreensão dos textos e o exercício do direito de defesa. 6. EXTRADIÇÃO. Passiva. Executória. Extensão da cognição do Supremo Tribunal Federal. Princípio legal da chamada contenciosidade limitada. Amplitude das questões oponíveis pela defesa. Restrição às matérias de identidade da pessoa reclamada, defeito formal da documentação apresentada e ilegalidade da extradição. Questões conexas sobre a natureza do delito, dupla tipicidade e duplo grau de punibilidade. Impossibilidade consequente de apreciação do valor das provas e de rejulgamento da causa em que se deu a condenação. Interpretação dos arts. 77, 78 e 85, § 1º, da Lei nº 6.815/80. Não constitui objeto cognoscível de defesa, no processo de extradição passiva executória, alegação de insuficiência das provas ou injustiça da sentença cuja condenação é o fundamento do pedido. 7. EXTRADIÇÃO. Julgamento. Votação. Causa que envolve questões constitucionais por natureza. Voto necessário do Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal. Preliminar rejeitada. Precedentes. O Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal tem sempre voto no julgamento dos processos de extradição. 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. **Decisão** Preliminarmente, o Tribunal homologou o pedido de desistência do recurso de agravo regimental na Extradicação nº 1.085 e indeferiu o pedido de sustentação oral em dobro, tendo em vista o julgamento conjunto. Votou o Presidente. Em seguida, o Tribunal rejeitou questão de ordem suscitada pela Senhora Ministra Cármen Lúcia no sentido de julgar o Mandado de Segurança nº 27.875 antes do pedido de extradição, vencidos a suscitante e os Senhores Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa e Março Aurélio. O Tribunal, por maioria, julgou prejudicado o pedido de mandado de segurança, por reconhecer nos autos da extradição a ilegalidade do ato de concessão de status de refugiado concedido pelo Ministro de Estado da Justiça ao extraditando, vencidos os Senhores Ministros Cármen Lúcia, Eros Grau, Joaquim Barbosa e Março Aurélio. Votou o Presidente. Em seguida, após o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso (Relator), deferindo o pedido da Extradicação nº 1.085, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Britto e Ellen Gracie, os votos dos Senhores Ministros Eros Grau e Cármen Lúcia, julgando extinto o pedido de extradição em função da concessão de refúgio pelo Ministro de Estado da Justiça, e o voto do Senhor Ministro Joaquim Barbosa, pela prejudicialidade do pedido, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Março Aurélio. Falaram, pelo requerente e impetrante (Ext 1.085 e MS 27.875), o Dr. Antônio Nabor Areias Bulhões, pelo impetrado, a (MS 27.875) Dra. Fabíola Souza Araújo, representando a Advocacia-Geral da União, pelo extraditando e litisconsorte passivo (Ext. 1.085 e MS 27.875), o Dr. Luís Roberto Barroso e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos. Ausente, por haver declarado suspeição no julgamento da Extradicação nº 1.085, o Senhor Ministro Celso de Mello. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 09.09.2009. Decisão: O Tribunal rejeitou as questões de ordem suscitadas pelo Senhor Ministro Março Aurélio da necessidade de quórum constitucional e da conclusão do julgamento sobre a prejudicialidade do mandado de segurança. O Tribunal rejeitou a questão de ordem suscitada pelo advogado do extraditando, no sentido da aplicação do art. 146 do Regimento Interno, e reconheceu a necessidade do voto do Presidente, tendo em vista a matéria constitucional. Após o voto do Senhor Ministro Março Aurélio, indeferindo o pedido de extradição, o julgamento foi suspenso. Ausentes os Senhores Ministros Celso de Mello e Dias Toffoli, por haverem declarado suspeição na Extradicação nº 1.085, a Senhora Ministra Ellen Gracie, em representação do Tribunal no exterior e, justificadamente, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presidência do Senhor Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 12.11.2009. Decisão: Prosseguindo no julgamento, reajustou o voto proferido anteriormente o Senhor Ministro Março Aurélio, sobre a prescrição executória da pena, para acompanhar o Relator. Em seguida, o Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de extradição, vencidos a Senhora Ministra Cármen Lúcia e os Senhores Ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa e Março Aurélio. Por maioria, o Tribunal assentou o caráter discricionário do ato do Presidente da República de execução da extradição, vencidos os Senhores Ministros Relator, Ricardo Lewandowski, Ellen Gracie e o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, por haverem declarado



suspeição na Extradicação nº 1.085, os Senhores Ministros Celso de Mello e Dias Toffoli. Plenário, 18.11.2009. Decisão: Suscitada questão de ordem pelo Relator, o Tribunal deliberou pela permanência de Sua Excelência na relatoria do acórdão. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau. Plenário, 19.11.2009. Decisão: Suscitada pelo Relator questão de ordem no sentido de retificar a proclamação da decisão, quanto à vinculação do Presidente da República ao deferimento da extradicação, o Tribunal, por maioria, acolheu-a, vencidos os Senhores Ministros Março Aurélio e Carlos Britto. O Tribunal, por unanimidade, retificou-a, para constar que, por maioria, **o Tribunal reconheceu que a decisão de deferimento da extradicação não vincula o Presidente da República, nos termos dos votos proferidos pelos Senhores Ministros Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Março Aurélio e Eros Grau. Ficaram vencidos quanto a este capítulo decisório os Ministros Cezar Peluso (Relator), Ricardo Lewandowski, Ellen Gracie e Gilmar Mendes (Presidente)**. Não votou o Senhor Ministro Celso de Mello por ter declarado suspeição. Ausentes, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, neste julgamento, o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 16.12.2009.” (grifo e sublinhado meu).

Acresceu-se, ainda, o julgamento da Reclamação Constitucional, modalidade processual cuja natureza jurídica é de ação autônoma impugnativa, de modo que não só a matéria reclamada pela Itália, mas outras que possam ter surgido, foram debatidas, discutidas e decididas pelo STF, tendo como resultado acerca da vinculação do Presidente da República a conclusão de uma determinada *discricionariedade*, quanto a atender à extradicação, ou não, por motivos políticos, calcados no exercício do poder soberano, próprio do Chefe do Poder Executivo.

Contudo, este trabalho monográfico entende que o poder de decidir pelo deferimento ou indeferimento não é um poder discricionário, mas um poder de decisão *strictu sensu*, do Chefe do Executivo, em razão da matéria, de modo que o ato extraditório deva ser entendido como ato composto por duas fases, uma judicial e outra do executivo, sendo a decisão do STF meramente de autorização, e a decisão do Poder Executivo ato híbrido, de soberania interna e externa, ambos em consubstancialidade, pela especificidade de seu conteúdo, o que foge ao conceito de ato discricionário do Direito Administrativo, na forma como usualmente se conhece.

Por não estar o Presidente da República obrigado a cumprir a decisão extraditória do STF, entende-se que não há uma *discricionariedade*, pois não é uma



questão de conveniência e oportunidade, mas sim ato de soberania, verdadeiro poder de não cumprir a decisão judicial.

4 PODER DISCRICIONÁRIO ADMINISTRATIVO: IMPROPRIEDADE DA NOMENCLATURA

O que constitui o ato administrativo como discricionário são os elementos de conveniência e oportunidade. Sobre o ato administrativo, em geral, define Maria Silvia Zanella Di Prieto:

[...] ato administrativo como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.

Para chegar nessa definição, a autora abrangeu (i) primeiramente, o ato constituir declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes. Nesse quesito, incluem-se todos os Poderes que possam editar atos administrativos; (ii) em segundo lugar, este ato está sujeito ao regime jurídico administrativo; e (iii) em terceiro lugar, este ato produz efeitos jurídicos imediatos. E, por fim, o ponto fulcral deste trabalho, que é justamente o que diferencia o ato do Chefe do Executivo, que pode deferir o pedido de extradição, ou não, dando a última palavra, diferentemente do ato administrativo que é sempre passível de controle judicial e sujeita-se à lei.

O ato administrativo, portanto, é diferente do ato normativo e do ato judicial. O ato administrativo é considerado vinculado ou discricionário, segundo classificação, sob o critério de seu regramento. Assim, será vinculado se em consonância com a lei, e discricionário se em consonância com a Administração, numa margem decisória concedida pela lei.

Nem sempre fica muito claro se o ato há de ser vinculado ou discricionário. Como critério de interpretação, desenvolveu-se a Teoria dos Motivos Determinantes. Assim, será discricionário o ato administrativo se houver possibilidade de decidir no



caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher entre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito; e vinculação, com a lei estabelecendo a única solução possível.

No tocante à localização da discricionariedade, esta pode dar-se, quanto à forma, expressamente ou não, na medida em que a lei disser que o ato possa ocorrer, a critério da Administração. O motivo pode ser discricionário, na medida em que a lei não definir o motivo ou o define utilizando conceitos jurídicos indeterminados, especialmente conceitos de valor. Por fim, haverá discricionariedade conteúdo ou objeto se a lei previr vários objetos possíveis para alcançar o mesmo resultado.

Os elementos mencionados no parágrafo anterior, do ato administrativo discricionário, denotam a impropriedade e a insuficiência do termo, para designar, descrevendo, o ato do Presidente da República que, a partir do caso Cesare Bastisti, foi entendido pelo STF como um ato que pode ser contrário à decisão do Supremo Tribunal Federal.

5 PODER DE EXTRADIÇÃO *STRICTU SENSU*: NOMENCLATURA CORRETA

Segundo Willian Junqueira Ramo, no artigo intitulado *O papel do Supremo Tribunal Federal no processo de extradição* - acessado no site jus.com.br em 02/07/2022:

A extradição constitui num dos instrumentos mais antigos de cooperação judiciária diplomática entre os Estados e, ainda nos dias atuais, desperta significativas discussões sobre a amplitude e a efetivação das diversas competências para análise no plano interno. No Brasil, recentemente, a partir do julgamento do chamado caso Battisti, torna-se necessária uma maior reflexão sobre a efetiva atuação e o papel realmente dispensado ao Supremo Tribunal Federal, no processo extradicional. Afinal, sua participação é meramente formal? Qual a real eficácia de suas decisões? O Presidente da República está obrigado a observá-la? Como se nota, são indagações de suma relevância para um novo entendimento sobre a competência da Suprema Corte Brasileira no processo de extradição que, futuramente, julga dos mais variados casos desta natureza.



O autor cita a definição de extradição de Hildebrando Accioly (1968), bem como do Prof. Carlos Roberto Husek, segundo o qual: “[...] a extradição é a entrega de um indivíduo de um Estado a outro, a pedido deste, para responder a processo ou cumprir pena”.

O processo de extradição começa com uma nota verbal feita pela embaixada do país que pede a entrega do suposto contraventor ao Ministério das Relações Exteriores, que, por sua vez, o encaminha ao Ministro da Justiça, que o encaminha ao Supremo Tribunal Federal, por ofício.

O autor traz à colação o problema da *jaboticaba jurídica* que se tornou o exercício, pelo STF, da competência prevista no artigo 102, I, da CF/88, ao julgar o pedido de extradição de Cesare Battisti, condenado pelo assassinato de quatro pessoas na Itália, entre os anos de 1977 e 1979, mas que, conforme trecho final do acórdão:

[...] o Tribunal reconheceu que a decisão de deferimento da extradição não vincula o Presidente da República, nos termos dos votos proferidos pelos Senhores Ministros Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Março Aurélio e Eros Grau. Ficaram vencidos quanto a este capítulo decisório os Ministros Cezar Peluso (Relator), Ricardo Lewandowski, Ellen Gracie e Gilmar Mendes (Presidente). Não votou o Senhor Ministro Celso de Mello por ter declarado suspeição. Ausentes, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa e, neste julgamento, o Senhor Ministro Dias Toffoli. Plenário, 16.12.2009.” (grifo e sublinhado meu).

Entretanto, ao invés de procurar analisar qual o tipo de decisão proferida pelo STF, a discussão deste trabalho monográfico está na causa desta decisão, ou seja, que poder detém o Presidente da República que não precisa seguir o STF em matéria extraditória.

Evidentemente, a palavra *jaboticaba jurídica* foi utilizada ironicamente, mas com um fundo significativo de verdade, e sem aviltar a solução dada pelo STF, até por entendê-la com fundamentação suficiente de legitimidade do raciocínio, não sendo ilógico. Antes, privilegiou o poder de soberania do Presidente da República, o qual não era reconhecido, na espécie, na lição do eminente ex-Ministro do STF, quando contrariasse a Corte.



Assim, o STF reconheceu que o Presidente da República detém o Poder de descumprir uma decisão do STF, em virtude de peculiaridade afeita à extradição em si, como ato próprio de Cooperação Internacional e, portanto, de Direito Internacional Público, de modo que não se está diante de uma mera oportunidade e conveniência do ato, como nos casos de deportação, para chamar esta prerrogativa como *poder discricionário*.

Contudo, a Corte Constitucional brasileira criou uma espécie de poder que só há no processo extraditório, **por isso um poder de extradição strictu sensu, próprio do Chefe do Executivo, no exercício consubstanciado de soberania interna, consistente no poder de conformação com a legalidade que detém a análise do STF, e um poder de soberania externa, para afirmar as nações, ainda que haja tratado ou acordo bilateral que, em ato de extradição, deva ser cumprido dentro do Brasil**, no tocante às razões políticas ínsitas ao pedido extraditório, a última análise e decisão cabe ao Presidente da República do Brasil.

Olhando para o passado, para diferenciar a extradição de institutos correlatos (entrega, abdução, expulsão e deportação), mister se faz buscar o significado do termo extradição, a partir de sua etimologia, bem como dissecar os seus elementos constitutivos, o artigo citado de Willian Junqueira Ramos:

O termo provém, segundo corrente majoritária, da expressão latina *traditio extra territorium*, significando, portanto, a entrega de alguém que está em seu território a outro. Não deve ser confundida a extradição, porém, com outros institutos correlatos, todavia distintos, como a entrega, abdução, expulsão e a deportação. Alguns elementos caracterizam a extradição. São eles: Estado requerente; Estado requerido; indivíduo processado ou julgado pelo Estado requerente; estada dessa pessoa no território do Estado requerido, e a entrega do indivíduo pelo Estado requerente ao Estado requerido. A extradição solicitada por Estado estrangeiro ao Brasil é denominada passiva e a pleiteada pelo Brasil é chamada de ativa. A entrega é o procedimento próprio do Tribunal Penal Internacional, que tem a prerrogativa de dirigir um pedido de detenção, cooperação e entrega de uma pessoa, instruído com os documentos necessários, a qualquer Estado em cujo território o indivíduo se possa encontrar. De outro lado, a abdução é a captura de uma pessoa que se encontra num determinado Estado para que em outro possa ser julgado. Tal prática é repudiada pelo Direito Internacional. Segundo Roberto Luiz da Silva (2008), porque utilizada as vias de fato e não de direito. [...] Expulsão, ao seu turno, conforme lição de José Afonso da Silva (2009), é um modo coativo de se retirar o estrangeiro do território nacional por delitos ou infração ou atos que o tornem inconveniente, fundamentando-se na necessidade de



defesa e conservação da ordem interna ou das relações internacionais do Estado interessado. Trata-se de ato ligado à soberania nacional. A deportação também é uma forma de devolver, compulsoriamente, um estrangeiro a outro país e tem por base combater os casos de entrada ou estada irregular de estrangeiro. Existe prazo para que o indivíduo retire-se voluntariamente do território nacional. Caso não o faça, haverá a deportação. Como se pode notar, a extradição não se confunde com os mecanismos acima apontados, possuindo o objetivo e regramento próprios. Outra questão importante a ser observada é que, em matéria de extradição, a competência para legislar sobre o assunto é privativa da União, nos termos do artigo 22, V, da Constituição Federal.

De forma clara, restou bem diferenciada a extradição dos demais institutos conhecidos de retirada de estrangeiros do país, a demonstrar que os requisitos *sui generis* do processo extraditório comportam um regramento próprio, com o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de um poder *strictu sensu*, de última palavra, ao Presidente da República, como ato de governo, aqui entendido como híbrido, porque em consubstancialidade de soberania interna e externa, sendo, por conseguinte, assunto de domínio reservado da nação brasileira.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao repisar o quanto afirmado acima, o Supremo Tribunal Federal, no caso Cesare Battisti, reconheceu um poder *strictu sensu*, de última palavra, ao Presidente da República, como ato de governo, entendido como híbrido, porque em consubstancialidade de soberania interna e externa, sendo, por conseguinte, assunto de domínio reservado do Estado brasileiro. O assunto foi erigido pelo STF ao interesse da sociedade internacional, revestida a decisão do Presidente da República do Brasil, de *status* internacional, próprio de uma sociedade internacional, planetária, eis que no pano de fundo de todo processo extraditório está o respeito ao *jus cogens* internacional, calcado nos direitos humanos.

A sociedade internacional deve primar pelo respeito e garantia dos Direitos Humanos, aqueles afeitos à dignidade da pessoa humana, de modo que a decisão extraditória está sujeita ao argumento do domínio reservado. Possíveis perseguições



políticas devem ser aquilatadas em duas fases: uma primeira no STF, de conformação com o ordenamento jurídico interno; e uma segunda, consistente em decisão do Presidente da República, a quem cabe aquilatar eventual perigo de ilegalidade do pedido por viés político, pois, em ambas as fases, o pedido extraditório não está sujeito a forças multiculturalistas, que possa fazer parte de uma personalidade de Estado a ser protegida pelas organizações internacionais. Os direitos e garantias fundamentais, em direito internacional apelidado de direito das gentes, tanto pode servir para dar limite ao argumento do domínio reservado, como para justificá-lo, como no caso da decisão do Presidente da República, contrária ao STF, no processo extraditório.

REFERÊNCIAS

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 17. ed. São Paulo: LTr, 2019.

HUSEK, Carlos Roberto. Temas de Direito Internacional, Direito do Trabalho e Direito Internacional do Trabalho. **Estudos em Homenagem a Carlos Roberto Husek**. Fabiano Zavarella, Fabrício Felamingo, Henrique Araújo Torreira de Mattos, Lucas de Monteiro Suza. São Paulo: LTr, 2023.

SARAIVA. **Legislação de Direito Internacional**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUNGSTEDT, Luiz Oliveira Castro; COUTINHO, Coutinho, Alessandro Dantas. **Legislação de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lei Nova, 2012.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código Civil Comentado** Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. 11. ed. rev, ampl, e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2014.

RAMOS, Willian Junqueira. **O Papel do Supremo Tribunal Federal no processo de extradição**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17547/o-papel-do-supremo-tribunal-federal-no-processo-de-extradicao> Acesso em: 12 jul. 2023.

SAYEG, Ricardo, BALERA, Wagner. **Fator CapH capitalismo humanista e a dimensão econômica dos direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2019.

