

EXTRADIÇÃO 1.085 REPÚBLICA ITALIANA

RELATOR	: MIN. CEZAR PELUSO
REQTE. (S)	: GOVERNO DA ITÁLIA
ADV. (A/S)	: ANTONIO NABOR AREIAS BULHÕES
EXTDO. (A/S)	: CESARE BATTISTI
ADV. (A/S)	: LUIZ EDUARDO GREENHALGH E OUTRO (A/S)
ADV. (A/S)	: SUZANA ANGÉLICA PAIM FIGUERÊDO
ADV. (A/S)	: GEORGIO ALESSANDO TOMELIN
ADV. (A/S)	: ROSA MARIA ASSEF GARGIULO
ADV. (A/S)	: LUÍS ROBERTO BARROSO
ADV. (A/S)	: RENATA SARAIVA

V O T O V I S T A

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO -

Inicialmente, consigno haver ocorrido proclamação quanto aos seguintes temas:

a) desistência do agravo regimental
interposto;

b) indeferimento do pedido de dobra do prazo
de sustentação oral;

c) rejeição da questão de ordem suscitada
pela Ministra Cármen Lúcia para julgar-se, em primeiro
lugar, o Mandado de Segurança nº 27.875, impetrado contra o
ato do Ministro de Estado da Justiça que implicou o
reconhecimento do *status* de refugiado político ao
extraditando, vencidos os Ministros Eros Grau, Joaquim
Barbosa, a proponente e eu;

d) prejuízo do mandado de segurança por
abordagem, no próprio processo de extradição, do que

TEXTO SUJEITO A REVISÃO FINAL

sustentado relativamente ao refúgio, vencidos os Ministros Cármen Lúcia, Eros Grau, Joaquim Barbosa e eu, havendo votado o Presidente.

Em seguida, após o voto do Relator, fulminando o ato de refúgio e deferindo o pedido de extradição, no que veio a ser acompanhado pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Carlos Ayres Britto e Ellen Gracie, tendo votado em sentido contrário os Ministros Eros Grau, Cármen Lúcia – ambos assentaram a extinção do pedido de extradição, ante a concessão de refúgio – e Joaquim Barbosa – o qual se pronunciou pelo prejuízo do pleito de extradição, indeferimento e ausência de execução da decisão do Supremo –, anunciei a necessidade de reflexão sobre determinados tópicos e solicitei vista do processo. Confiram com a ata da sessão.

As balizas subjetivas e objetivas deste processo estão bem delineadas. Envolve pedido de extradição de Cesare Battisti formulado pelo Governo da Itália. Não se trata de ação movida contra ato quer do Ministro de Estado da Justiça, quer, muito menos, do dirigente maior do País, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República – Luiz Inácio Lula da Silva.

É de ressaltar que o ato do Ministro de Estado da Justiça, reconhecendo a condição de refugiado ao extraditando, foi praticado depois da apresentação do pedido de extradição. Então, o advogado do Governo da

Itália impetrou mandado de segurança – apontando a referida autoridade brasileira como coatora – para atacar o refúgio formalizado. Em outras palavras, o pedido de invalidação do refúgio não poderia estar compreendido no pleito de extradição porque, sob o ângulo temporal, o objeto surgiu após o início da tramitação deste processo.

Presente a utilidade e, mais do que isso, a necessidade, deu-se a impetração, porquanto, consoante a Lei nº 9.474/97, a condição de refugiado é obstáculo à sequência do pedido de extradição: “O reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio” – artigo 33. Vale dizer que não coabitam o mesmo teto o reconhecimento da condição de refugiado e o processo de extradição, o que se dirá da possibilidade de acolher-se o pedido formulado nesse último.

Assim sempre concluiu este Tribunal, jamais tendo apreciado, no bojo do próprio processo de extradição, o acerto ou o desacerto do ato administrativo a implicar o reconhecimento da condição de refugiado. Cito, para exemplificar, o que decidido na Extradição nº 1.008/Colômbia, cujo acórdão foi redigido pelo proficiente Ministro Sepúlveda Pertence. Sua Excelência, de forma direta, fez ver:

TEXTO SUJEITO A REVISÃO FINAL

1. De acordo com o art. 33 da Lei 9.474/97, o reconhecimento administrativo da condição de refugiado, enquanto dure, é elisivo, por definição, da extradição que tenha implicações com os motivos do seu deferimento.

Nesse sentido se constata outros pronunciamentos da Corte: Segunda Questão de Ordem na Extradição nº 785-8, Estados Unidos Mexicanos, relator Ministro Carlos Velloso, julgada em 13 de setembro de 2001, acórdão publicado no Diário da Justiça de 14 de novembro de 2003; *Habeas Corpus* nº 83.501-5/DF, relator Ministro Carlos Velloso, acórdão veiculado no Diário da Justiça de 7 de maio de 2004; e *Habeas Corpus* nº 81.127-2/DF, relator Ministro Sydney Sanches, acórdão publicado no Diário da Justiça de 26 de setembro de 2003.

Há necessidade de preservarem-se princípios, parâmetros e valores – única forma de avançar-se culturalmente e aprimorar-se o Estado Democrático de Direito. O julgamento desordenado, embaralhando-se temas, não se coaduna com a organicidade do Direito, com a segurança jurídica garantida constitucionalmente. Até aqui, o que se verifica é a existência de óbice intransponível ao seguimento do pedido de extradição, devendo-se ressaltar o comezinho enfoque segundo o qual, em Direito, o meio justifica o fim, mas não este, aquele. Ato jurídico relevante, em face dos termos claros e precisos da lei, como é o reconhecimento da qualidade de refugiado quanto ao extraditando, impede a sequência do pleito do Governo

requerente e, enquanto não afastado mediante o devido processo legal, enquanto pendente a ação voltada a infirmá-lo, há de merecer das autoridades constituídas e, especialmente, do Supremo o acatamento imposto de forma normativa cogente.

A esta altura, o Tribunal proclamou extinto o mandado de segurança oportunamente impetrado pelo Governo da Itália contra o ato do Ministro de Estado da Justiça, mas entende ser possível aquilatar, no próprio processo de extradição, o merecimento do que decidido, relegando à inocuidade premissa constitucional a revelar que se tem ato exercitável pelo Executivo, de forma discricionária, que não é passível de exame sob o aspecto da definição política que o norteou, apenas cabendo, mediante o instrumental pertinente - e este seria o mandado de segurança extinto -, perquirir eventual desvio de finalidade. Sim, a via é das mais afuniladas, não se abrindo campo para assentar-se, de maneira ampla, de maneira linear, mediante simples revisão, como ocorreu quanto ao ato do Conare, o acerto ou o desacerto da decisão concessiva do refúgio. Não se pode transformar o pedido de extradição, contrariando-se o critério sequencial contemplado no arcabouço normativo, a ordem natural das coisas, em verdadeiro recurso contra o ato do Ministro de Estado da Justiça. A lei assim não prevê. E esse enfoque surge bilateral. Concerne não só ao pronunciamento positivo - de reconhecimento administrativo

da condição de refugiado -, como também ao negativo - de indeferimento do pleito formulado por estrangeiro.

O estrangeiro não tem o direito subjetivo público e exercitável a ser reconhecido como refugiado. Em síntese, deferido o pedido de refúgio, Governo interessado em ver entregue o estrangeiro para efeito de persecução criminal ou execução da pena tem acesso restrito ao Poder Judiciário. Não pode pretender a revisão ampla do ato. A discussão consentânea com a ordem jurídica diz respeito ao desvio de finalidade e há de ocorrer mediante o instrumental próprio e não por meio de processo de extradição cujo objeto é a entrega do estrangeiro. O mesmo acontece se indeferido o refúgio. O estrangeiro não poderá postular tutela jurisdicional para simplesmente ser revisto o ato denegatório. E a razão é única. Ao Judiciário, ainda que na palavra do Supremo, não compete a prática de ato estrito de soberania que é o circunscrito à condução desta ou daquela política internacional. Implementá-la cumpre ao Presidente da República, privativamente, conforme previsão explícita, contida em claro e preciso preceito, em bom vernáculo, na Carta Federal:

Seção II

Das Atribuições do Presidente da República

Art. 84. Compete privativamente ao
Presidente da República:

I - [...]

[...]

TEXTO SUJEITO A REVISÃO FINAL

VII - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos;

VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;

[...]

XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional;

XX - celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional;

[...]

XXII - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente;

[...]

XXVII - exercer outras atribuições previstas nesta Constituição.

Relembrem as balizas constitucionais, tendo presente alicerces da República - a harmonia e a separação dos Poderes, tal como pedagogicamente, em advertência a afoitos, estão versadas no artigo 2º do Diploma Maior.

Essa óptica é a mesma atinente, por exemplo, à cassação de parlamentar por quebra de decoro, ao julgamento de *impeachment* a envolver o Presidente da República. Repito à exaustão: a menos que se substitua ao Executivo, ao Judiciário não incumbe proceder a revisão, simples revisão, de ato praticado por aquele Poder no campo da política internacional. Não lhe compete declarar o

merecimento ou não quer de refúgio, quer de asilo formalizados. Por isso, resumindo o pensamento da maioria formada – na ocasião, ficou vencido o Ministro Gilmar Mendes –, e vejo ser das mais bruscas a guinada que se delineia, em que pese à inexistência de mudança constitucional, o Ministro Sepúlveda Pertence, redator do acórdão na Extradicação nº 1.008/Colômbia, deixou consignado:

É válida a lei que reserva ao Poder Executivo – a quem incumbe, por atribuição constitucional, a competência para tomar decisões que tenham reflexos no plano das relações internacionais do Estado – o poder privativo de conceder asilo ou refúgio. A circunstância de o prejuízo do processo advir de ato de um outro Poder – desde que compreendido na esfera de sua competência – não significa invasão da área do Poder Judiciário.

Eis a visão consentânea com as balizas constitucionais. Eis a visão que retrata o sistema de freios e contrapesos próprios a um Estado Democrático, evitando a concentração de poder, aquela que adviria de entender-se pela abertura de campo amplo à atuação do Judiciário, à atuação do Supremo, que tem a última palavra sobre o alcance da Carta Federal – devendo a Corte, nessa prática, guardar absoluta fidelidade, atuar com deferência, sob pena de vingar a babel, chegando-se à pior das ditaduras, a do Judiciário. O fato de não haver, na estrutura desse Poder, um órgão que possa rever as decisões deste Tribunal não pode levá-lo, legitimamente, a esse temido extremo. Óptica diversa implica consagrar o critério

de plantão, com a quebra do sistema constitucional, sendo as consequências imprevisíveis.

Em face da circunstância de encontrar-se vencida a questão de ordem suscitada, em boa hora, pela Ministra Cármen Lúcia, acerca da necessidade imperiosa de julgar-se em primeiro lugar o mandado de segurança impetrado contra o ato de refúgio, tendo concluído a maioria pela possibilidade de redirecionar o exame do pedido para o bojo do processo de extradição, em preliminar - e que preliminar!-, passo a votar sobre a matéria.

Antes, reafirmo a crença de só se poder emitir entendimento no tocante ao desvio de finalidade, pois não cabe a revisão linear para tratar, como fez o Ministro de Estado da Justiça, aspectos relativos a política internacional envolvidos na espécie. Mesmo assim, nesta quadra vivenciada no Brasil, de sobressaltos e solavancos, de flexibilização da ordem jurídico-constitucional, de abandono a princípios, a parâmetros, de inversão de valores, porque compelido pela toga e já agora ante a postura da maioria de votar de forma ampla, com ressalva perene de entendimento pessoal, examino, em profundidade, o ato praticado, como procederam os que já votaram na matéria, acompanhando o Relator. Repito: não estou aqui a adentrar o campo da apostasia, a desertar de uma opinião que tenho como correta, a abandonar a fé jurídica quando, no julgamento da Extradição nº

1.008/Colômbia, verificado recentemente, em 21 de março de 2007, em aparte, consignei:

Para mim, o refúgio é um fato jurídico que não pode ser colocado em segundo plano por esta Corte no julgamento da extradição, tendo em conta a previsão do artigo 33 da Lei nº 9.474/97. Não cabe ao Supremo perquirir o acerto ou o desacerto do ato do Executivo que haja implicado o reconhecimento do status de refugiado. É um fato a ser constatado, a ser provado no processo. Até que reste fulminado pelo juízo competente, deve repercutir no cenário próprio revelado pelo processo de extradição. Não posso examinar, porquanto relegaria o mencionado artigo 33 à inocuidade, se se dá, ou não, na espécie, o envolvimento de crime político. Basta o texto constitucional para obstaculizar a extradição. Caso contrário, não haveria razão para o preceito do artigo 33 em comento.

No mesmo sentido: Segunda Questão de Ordem na Extradição nº 785-8/Estados Unidos Mexicanos, relator Ministro Carlos Velloso, julgada em 13 de setembro de 2001, acórdão publicado no Diário da Justiça de 14 de novembro de 2003.

Esse foi o enfoque que sempre prevaleceu no Supremo, mas eis que, repito, sem mudança normativa, sem mudança, especialmente, normativo-constitucional, parte-se para visão diametralmente oposta, indo-se à matéria de fundo que serviu de base ao ato do Ministro de Estado da Justiça. De um lado, tem-se como prevalecente a intangibilidade do ato do Ministro de Estado da Justiça. De outro, há a sinalização do Plenário – e esta foi a causa de julgar-se extinto o mandado de segurança, ante a

prejudicialidade – de poder-se adentrar a matéria, sem qualquer limite, a título de simples preliminar.

Então, torno a frisar, para não fugir à jurisdição, ressaltando, como disse, o entendimento pessoal sobre o tema e, portanto, observando a visão da sempre ilustrada maioria, passo a apreciar o merecimento do que decidido pelo Executivo, sentindo-me, até certo ponto, a integrá-lo, muito embora a cadeira que ocupe esteja no âmbito de Poder diverso, ou seja, do Judiciário. A tanto me leva o critério democrático da prevalência do que sustentado pela corrente majoritária.

No Comitê Nacional para os Refugiados – Conare, o pedido de concessão de refúgio foi indeferido por maioria de votos, consoante certidão juntada no apenso 17 do Mandado de Segurança nº 27.875 (folha 680). O requerente acionou o disposto no artigo 29 da Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. É interessante perceber que o recurso administrativo somente se mostra adequado se negativa a decisão do Colegiado, fato a confirmar não deter terceiro o direito subjetivo de questioná-lo:

Art. 29 No caso de decisão negativa, esta deverá ser fundamentada na notificação ao solicitante, cabendo direito de recurso ao Ministro de Estado da Justiça, no prazo de quinze dias, contados do recebimento da notificação.

Façam ao menos justiça a Sua Excelência o Ministro Tarso Genro, cujo domínio do Direito todos

TEXTO SUJEITO A REVISÃO FINAL

reconhecem. E Sua Excelência certamente não praticou ato sem o conhecimento e a aquiescência do Presidente da República - Luiz Inácio Lula da Silva -, presunção ínsita ao fato de haver atuado como auxiliar deste, personificando-o. A decisão prolatada baseou-se nas seguintes premissas:

a) O Estado requerente não ofereceu oposição à alegada conotação política aventada quanto aos fatos pelos quais o nacional italiano é reclamado. Ao contrário, consignou expressamente em sentença que, nos diversos crimes listados, agiu o recorrente "com a finalidade de subverter a ordem do Estado", afirmando ainda que os panfletos e as ações criminosas por ele praticadas objetivavam "subverter as instituições e a fazer com que o proletariado tomasse o poder";

b) Há que se definir os elementos subjetivo e objetivo do temor a que alude o artigo 1º, inciso I, da Lei nº 9.474/97, o primeiro relativo ao foro íntimo do recorrente e o segundo relacionado com as razões concretas que justifiquem aquele temor. É necessário, em primeiro lugar, tomar como referência o contexto de turbulência política à época dos supostos delitos em que o recorrente teria incorrido;

c) A repressão legítima, pelo Estado italiano, à militância de esquerda, que pretendeu, pelas armas, derrubar o regime durante os chamados "anos de chumbo" das décadas de 1970 e 1980, traduz-se por fatos públicos e notórios, sobre os quais não existe qualquer contencioso. É de acentuada convulsão social o momento histórico no qual o recorrente foi condenado pela Justiça italiana, como autor e co-autor de homicídios ocorridos entre junho de 1978 e abril de 1979.

d) Durante esse período, a sociedade italiana e o Estado de Direito na Itália foram assediados por um conjunto de movimentos políticos (sic), ações armadas e mobilizações sociais que pretendiam, alguns deles, a instalação de um novo regime político-social. Na esteira do desmantelamento das políticas da era social-democrata então em declínio, formaram-se organizações revolucionárias de ação direta que operavam em zonas "cinzentas", na estreita faixa entre a ação política insurrecional de caráter armado e a ação marginal do "banditismo social".

e) Como é possível e necessário nos Estados Democráticos de Direito, o Estado italiano reagiu. E

o fez não só aplicando normas jurídicas em vigor à época, mas também criando "exceções", por meio de leis de defesa do Estado, que reduziram prerrogativas de defesa dos acusados de subversão e/ou ações violentas, inclusive com a instituição da delação premiada, da qual se serviu o principal denunciante do recorrente (o extraditando).

f) Nos momentos de extrema tensão social e política é comum e previsível que passem a funcionar, mesmo no Estado de Direito, aparatos ilegais e/ou paralelos do Estado, comandados por pessoas que se erigem à condição de justiceiros "de fato", como se representassem o bem público, o que por vezes configura uma forte crise de legalidade (...). Nesses casos, a judicialização da política, paradoxalmente, atinge garantias democráticas, sem que o regime democrático seja colocado em dúvida.

g) Situações de emergência como a italiana (...) motivam uma preocupação candente com o funcionamento dos aparatos repressivos. É fundamental, porém, que jamais seja aceita a derrogação dos fundamentos jurídicos que socorrem os direitos humanos. No caso italiano, as possibilidades para que os abusos ocorressem estavam dadas pelo próprio ordenamento jurídico forjado nos "anos de chumbo".

h) É público e incontroverso, igualmente, que os mecanismos de funcionamento da exceção operaram, na Itália, também fora das regras da própria excepcionalidade prevista em lei. (...) Determinadas medidas de exceção adotadas pela Itália nos "anos de chumbo" ressoam ainda hoje nas organizações internacionais que lidam com direitos humanos. A condenação a determinados procedimentos e penas motivou, de um lado, relatórios da Anistia Internacional e do Comitê europeu para a prevenção da tortura e das penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, e, de outro, a concessão de asilo político a ativistas italianos em diversos países, inclusive não europeus. (...) Outros evadidos da Itália por motivos políticos vinculados à situação do país na década de 1970 e início dos anos 1980, mesmo período de fuga do recorrente (extraditando), não foram extraditados (...).

i) O recorrente (extraditando) sentiu diretamente os efeitos da legislação de exceção italiana. As acusações sobrepostas a que respondeu foram possibilitadas pelos procedimentos e tipos penais singulares desenvolvidos pelo Estado requerente, em grande parte aplicáveis por força do envolvimento do recorrente no grupo conhecido como PAC (Proletários Armados para o Comunismo).

j) Após fugir da Itália em 1981, o recorrente (extraditando) foi condenado pela Justiça do país, como autor e co-autor de homicídios ocorridos entre junho de 1978 e abril de 1979.

TEXTO SUJEITO A REVISÃO FINAL

Vislumbra o recorrente falta de oportunidade para que o exercício da ampla defesa. É de se notar que as acusações não buscam esteio em provas periciais, fundamentando-se precipuamente em uma testemunha de acusação implicada pelos próprios fatos delituosos, qual seja, o delator premiado.

k) Segundo o recorrente, a natureza política de seus crimes é não apenas evidente como confirmada pela maneira de o Estado requerente haver conduzido os processos criminais e os pedidos de extradição. Corroboram essa perspectiva as qualificações dadas aos atos por ele praticados pelos processos de condenação em primeira instância e o fato de ser preso na "Divisione investigazioni generali operazioni speciali", onse se lotavam os presos políticos dos "anos de chumbo".

l) Carta de Francesco Cossiga, influente político italiano nos anos 1970, que participou ativamente da elaboração das leis de emergência italianas - hoje, Senador da República italiana -, atesta que os "subversivos da esquerda" passaram a ser tratados, na Itália dos "anos de chumbo", como "terroristas e talvez absolutamente como criminosos comuns".

m) Não resta a menor dúvida, independentemente da avaliação de que os crimes imputados ao recorrente (extraditando) sejam considerados de caráter político ou não (...), de que é fato irrefutável a participação política do recorrente, ter ele envolvimento político insurrecional e a pretensão de instituir um poder soberano "fora do ordenamento", pela via revolucionária, motivo pelo qual o Presidente francês Mitterrand acolhera o recorrente - bem assim a vários militantes da extrema esquerda italiana que se encontravam na mesma situação -, sendo certo que a situação foi alterada durante o Governo do Presidente Jacques Chirac, quando "o abrigo do recorrente, no território francês, foi desconstituído e então anulado por razões eminentemente políticas": o pedido de extradição, antes negado, foi posteriormente concedido. O Brasil, em vista desses acontecimentos políticos, passou a ser "depositário de um cidadão, de fato expulso de um território por decisão política".

n) Por motivos políticos o recorrente (extraditando) envolveu-se em organizações ilegais criminalmente perseguidas no Estado requerente. Por motivos políticos foi abrigado na França e também por motivos políticos, originários de decisão política do Estado francês, decidiu por voltar a fugir. O elemento subjetivo do "fundado temor de perseguição" necessário para o reconhecimento da condição de refugiado está, portanto, claramente configurado.

o) À luz do que relatado, percebe-se do conteúdo das acusações de violação da ordem jurídica

TEXTO SUJEITO A REVISÃO FINAL

italiana e das movimentações políticas que ora deram estabilidade, ora movimentação e preocupação ao recorrente, o elemento subjetivo, baseado em fatos objetivos, do "fundado temor de perseguição", necessário para o reconhecimento da condição de refugiado.

p) A qualificação do indivíduo como refugiado é ato soberano do Estado que concede o asilo. O caráter humanitário, que também é princípio da proteção internacional da pessoa humana, perpassa o refúgio, implicando o princípio "in dubio pro reo": "na dúvida, a decisão de reconhecimento deverá inclinar-se a favor do solicitante do refúgio". As normas internacionais que o Brasil está obrigado a observar consignam, ainda, no capítulo da proteção da pessoa humana, que o pedido de refúgio deve ser julgado pela Autoridade com atenção detida e serena ao caráter protetivo da medida. Nesse contexto, o artigo XIV da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

q) Não há impedimentos jurídicos para o reconhecimento do caráter de refugiado do recorrente (extraditando). Embora se reporte a diversos ilícitos que teriam sido por ele praticados, em nenhum momento o Estado requerente noticia a condenação do mesmo por crimes impeditivos do reconhecimento da condição de refugiado, estabelecidos no artigo 3º, inciso III, da Lei nº 9.474/97 - quais sejam, crimes contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participação de atos terroristas ou tráfico de drogas. Assim, no contexto em que ocorreram os delitos de homicídio imputados ao recorrente, as condições nas quais se desenrolaram os processos, a potencial impossibilidade de ampla defesa face à radicalização da situação política na Itália, no mínimo, geram uma profunda dúvida sobre se o recorrente teve direito ao devido processo legal. Por consequência, há dúvida razoável sobre os fatos que, segundo o recorrente, fundamentam seu temor de perseguição.

r) Ante o exposto, dou provimento ao recurso para reconhecer a condição de refugiado a Cesare Battisti, nos termos do artigo 1º, inciso I, da Lei nº 9.474/97.

Observem a boa procedência do que assentado, sem adentrar-se o tema de fundo propriamente dito, o merecimento da condenação imposta ao extraditando pela Justiça da Itália, a partir de delação premiada daquele que era o chefe do movimento subversivo.

O instituto da continuidade delitiva, verdadeira ficção jurídica a distanciar-se da unidade real, é comum às legislações a serem consideradas: a brasileira e a italiana. Foi justamente esse instituto que acabou por prevalecer na condenação do extraditando pela jurisdição italiana.

Segundo o artigo 71 do Código Penal brasileiro, dá-se a continuidade da prática criminosa "quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro...". A tônica do crime continuado é justamente o envolvimento de crimes da mesma espécie.

Na legislação italiana, o artigo 81 revela que está "sujeito à mesma pena quem, com mais ações ou omissões, executivas de um mesmo desígnio criminoso, comete, mesmo em tempos diversos, mais violações do mesmo ou de diversos dispositivos de lei". O preceito italiano, a versar desígnio criminoso, ou seja, intenção, mostra-se mais benéfico ao agente do que o brasileiro no que despreza o fator temporal, contentando-se com atos comissivos ou omissivos implementados a partir de vontade dirigida a objetivo único.

No caso, os crimes perpetrados datam da década de 70. A Itália vivia quadra conturbada, com

existência de diversos movimentos subversivos à ordem estatal. De um lado, pela esquerda, O.C.C. (Formações Comunistas Combatentes) e P.A.C. (Proletários Armados para o Comunismo), Brigadas Vermelhas e N.A.P. (Núcleo dos Proletariados Armados). Do outro, pela direita, "Terza Posizione", "Avanguardia Nazionale" e a "Ordine Nero". Isso levou até mesmo a advertências de organismos internacionais quanto à repressão que estaria sendo implementada, com abandono de regras tradicionais referentes à convivência social, às balizas do devido processo legal e aos valores humanitários. Constatou do relatório da Anistia Internacional de 1981:

Prisões processuais por longos períodos, evidenciando que teriam fundamento político e não suspeitas razoáveis.

A Anistia Internacional considera que suspeitos foram mantidos em prisão por períodos excessivos, principalmente porque muitos suspeitos foram libertados após detenção prolongada sem jamais terem sido levados a julgamento. A Anistia Internacional estava portanto preocupada que nas hipóteses que as pessoas eram mantidas prisioneiras aguardando julgamento por períodos excessivos havia risco de detenção por motivos políticos ao invés de por razoável suspeita¹.

Denúncias de torturas nas cadeias e delegacias. Denúncias de torturas nas investigações do homicídio do joalheiro milanês.

"A Anistia Internacional continuou a receber reclamações de maus tratos de prisioneiros e violência contra prisioneiros em delegacias. Em 5 de Abril de 1979, a Anistia Internacional escreveu ao senhor Virginio Rognoni, Ministro do Interior, solicitando uma investigação oficial sobre as alegações de tortura feitas por nove homens detidos após o homicídio de um joalheiro em Milão. Em sua manifestação a Anistia Internacional expressou preocupação acerca da ausência de resultados positivos resultantes da investigação. A Anistia

TEXTO SUJEITO A REVISÃO FINAL

Internacional está agora preparando uma missão investigatória a Itália para investigar tais reclamações²". (Tradução livre)

Três dos homicídios, narrados com tintas fortes, verificaram-se em 1979 e o primeiro, em 1977. À época, ocorreram inúmeros crimes, e não apenas os quatro homicídios, ante o conflito extremado a envolver o Estado e movimentos subversivos, mais precisamente o PAC - Proletários Armados para o Comunismo. No processo que desaguou na condenação, foram acusados nada menos do que 23 cidadãos italianos cujas idades variavam, em 1988, de 21 a 43 anos, verdadeiros sonhadores de dias melhores. A decisão italiana é explícita ao revelar, sob o ângulo da teoria de práticas com o mesmo desígnio, a motivação dos delitos. Dela colho os seguintes trechos:

"[...] várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso, destinado a subverter a ordem do Estado [...]" - item 33, folha 113.

"[...] com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso - detiveram com a finalidade de subverter a ordem do Estado e pôr em perigo a vida das pessoas mediante a prática de atentados..." - item 37, folha 115.

"[...] com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso, com a finalidade de subverter a

ordem do Estado e pôr em perigo a vida das pessoas mediante a prática de atentados [...]” – item 40, folha 117.

“[...] instigaram publicamente a cometer crimes de associação subversiva constituída em bando armado, insurreição armada contra os poderes do Estado, guerra civil e, em qualquer caso, porque fizeram a apologia destes crimes, bem como porque fizeram propaganda no território do Estado à subversão violenta dos sistemas econômicos e sociais do próprio Estado mediante o projeto, a redação e a divulgação de um documento intitulado ‘CONTRA OS MÉDICOS GUARDAS DO ESTADO’ reivindicando, com a sigla PAC – Proletários Armados para o Comunismo [...]” – item 42, folha 118.

“[...] com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso – detiveram para subverter a ordem do Estado e levaram ilegalmente a um lugar público quatro revólveres bem como um fuzil com cano cortado, utilizados para praticarem o assalto acima descrito.” – item 44, folha 119.

“[...] provocando voluntariamente a morte do Sargento dos agentes de custódia Santoro Antonio [...] cometido o fato contra um oficial público durante o cumprimento de suas funções e por terem agido com premeditação e, em particular, após terem estudado os hábitos, armando uma emboscada enquanto a vítima estava se transferindo de sua casa para o cárcere de Udine onde

prestava serviço" - item 46, folha 121 - primeiro homicídio.

"[...] a circunstância agravante pelo número de pessoas superior a cinco, com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso - detido com a finalidade de subverter a ordem do Estado e pôr em perigo a vida das pessoas mediante a prática de atentados [...]" - item 47, folhas 121 e 122.

"[...] com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso, com violência nas coisas [...]" - item 48, folha 122.

"[...] decidindo juntos a ação de propaganda [...] instigaram publicamente a cometer os crimes de associação subversiva constituída em bando armado, insurreição armada contra os poderes do Estado, guerra civil e, de qualquer forma, porque fizeram a apologia destes crimes, bem como porque fizeram propaganda no território do Estado para subverter violentamente os sistemas econômicos e sociais do próprio Estado mediante o projeto, a redação e a divulgação de um documento intitulado 'Contra os lager do Estado' reivindicando com a sigla 'PAC - Proletariados Armados para o Comunismo' o homicídio do Sargento dos Agentes de Custódia de Udine, Santori Antonio, acontecido em 6/6/78. Divulgação acontecida abandonando em lugares públicos da cidade cópias do próprio documento." - item 49, folha 123.

"[...] os outros também atuando materialmente, com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso - detiveram com a finalidade de subverter a ordem do Estado e levaram num lugar público as armas comuns de disparo [...]" - item 50, folha 124.

"[...] com a circunstância agravante pelo número de pessoas superior a cinco, com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso - detiveram com a finalidade de subverter a ordem do Estado bem como levaram ilegalmente num lugar público as armas curtas de disparo [...]" - item 52, folha 125.

"[...] com a circunstância agravante pelo número de pessoas superior a cinco, com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso - detiveram com a finalidade de subverter a ordem do Estado bem como levaram ilegalmente num lugar público as armas curtas de disparo [...]" - item 52, folha 125.

"[...] os outros também atuando materialmente, com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso - detiveram com a finalidade de subverter a ordem do Estado bem como levaram ilegalmente num lugar público as armas curtas de disparo, comuns e de guerra, por um total de quatro, dentre as quais [...]" - item 54, folha 127.

"[...] com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso - detiveram com a finalidade de

subverter a ordem do Estado bem como levaram ilegalmente num lugar público as armas comuns de disparo, constituídas [...]” – item 56, folha 128.

“[...] com a circunstância agravante pelo número de pessoas superior a cinco, com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso – detiveram com a finalidade de subverter a ordem do Estado bem como levaram ilegalmente num lugar público as armas comuns de disparo [...]” – item 59, folha 130.

“[...] com a circunstância agravante pelo número de pessoas superior a cinco, todos eles participando à exceção de Mutti no plano” (esclareça-se o chefe-delator cuja fala viabilizou a condenação do ausente Battisti), “decisão e preparação da ação; o próprio Mutti, Battisti e Tirelli também atuando materialmente – causaram a Nigro Arturo, agente de custódia no Cárcere de Verona, contra o qual o Mutti disparou alguns tiros de revólver (pelo menos três), dos quais dois o atingiram [...] com a circunstância agravante por terem cometido o fato contra um oficial público por causa do cumprimento de suas funções.” – item 61, folha 131.

“[...] detiveram com a finalidade de subverter a ordem do Estado e pôr em perigo a vida das pessoas mediante a prática de atentados, bem como porque levaram ilegalmente a um lugar público as armas [...]

utilizado na ação contra o agente de custódia Nigro Arturo.” – item 62, folha 132.

“[...] decidindo juntos o (*sic*) aderindo à decisão de ação de propaganda, concordando ou aprovando o texto do documento, com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso – instigaram publicamente a comissão de crimes de associação subversiva constituída em bando armado, insurreição armada contra os poderes do Estado, guerra civil e, de qualquer forma, porque fizeram a apologia destes crimes, bem como porque fizeram propaganda no território do Estado para a subversão dos sistemas econômicos e sociais do próprio Estado mediante a projeção, a redação e a divulgação de um documento cujo título era ‘Um sério aviso ao tecido carcerário de Verona’ reivindicante, com a sigla ‘PAC – Proletari Armati per il Comunismo’, o ferimento do agente de custódia Nigro Arturo, que prestava serviço no Cárcere de Verona [...]. A divulgação aconteceu abandonando num lugar público da cidade cópias do próprio documento.” – item 64, folha 133.

“[...] detiveram para subverter a ordem do Estado e pôr em perigo a segurança da coletividade mediante a prática de atentados bem como porque levaram a um lugar público engenho explosivo utilizado para cometer o atentado em prejuízo da drogaria [...]” – item 69, folha 137.

“[...] detiveram com a finalidade de subverter a ordem do Estado e pôr em perigo a segurança da

coletividade mediante a prática de atentados e levaram ilegalmente num lugar público o engenho incendiário [...]” – item 71, folha 138.

“[...] com a circunstância agravante pelo número de pessoas superior a cinco, com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso – detiveram com a finalidade de subverter a ordem do Estado e levaram ilegalmente num lugar público as armas comuns de disparo [...]” – item 73, folhas 139 e 140.

“[...] para realizarem o assalto melhor descrito acima, com várias ações executivas do mesmo desenho criminoso, usando violência nas coisas e empregando um meio fraudulento para entrar no interior dos veículos e accionar o motor – apossaram-se de um carro [...]” – item 74, folha 140.

“[...] participando conforme indicado no item precedente e, portanto, com a circunstância agravante pelo número de pessoas superior a cinco, com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso – detiveram com a finalidade de subverter a ordem do Estado e levaram ilegalmente num lugar público as armas [...]” – item 79, folha 144.

“[...] participando conforme indicado precedentemente e, portanto, com a circunstância agravante pelo número de pessoas, com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso – detiveram com a finalidade de

subverter a ordem do Estado e levaram ilegalmente num lugar público as armas [...]” – item 83, folha 147.

“[...] detiveram com a finalidade de subverter a ordem do Estado e levaram ilegalmente num lugar público as armas [...]” – item 84, folhas 147 e 148.

“[...] com a circunstância agravante pelo número de pessoas superior a cinco – detiveram com a finalidade de subverter a ordem do Estado e levaram ilegalmente num lugar público as armas de disparo [...]” – item 86, folha 149.

“[...] Battisti, Lavazza e Masala também atuando materialmente ao colocarem no interior das estruturas do pavilhão destinado à seção judiciária para a hospitalização dos detidos do hospital provincial ‘L. Sacco’ de via G.B. Grassi n. 74 três engenhos explosivos e ao causarem sua explosão – cometeram um fato dirigido a prejudicar ou destruir uma instalação de utilidade pública.” – item 88, folha 150.

“[...] com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso – detiveram com a finalidade de subverter a ordem do Estado e pôr em risco a segurança da coletividade mediante a prática de atentados bem como porque levaram ilegalmente num lugar público três pistolas de tipo, marca e calibre não melhor especificado e os engenhos explosivos utilizados para a realização do atentado melhor descrito acima, e ainda porque fabricaram

os citados engenhos e os deixaram explodir com a finalidade de incutir temor público e suscitar desordem pública.” – item 89, folhas 150 e 151.

“[...] com a circunstância agravante pelo número de pessoas superior a cinco, com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso – detiveram com a finalidade de subverter a ordem do Estado e levaram ilegalmente num lugar público as armas [...]” – item 92, folha 153.

“[...] agindo em co-autoria com Bitti Sissinnio, Premoli Marina e com Fatone Sante, Grimaldi, Gabriele, Masala Sebastiano e Memeo Giuseppe (já condenados por este fato como autores materiais do crime pelo Tribunal Penal de Milão com sentença datada de 27.5.81) e, portanto, com a circunstância agravante pelo número de pessoas superior a cinco, participando no projeto, na decisão e na posterior reivindicação da ação – causaram a morte de Pierluigi Torregiani” (segundo homicídio, sendo que, no processo anterior aludido, Battisti nem sequer fora denunciado, vindo a sê-lo ante a delação) “contra o qual, enquanto Fatone e Masala Sebastiano desempenhavam papéis de apoio e cobertura, Memo e Grimaldi explodiram vários tiros de arma de fogo, atingindo-o com cinco projéteis [...]” – item 96, folha 156.

“[...] Battisti, Giacomini e Filippi também participando materialmente – causaram a morte de Sabbadin

Lino" (terceiro homicídio) "contra o qual Giacomini, enquanto Battisti e Filippi desempenhavam papéis de apoio e cobertura, explodiu desde uma breve distância, quatro tiros de pistola [...]" – item 98, folhas 157 e 158.

"[...] com a circunstância agravante pelo número de pessoas superior a cinco, com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso – detiveram com a finalidade de subverter a ordem do Estado e pôr em risco a vida das pessoas mediante a prática de atentados, bem como levaram ilegalmente num lugar público as armas de disparo [...]" – item 99, folha 158.

"[...] agindo em co-autoria com Bitti Sissinnio, Grimaldi Gabriele, Masala Sebastiano, Memeo Giuseppe, Premoli Marina e portanto com a circunstância agravante pelo número de pessoas superior a cinco – instigado publicamente a cometer os crimes de associação subversiva, constituída em bando armado, insurreição armada contra os poderes do Estado, guerra civil; porque, de qualquer maneira, fizeram a apologia destes crimes; porque, finalmente, fizeram propaganda no território do Estado para subverter os sistemas econômico-sociais do próprio Estado, mediante a realização de telefonemas em que os O.C.C. P.A.C. reivindicavam os homicídios dos comerciantes Torregiani e Sabbadin, acontecidos respectivamente em Milão e em Mestre em 16.2.79, bem como mediante o projeto, a redação e a divulgação de um documento titulado 'Atacamos

os agentes reacionários no território', que aqui deve ser completamente reproduzido, que reivindicava os próprios homicídios, num primeiro momento de forma anônima e, logo depois, com a sigla P.A.C.; a divulgação aconteceu abandonando em lugares públicos da cidade cópias do próprio documento, às vezes avisando com antecipação os órgãos de informação." - item 101, folhas 159 e 160.

Quanto a Battisti, tem-se ainda:

"[...] com a finalidade de subverter a ordem do Estado e pôr em risco a segurança da coletividade mediante a prática de atentados e, portanto, porque cederam Barbone Marco (para que ele as fizesse chegar até os expoentes da O.C.C. 'Formações Comunistas Combatentes' que tinham se comprometido em escondê-las guardando-as temporaneamente num depósito), bem como - para este fim - porque levaram ilegalmente a um lugar público, a bordo de um carro Renault R4, uma considerável remessa de explosivo e de armas de disparo, curtas e longas, de vários calibres e marca, que constituíam parte do armamento em dotação ao O.C.C. 'Proletários Armados para o Comunismo - P.A.C.'. - (item 102, folhas 160 e 161).

Segue-se o relato de outras ações, todas elas dentro do contexto alusivo ao que, na Itália, denomina-se como o mesmo desenho criminoso.

Assim é que, ainda em relação a Cesare Battisti, consignou-se:

"[...] mediante ameaça cometida com armas por várias pessoas reunidas, algumas das quais tinham o rosto completa ou parcialmente disfarçado, contra os funcionários e os cidadãos presentes no lugar, roubando tudo das mesas da acima citada seção - apossaram-se de dois carimbos redondos [...]" - item 105, folhas 162 e 163.

"[...] agindo em co-autoria com Memeo Giuseppe, com várias ações executivas de um mesmo desenho criminoso - detiveram com a finalidade de subverter a ordem do Estado bem como levaram ilegalmente a um lugar público uma pistola de tambor de grande tamanho, utilizada para a prática do assalto descrito no item precedente." - item 106, folha 163.

"[...] agindo em co-autoria com Marelli Silvana, Memeo Giuseppe e, portanto, com a circunstância agravante pelo número de pessoas, igual a cinco, decidindo todos juntos a execução do atentado; Battisti e Memeo também participando materialmente, atuando com premeditação e, em particular, após terem estudado os hábitos, esperando-o perto do lugar onde ele havia estacionado o carro em que, depois do almoço, costumava acompanhar seu futuro genro ao posto de trabalho - provocaram a morte do policial Campagna Andrea" (quarto homicídio), "em serviço na DIGOS de Milão com tarefa de motorista, explodindo contra ele, de uma breve distância, cinco tiros de revólver calibre 357 Magnum..." - item 110, folhas 165 e 166.

"[...] apontando contra ele o revólver utilizado para ferir mortalmente o agente de Polícia e apertando o gatilho várias vezes sem que, todavia, partissem os tiros - cumpriram atos idôneos dirigidos de maneira não equivocada a causar a morte de Manfredi Lorenzo, pai da noiva de Campagna que, estando em companhia deste último, após tê-lo visto cair atingido pelo atirador que logo depois fugiu, começou a seguir este último [...]" - item 111, folhas 166 e 167.

"[...] instigaram publicamente a comissão de crimes de associação subversiva constituída em bando armado, insurreição armada contra os poderes do Estado, guerra civil; porque, finalmente, fizeram propaganda no território do Estado para a subversão dos sistemas econômico-sociais do próprio Estado mediante a ideação, redação e divulgação de um documento que iniciava com as palavras 'era ou não um torturador?' - que aqui deve ser inteiramente citado e reivindicando com a sigla 'Proletari Armati per il Comunismo' o homicídio do guarda de Polícia Campagna [...]" - item 114, folhas 168 e 169.

"[...] deteve com a finalidade de subverter a ordem do Estado e pôr em risco a segurança da coletividade mediante a comissão de atentados, no interior de uma mansarda situada em Milão [...]" - item 116, folha 170.

"[...] detiveram com a finalidade de subverter a ordem do Estado e pôr em risco a vida das pessoas e a segurança da coletividade mediante a comissão de atentados, bem como porque levaram ilegalmente num lugar público as armas de disparo, de guerra e comuns, que deveriam ser utilizadas em ação projetada, entre as quais dois fuzis de assalto Kalashnikov." – item 125, folhas 176 e 177.

Com pequena variação quanto à autoria, encontram-se, no título judicial condenatório, 128 imputações, todas elas tomadas como a configurarem o mesmo desenho criminoso – tanto é assim que se chegou à continuidade delitiva do artigo 81 do Código Penal italiano. A expressão "mesmo desenho criminoso" – a compreender os atos praticados contra a vida no contexto do movimento de resistência ao Estado – corresponde, na normatividade brasileira, a crimes da "mesma espécie". Foi a partir desse panorama fático que atuaram o Governo Mitterrand e o Governo Luiz Inácio Lula da Silva, não fechando os olhos à circunstância de Battisti (nascido em 18 de dezembro de 1954), então um jovem idealista com 22 anos à época do primeiro homicídio, em 1977, haver-se engajado em movimento de insurreição contra o então regime italiano. Como, fulminar, olvidando todos esses aspectos constantes na decisão condenatória, o refúgio concedido, invadindo-se área reservada ao Executivo – a da política

internacional - quando outra não foi a motivação para as práticas criminosas referidas senão subverter a ordem estatal, como repetido, por 34 vezes ao todo, na sentença condenatória?

Cumpra observar a organicidade do Estado Democrático de Direito. Fazendo-o, o Supremo não há de substituir-se ao Executivo, adentrando seara que não lhe está reservada constitucionalmente e, repito, simplesmente menosprezando a quadra vivenciada à época na Itália e retratada com todas as letras na decisão proferida. Este Tribunal há de ter presente que o Executivo, ao deferir o refúgio, muito embora não pelo Colegiado - Conare -, mas por ato do Ministro de Estado da Justiça, atuando este mediante delegação do Presidente da República, procedeu de forma fidedigna, a mais não poder, ao que estabelecido na sentença condenatória italiana, na Carta Federal, e aos costumes internacionais. Não pode a Corte - examinando, como resolveu a maioria, o tema de fundo - dizer da impropriedade do refúgio, do implemento distorcido sob o ângulo institucional. A visão do Ministro de Estado da Justiça, Tarso Genro, mostrou-se, acima de tudo, realista e humanitária, atendendo a noções consagradas internacionalmente.

Cabe, então, proclamar que não ocorreu desvio de finalidade e uma vez admitida a revisão ampla, para mim inadequada, do merecimento do ato praticado pelo

Ministro de Estado da Justiça - no mesmo sentido do que se verificara na França de Mitterrand -, assentar a plena harmonia do refúgio com a ordem jurídico-constitucional. Prevalente essa óptica, não há como prosseguir o exame do pleito de extradição.

Conforme sustentou e enquadrou o relator, Ministro Cezar Peluso, obtendo a aquiescência da maioria, essa é uma questão preliminar cuja apreciação precede a abordagem dos demais temas envolvidos na espécie, em relação à qual fiquei vencido acompanhando os Ministros Cármen Lúcia, Eros Grau e Joaquim Barbosa no que entendemos somente ser aferível a questão no bojo do mandado de segurança impetrado pelo Governo da Itália. Tenho voto sobre o que sobeja, mas aguardo a decisão do Tribunal sobre a dita matéria preliminar.

PARA HIPÓTESE DE SER SUPLANTADO O REFÚGIO.

O contexto debatido quando do exame do refúgio serve à conclusão inafastável, porque de envergadura ímpar, a atrair obstáculo maior, ao deferimento da extradição. Colho do inciso LII do artigo 5º da Carta de 1988 que "não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião". O preceito faz-se linear e não permite que se distinga o envolvimento, ou não, de ato contra a vida na prática de crimes políticos. Aliás, em insurreições

armadas, violentas, contra certo regime, contra o aparelho estatal, busca-se a paridade de armas e estas quase sempre levam ao evento morte, seja desta, seja daquela forma. Vitimam-se pessoas de ambos os lados, porque extremamente antagônicos. Não se atua com luva de pelica, mas com instrumental que, acionado, é capaz de ferir de morte o cidadão – explosivos ou armas de fogo de pequeno ou grande calibre. Para incidência do inciso LII do artigo 5º da Constituição Federal, importa o movimento que se revela como pano de fundo e esse, iniludivelmente, conforme está documentado em várias passagens na sentença condenatória motivadora do pedido de extradição, mostrou-se de cunho político, objetivando a mudança do sistema então reinante no âmbito estatal italiano. Assim tem decidido o Supremo conforme acórdão proferido, a uma só voz, no julgamento da Extradição nº 493-0-República da Argentina, relator Ministro Sepúlveda Pertence, que anotou ter a extradição como causa de pedir a incriminação da prática de quadrilha de delinquentes comuns e a repressão do grupamento político clandestino, tipos previstos no Código Penal argentino. No entanto, não seria lícito dar-lhes tratamento dessa natureza. A associação ilícita de finalidade subversiva sempre se tem reconhecido, no Estado requerente, a natureza de crime político, em consonância com o critério subjetivo, de criminalidade política, que sempre dominou o direito argentino. Esse objetivo jurídico do delito em qualquer

hipótese, sendo incontroverso o caráter do "Movimiento Todos por la Patria". De igual modo, era manifesta a natureza política da "rebelión agravada", porquanto, ao tempo dos fatos, os delitos de rebelião configuravam modalidade típica de atentado político, dada a marca histórica e axiológica da situação.

Sob o prisma do direito brasileiro, haveria, no caso, além de associação, um único crime qualificado pelas mortes e as lesões graves, que imputáveis coletivamente aos rebeldes, seriam fatos de um combate aberto, não desnaturando o colorido político da infração fundamental. O relevante é que a unicidade jurídica do fato total, na perspectiva brasileira, absorve os crimes e os reduz a resultados qualificadores da rebelião, impedindo, por isso, a incriminação autônoma. Concluiu-se que as mortes e as violências graves, dadas as circunstâncias de conexão com a rebelião política, configurariam delitos políticos.

Confiram o teor do publicado no Diário da Justiça de 3 de agosto de 1990:

EMENTA: Extradicação. Argentina. Invasão do quartel de La Tablada. Criminalidade política. Denegação.

1. Pedido de extradicação: dele se conhece, embora formulado por carta rogatória de autoridade judicial, se as circunstâncias do caso evidenciam que o assumiu o Governo do Estado estrangeiro.

TEXTO SUJEITO A REVISÃO FINAL

2. A associação ilícita qualificada e a rebelião agravada, como definidos no vigente Código Penal argentino, são crimes políticos puros.

3. (a) - Fatos enquadráveis na lei penal comum e atribuídos aos rebeldes - roubo de veículo utilizado na invasão do quartel, e privações de liberdade, lesões corporais, homicídio e danos morais, perpetrados em combate aberto, no contexto da rebelião - , são absorvidos, no direito brasileiro, pelo atentado violento ao regime, tipo qualificado pela ocorrência de lesões graves e de mortes (Lei de Segurança Nacional, art. 17): falta, pois, em relação a eles, o requisito da dúplice incriminação.

3. (b) - A imputação de dolo eventual quanto às mortes e lesões graves não afasta necessariamente a unidade do crime por elas qualificados.

4. Ditos fatos, por outro lado, ainda quando considerados crimes diversos, estariam contaminados pela natureza política do fato principal conexo, a rebelião armada, à qual se vincularam indissolúvelmente, de modo a constituírem delitos políticos relativos.

5. Não constitui terrorismo o ataque frontal a um estabelecimento militar, sem utilização de armas de perito comum nem criação de riscos generalizados para a população civil: dispensável, assim, o exame da constitucionalidade do art. 77, § 3º, do Estatuto dos Estrangeiros.

Há mais, o próprio Tratado de Extradicação entre a República Federativa do Brasil e a República Italiana, firmado em 1989 e promulgado mediante o Decreto nº 863, de 9 de julho de 1993, prevê, de modo categórico, no artigo 3º, item 1, alínea "e", que a extradicação não será concedida se a parte requerida considerar crime político o fato pelo qual é pleiteada. Define a natureza do crime, ressalte-se, o Governo requerido e não o requerente da Extradicação, porquanto, se o fizesse, contrariaria o próprio pedido formulado.

TEXTO SUJEITO A REVISÃO FINAL

Além dos precisos termos da decisão condenatória, na qual ficou registrada, em numerosas passagens, a motivação criminosa - derrubada, à força, do regime italiano vigente à época -, é de ter presente a postura de dirigentes e políticos italianos da atualidade, a tornar estreme de dúvidas a visão jurídica eminentemente política, sem envolvimento de crime comum. Vale frisar que o Embaixador italiano, Gherardo La Francesca, acompanha os trabalhos, em Plenário, em que pese à extensão do voto do relator - 153 páginas -, e que o Governo italiano contratou um dos maiores criminalistas do País - o Dr. Antonio Nabor Areias Bulhões -, o que não é usual.

Eis algumas manifestações das autoridades italianas, descambando umas para a evidente impropriedade - e não estou a abusar da adjetivação - ao referirem-se ao deferimento do refúgio:

1 - O Presidente da República, Giorgio Napolitano, expressou "profundo estupor e pesar", em carta enviada ao Presidente Lula;

2 - O Ministério das Relações Exteriores da Itália convocou o embaixador brasileiro em Roma para expressar "sua queixa e surpresa", assim como convocou o embaixador italiano em Brasília, forma grave de protesto político na linguagem diplomática;

3 - O Ministro da Justiça da Itália, Angelino Alfano, acenou com a possibilidade de dificultar o ingresso do Brasil no G-8;

4 - O Ministro da Defesa italiano, Ignazio La Russa, declarou que a decisão "coloca em risco a amizade entre a Itália e o Brasil" e ameaçou "se acorrentar à porta da embaixada brasileira em Roma;

TEXTO SUJEITO A REVISÃO FINAL

5 - O ex-Presidente da República, Francesco Cossiga, afirmou que "o Ministro da Justiça (do Brasil) disse umas cretinices" e que o Presidente Lula era um "populista católico", do tipo chamado na Itália de "cato-comunistas";

6 - O Ministro italiano para Assuntos Europeus considerou "vergonhosa" a decisão do Governo brasileiro;

7 - O Vice-Prefeito de Milão propôs um boicote aos produtos brasileiros, "como forma de pressionar o Brasil a reconsiderar a decisão";

8 - Já o Vice-Presidente da Comissão das Relações Exteriores do Senado da Itália, Senador Sergio Divina, defendeu o "boicote turístico ao Brasil", em repúdio à decisão do Governo brasileiro;

9 - [...] o Deputado Ettore Pirovano, da base de apoio ao Governo do Primeiro-Ministro Berslusconi, pontificou:

"Não me parece que o Brasil seja conhecido por seus juristas, mas sim por suas dançarinas. Portanto, antes de pretender nos dar lições de Direito, o ministro da Justiça brasileiro faria bem se pensasse nisso não uma, mas mil vezes".

10 - A República italiana, por seu advogado, no Mandado de Segurança nº 27.875-1/DF, asseverou que o ato do Ministro da Justiça do Brasil baseia-se em "alegações falsas", "diz muitas inverdades", "distorce o objeto da extradição", procede a uma "construção cerebrina" e age com "manifesto desvio de poder" e também com "patente desvio de finalidade", invocando motivos "inexistentes ou falsos".

Assim procederiam se na espécie não se tratasse de questão política? Seria ingenuidade acreditar no inverso do que surge repleto de obviedade maior!

Não se pode afastar esse óbice, a menos que se coloque em segundo plano a sentença proferida pelo Judiciário da Itália; o empenho desmedido das referidas autoridades em ter nas mãos o extraditando, para

cumprimento de sentença a estampar duvidosa verdade real quanto à autoria, porque fruto da controvertida delação premiada; a Carta Federal, que a todos, indistintamente, submete; o Tratado de Extradicação Brasil/Itália, e deste são sabedores tanto o Governo brasileiro quanto o Governo italiano. Aliás, cumpre notar que, se a situação fosse inversa, é improvável que a Itália, situada no dito Primeiro Mundo, viesse a deferir a extradicação de brasileiro que, no regime anterior e em território nacional, tivesse operado como fez o extraditando. A configuração do crime político, para mim escancarada, é mais uma matéria prejudicial à sequência do exame dos temas envolvidos na espécie.

SUPLANTADA A VISÃO

Sob o ângulo da prescrição, os homicídios teriam sido praticados: o primeiro em 6 de junho de 1977, os dois seguintes em 16 de fevereiro de 1979 e o último em 19 de abril de 1979. A sentença condenatória à pena de prisão perpétua data de 13 de dezembro de 1988, quando ainda não passado o período máximo referente à prescrição disciplinada pela legislação brasileira. Mas a extradicação é executória. Ante a legislação italiana, presente a pena de prisão perpétua, não há previsão de prazo prescricional,

como se verifica do disposto no artigo 157 do Código Penal italiano.

Surge a questão do fator interruptivo dos vinte anos, que consubstanciam o prazo maior da prescrição segundo a lei brasileira. A condenação que interrompeu o prazo prescricional data de 13 de dezembro de 1988. Desde então já se passaram vinte anos.

Tenho como impróprio evocar o artigo 116 do Código Penal no que revela, de forma exaustiva e não exemplificativa, causas impeditivas da prescrição:

Art. 116 Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre:

I - enquanto não resolvida, em outro processo, questão de que dependa o reconhecimento da existência do crime;

II - enquanto o agente cumpre pena no exterior.

Parágrafo único - Depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo.

Essa última cláusula não é polivalente, a ponto de entender-se que não se dá o curso da prescrição quando há simples prisão processual, simples prisão preventiva e, portanto, cautelar. A consideração do sistema conduz a concluir-se que a referência ao fato de o condenado estar preso por outro motivo não alcança a prisão processual, a prisão preventiva, mas sim pressupõe estar o condenado, ante culpa formada, a cumprir pena. Conforme se

constata na jurisprudência do Tribunal, jamais se deu ao preceito alcance diverso. A prisão preventiva não se inclui no rol quer das causas interruptivas do prazo prescricional – artigo 117 do Código Penal –, quer, muito menos, das causas impeditivas da prescrição – artigo 116 do mesmo Diploma.

Observem a interpretação sistemática dos diversos dispositivos legais e verão a mais absoluta incongruência se for interpretada a parte final do parágrafo único do artigo 116, dissociando-a não só do inciso II nele contido como também do inciso V do artigo 117, a revelar a interrupção da prescrição, simples interrupção, e não obstáculo ao curso, pelo início ou continuação do cumprimento da pena. O fator decisivo, apanhado pela parte final do parágrafo único do artigo 116 do Código Penal, é encontrar-se o cidadão preso, frise-se, ante culpa formada. É haver, como está no preceito, não a figura de custodiado a responder processo no Brasil, ou de custodiado à disposição do Supremo visando a definir a legitimidade de pedido de extradição, mas “condenado”, expressão referida no preceito com o sentido técnico-jurídico. Enquanto estiver ele cumprindo pena, não corre a prescrição da pretensão executória relativamente a outra condenação (Damásio E. de Jesus, Direito Penal, Parte Geral, Editora Saraiva, 1º volume, 29ª edição, revista e atualizada, São Paulo, 2008, p 740):

TEXTO SUJEITO A REVISÃO FINAL

A terceira causa suspensiva é prevista no art. 116, parágrafo único:

“depois de passada em julgado a sentença condenatória, a prescrição não corre durante o tempo em que o condenado está preso por outro motivo”.

Suponha-se que o sujeito seja condenado em duas comarcas, iniciando o cumprimento da pena imposta na ação penal de uma delas. Enquanto está cumprindo pena não corre a prescrição da pretensão executória em relação à outra condenação.

Assim, cuidando-se de causa impeditiva do curso de prescrição, situação prejudicial ao réu, aplica-se a interpretação estrita (Guilherme de Souza Nucci, Código Penal Comentado, Editora Revista dos Tribunais, 9ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo, 2008, p. 568). No mesmo sentido decidiu o Supremo no julgamento do *Habeas Corpus* nº 63.156-8, relator Ministro Octavio Gallotti, acórdão publicado no Diário da Justiça de 6 de setembro de 1985:

[...] Tenho que realmente se impunha a declaração, pelo órgão coator, da extinção da punibilidade, porquanto a prisão por outro crime só é causa de suspensão da prescrição depois de passada em julgado a sentença condenatória (art. 116 do Código Penal). Decisão Unânime, 1ª Turma, relator Ministro Octavio Gallotti.

Ora, o extraditando encontra-se preso cautelarmente. Aliás, o fenômeno estarrece por conflitar com o refúgio deferido. Pela primeira vez, vejo um refugiado há vários meses em cárcere no país que assim o

reconheceu, ocorrendo a extravagância porque em curso pedido de extradição.

Também não cabe assentar o pedido de extradição ou o de reconhecimento da condição de refugiado como impeditivos da continuidade do prazo prescricional, no que, datando, de 6 de junho de 1977, o homicídio de Antonio Santoro; 16 de fevereiro de 1979, os homicídios de Pierluigi Torregiani e Lino Sabbadin; e 19 de abril de 1979, o homicídio de Andrea Campagna, respectivamente, vieram à balha em dia, mês e ano anteriores à passagem dos vinte anos contados da decisão condenatória. A prescrição penal é vista a partir das regras disciplinadoras, de cunho instrumental e material. Então, volte-se à garantia constitucional de não haver crime sem lei que o defina nem pena sem cominação legal, tomando-a com a largueza, com a completude próprias. Envolve a prescrição porque, incidindo para efeito de persecução penal, faz desaparecer a consideração da figura delituosa cuja glosa é prevista. Simplesmente afasta a possibilidade de cogitar-se de criminoso e de apenado. Cuidando-se de prescrição da pretensão executória, a prática criminosa certificada no título judicial subsiste, não se chegando, no entanto, às consequências concretas decorrentes da pena imposta.

Tem-se mais, presente princípio voltado à segurança jurídica - o da legalidade. Inexiste dispositivo, inexiste norma legal, sem dúvida alguma a encerrar

formalidade essencial, a revelar os pedidos de extradição ou de refúgio como fatores a obstaculizarem o curso da prescrição ou a interrupção desta. Quanto ao pleito de refúgio, surgiria manifesta a incongruência caso tomado como óbice ou fator interruptivo da prescrição. É inimaginável vir o exercício de um direito - o de pedir à autoridade competente, que não é órgão do Judiciário, mas do Executivo, o reconhecimento da condição de refugiado - a prejudicar justamente aquele a quem visa proteger. Daí não haver a previsão legal necessária a emprestar ao pedido de refúgio o efeito de obstaculizar o curso da prescrição, valendo notar que não o tem, muito menos, ato de terceiro considerada a figura referida, ou seja, o processo judicial de extradição. Não fora assim, quanto ao refúgio, daria o Estado-legislador com uma das mãos e tiraria com a outra. A tanto, felizmente, não chegou o Brasil, no que, caso contrário, inibiria o estrangeiro a acionar cláusula própria à vertente do consagrado Direito Humano - como é o de ver reconhecida a condição de refugiado.

Por tudo isso - ressalte-se à exaustão - e ante o critério da especialidade, a Lei de Refúgio - nº 9.474/97 - não prevê quer a suspensão, quer a interrupção relativamente às espécies prescricionais - da pretensão punitiva e da executória -, o mesmo sendo constatado na Lei nº 6.815/80, disciplinadora da extradição. De outra forma,

não se faz presente a regência fruto do Tratado de Extradicação formalizado entre Brasil e Itália.

Ante a previsão geral, não são eles - o pedido de extradição, com os consectários próprios, inclusive a prisão processual, e o de refúgio e, para tanto, porque incompatível, não se requer o recolhimento, a custódia - mencionados no artigo 117 do Código Penal, preceito exaustivo, em razão da matéria versada e como versada, revelador das causas interruptivas da prescrição.

Vale ressaltar, por oportuno, ser o trato da matéria da competência do Congresso Nacional e não do Judiciário no que este atua de forma vinculada considerado o sistema pátrio - de Direito posto - e a exigência de lei em sentido formal e material a dispor sobre Direito Penal.

Daí a Lei nº 9.271, de 17 de abril de 1996, haver alterado o Código de Processo Penal para prever, no artigo 366, como fator suspensivo da prescrição e do processo, a revelia do acusado que, citado por edital, não comparecer e não constituir advogado:

Art. 366 Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312. (Redação dada pela Lei nº 9.271, de 17.4.1996)

TEXTO SUJEITO A REVISÃO FINAL

Como, então, criar nova causa de suspensão do curso do prazo prescricional? O pedido de extradição é algo singular. Decorre da desejável cooperação entre os povos, sendo inconfundível com qualquer das causas suspensivas ou interruptivas da prescrição previstas, de forma exaustiva, de forma fechada, na legislação brasileira. Sob o ângulo desta, consoante disposto no artigo 110, combinado com o artigo 109, inciso I, ambos do Código Penal, a prescrição da pretensão executória da pena incidiu em 2008.

Não procedem as demais causas de pedir. Reporto-me ao parecer da Procuradoria Geral da República e ao voto do relator: defeito de forma dos documentos que fundamentam o pedido de extradição, violação do devido processo legal e da ampla defesa, por ter sido revel em processo de competência do Tribunal do Júri, a circunstância de a condenação estar fundada apenas na confissão de um ex-integrante da facção política. Atendendo o disposto no artigo 80 da Lei nº 6.815/80, o pedido formal de extradição veio instruído com cópia da sentença condenatória, da peça informativa contendo indicações precisas sobre os locais, datas, natureza e circunstâncias dos fatos criminosos, dos textos legais sobre as tipificações penais, prescrição bem assim das causas suspensivas e interruptivas. Quanto à alegação de ofensa à ampla defesa e ao devido processo legal, em virtude da

TEXTO SUJEITO A REVISÃO FINAL

revelia, nos termos do artigo V, alínea "a", do Tratado de Extradicação firmado entre a República do Brasil e a da Itália, a revelia não constitui, por si só, motivo de recusa para a extradicação. Por outro lado, o sistema adotado pelo Brasil em processo de extradicação é o da contenciosidade limitada e, deste modo, eventual vício ou irregularidade no processo condenatório ajuizado no Estado requerente apresenta-se como incidente, devendo lá ser resolvido.

PARA A HIPÓTESE DE SEREM SUPLANTADAS TODAS AS MATÉRIAS, ABORDO A PROBLEMÁTICA DA NATUREZA DA SENTENÇA PROFERIDA NA EXTRADIÇÃO.

Cabe, privativamente, ao Presidente da República solucionar questões de política internacional, com o referendo, em certos casos, do Congresso Nacional. O pronunciamento no processo de extradicação mostra-se declaratório, considerada a legitimidade ou não do pedido formalizado. No caso, o processo respectivo não se faz movido quer contra ato do Ministro de Estado da Justiça, de reconhecimento da condição de refugiado, quer, no campo preventivo, contra eventual ato omissivo do Chefe do Poder Executivo – deixar de entregar o extraditando. A decisão do Supremo é constitutiva negativa no tocante à entrega, quando assentada a ilegitimidade do pedido de

extradição. Se declarada a legitimidade do pleito, abre-se salutar oportunidade ao Presidente da República não de modificar o pronunciamento judicial, mas de, à frente da política brasileira no campo internacional, entregar, ou não, o estrangeiro, que poderá merecer o *status* de asilado.

É esse o enquadramento a ser observado. Agora mesmo, na França, em 28 de janeiro de 2009, houve o deferimento da extradição da nacional italiana Marina Petrella, e o Executivo francês, em vez de entregá-la ao Governo da Itália, deferiu-lhe o asilo. O enfoque, sob o ângulo nacional, não pode ser outro, sob pena de o Judiciário pátrio manietar o Presidente da República, olvidando princípio básico - o da Separação dos Poderes - e ferindo de morte a harmonia a eles inerente. Não é demais ter presentes as palavras de Canotilho no que surpreso com a ocupação de espaços, pelo Supremo, no cenário atual. Disse o mestre português, tão acatado no campo constitucional, ao jornal 'Valor Econômico', de 4 de novembro de 2009, em entrevista ao dedicado e proficiente jornalista Juliano Basile:

O jurista português José Joaquim Gomes Canotilho acredita que o Supremo Tribunal Federal está avançando em assuntos do Legislativo e do Executivo, num "ativismo judicial exagerado que não é compreendido na Europa". Por outro lado, ele reconhece que, ao entrar nessas questões, o STF faz alertas aos outros Poderes, com mensagens positivas e busca de soluções para problemas práticos do Brasil.

Canotilho é um dos principais constitucionalistas de Portugal. Professor

Catedrático da Universidade de Coimbra, suas ideias fundamentaram a Constituição Portuguesa de 1976 e a Carta Brasileira de 1988. Ele defendeu que a Constituição deve ser um programa para o país. Em 1976, Portugal necessitava de um programa, após a Revolução dos Cravos, e, em 1988, o Brasil precisava de um para a Nova República. O problema, segundo Canotilho, é que o nosso programa de 1988 está sendo conduzido pelo STF e ele questiona se é função do Judiciário resolver questões como demarcações de reservas indígenas, infidelidade de políticos aos seus partidos e uso das algemas pela polícia.

"Meus amigos do Supremo me disseram que, quando as políticas não se movem, eles fazem as políticas em acordo com a Constituição", afirmou Canotilho, que é bastante conhecido pelos ministros do STF.

Na última vez em que ele esteve na sede do tribunal, em Brasília, em agosto de 2008, mais da metade dos onze ministros da Corte pararam as suas atividades para cumprimentá-lo no gabinete de Gilmar Mendes, de quem é amigo. A amizade, no entanto, não impede Canotilho de questionar o papel do Supremo. Ele fez estudos sobre decisões recentes e concluiu que o STF segue metodologia única no mundo. Para Canotilho, o Supremo não julga partindo das normas. O tribunal procura agir a partir de problemas concretos e tenta encontrar soluções práticas. "Perguntei ao Gilmar se era mesmo o tribunal que pegava um helicóptero e ia ver as terras dos índios e definir os limites. De fato, o STF tenta captar a realidade", concluiu.

Só que esse tribunal não é compreendido na Europa, pois lá é "nonsense" (sem sentido) tribunal definir política pública. "O STF faz coisas que nenhum tribunal constitucional faz", disse Canotilho ao Valor. O maior exemplo, segundo ele, são as súmulas vinculantes - orientações dadas pelo STF que devem ser seguidas por todos os juizes do Brasil. "Eu compreendo a tentativa de dar alguma ordem, mas o problema é que as súmulas vinculantes se transformam em direito constitucional enquanto não são revogadas pelo próprio tribunal. Elas não são apenas legislação. São verdadeiras normas constitucionais." Em outras palavras, é como se o STF promovesse novas definições para a Constituição.

Essa advertência de Canotilho ao STF aproxima-se muito de outra, feita, há três anos, a empresários que queriam criar um movimento de revisão da Constituição, na sede da Fiesp, na avenida Paulista. "Eles me disseram que cada geração poderia fazer a Constituição que quisesse. Então, eu perguntei a eles: vocês têm povo para fazer a Constituição? Não havia. Era uma elite de São Paulo."

[...]

Cumpre registrar que tudo isso está em plena harmonia com a regra do artigo 89 da Lei nº 6.815/80, a revelar, mesmo ante a execução de sentença penal condenatória imposta pelo Judiciário brasileiro ao extraditando, mitigando o título judicial, a possibilidade de o Executivo - em ato próprio ao exercício da soberania nacional - expulsar de imediato o estrangeiro, entregando-o ao Governo requerente e interessado.

Dirão que o Tratado prevê a entrega. Sim, prevê, mas sem alijar o ato de soberania aludido, mesmo porque, a assim não se entender, flagrante será a inconstitucionalidade. Mas ressalto que é cedo, muito cedo, para a abordagem da matéria em termos de definição.

Ao menos em relação ao Presidente da República, já que não o fez o Tribunal quanto ao ato do Ministro de Estado da Justiça - de refúgio -, aguardemos, em primeiro lugar, a assunção de postura por Sua Excelência, a prática do ato, a um só tempo, de Governo e de Estado. Aguardemos a impugnação mediante o instrumental próprio que o pressupõe - o ato -, que é o mandado de segurança.

¹"Amnesty international considers that suspects have been held for judicial investigation for excessive periods, especially as many suspects were released after prolonged detention without ever having been brought to trial. Amnesty international was therefore concerned that where people were held awaiting trial for these extended periods, there was a risk of detention on political grounds rather than on reasonable suspicion."

²“Amnesty international continued to receive allegations of ill-treatment of inmates of prisons and violence against prisoners in police stations. On April 5 1979, Amnesty International wrote to Signor Virginio Rognoni, The Minister of the Interior, welcoming an official inquiry into allegations of torture made by nine men detained following the murder of a jeweler in Milan. In its letter Amnesty International expressed concern over the lack of positive results from the inquiry. Amnesty International is now preparing a research mission to Italy to investigate such allegations.”