

Extradições 272, 273 e 274

Habeas corpus 44.074 - DF

Tribunal Pleno - Matéria Constitucional

Relator - Ministro Victor Nunes Leal.

Requerentes: República Federal da Áustria, República Popular da Polônia e República Federal da Alemanha.

Extraditando: Franz Paul Stangl

Paciente: O Extraditando

1) Extradição. a) O deferimento ou recusa da extradição é direito inerente à soberania; b) A efetivação, pelo governo, da entrega do extraditando, autorizada pelo Supremo Tribunal, depende de direito internacional convencional.

2) Reciprocidade. a) É fonte reconhecida do direito extradicional. Extr. 232 (1961), Extr. 288 (1962), Extr. 251 (1963); b) A Const. de 1967, art. 83, VIII, não exige *referendum* do Congresso para aceitação da oferta do Estado requerente; c) A lei brasileira autoriza o governo a oferecer reciprocidade.

3) Comutação de pena. a) A extradição está condicionada à vedação constitucional de certas penas, como a prisão perpétua, embora haja controvérsia a respeito, especialmente quanto às vedações da lei penal ordinária. Extr. 165 (1953), Extr. 230 (1961), Extr. 241 (1962), Extr. 234 (1965). b) O compromisso de comutação da pena deve constar do pedido, mas pode ser prestado pelo Estado requerente antes

da entrega do extraditando. Extr. 241 (1962). Voto do min. Luiz Gallotti na Extr. 218 (1950).

4) Instrução: A documentação suplementar foi oferecida em tempo oportuno pelos Estados requerentes, sem prejuízo da defesa exercitada com eficiência e brilhantismo.

5) Territorialidade. a) Jurisdição da Áustria (crimes de Hartheim) e da Polônia (crimes de Sobibór e Treblinka). b) Falta de jurisdição da Alemanha (Sobibór e Treblinka), porque a ocupação militar não transformou essas localidades em território alemão, nem ali permanecem suas tropas, nem o extraditando continua no seu serviço.

6) Nacionalidade ativa. a) Jurisdição da Áustria (Sobibór e Treblinka) por ser Stangl austríaco. b) Jurisdição da Alemanha (Sobibór e reblinka), não porque Stangl tivesse ao tempo a nacionalidade alemã, mas porque estava a serviço do governo germânico.

7) Narrativa. Foi minuciosa, e até excessiva, a descrição dos fatos delituosos, dependendo a apuração da culpabilidade, ou o grau desta, do juízo da ação penal.

8) Genocídio. A ulterior tipificação do genocídio, em convenção internacional e na lei brasileira, ou de outro Estado, não exclui a criminalidade dos atos descritos, pois a extradição é pedida com fundamento em homicídio qualificado. Crime político. A exceção do crime político não cabe, no caso, mesmo sem a aplicação imediata da Convenção sobre o Genocídio, ou L. 2.889-56, porque essa escusativa não ampara os crimes cometidos com especial perversidade ou crueldade (Extr. 232, (1961). O presumido altruísmo dos delinquentes políticos não se ajusta à fria premeditação do extermínio em massa.

9) Ordem superior. a) Não se demonstrou que o extermínio em

massa da vida humana fosse autorizado por lei do Estado nazista; b) Instruções secretas (caso Bohne) ou deliberações disfarçadas, como a "solução final" da conferência de Wannsee, não tinham eficácia de lei; c) Graduado funcionário da polícia judiciária não podia ignorar a criminalidade do morticínio, cujos vestígios as autoridades procuraram metodicamente apagar; d) A regra "respondeat" superior está vinculada à coação moral, não presumida para quem fez carreira bem sucedida na administração de estabelecimentos de extermínio; e) De resto, o exame dessa prova depende do juízo da ação penal.

10) Julgamento regular. A parcialidade da Justiça dos Estados requerentes não se presume; nem poderia o extraditando ser julgado pela Justiça brasileira, ou responder perante jurisdição internacional, que não é obrigatória.

11) Prescrição. a) Ficou afastado o problema da retroatividade; examinou-se a matéria pelo direito comum anterior, porque o Brasil, que observa o princípio da lei mais favorável, não subscreveu convenção, nem editou lei especial, sobre prescrição em caso de genocídio; b) No que respeita à Polônia, a prescrição não foi interrompida, segundo os critérios da nossa lei; também não o foi quanto à Áustria, em relação aos crimes de Sobibór e Treblinka, porque nenhum dos atos praticados pelo Tribunal de Viena equivale ao recebimento da denúncia, do direito brasileiro; c) A abertura da instrução criminal nos Tribunais de Linz e Dusseldorf, tendo efeito equivalente ao recebimento da denúncia, do direito brasileiro, interrompeu a prescrição relativamente aos pedidos da Áustria, pelos crimes de Hartheim, e da Alemanha, pelos crimes de Sobibór e Treblinka.

12) Preferência. a) A determinação da preferência, entre os Estados requerentes, cabe ao Supremo Tribunal, e não ao Governo, porque o caso se enquadra em um dos critérios da lei, cuja interpretação final compete ao Judiciário; b) Afastou-se a preferência pela territorialidade, pleiteada pela Alemanha, pelas razões já indicadas quanto à jurisdição; c) Pelo critério da gravidade da infração, o exame do Tribunal não se limita ao tipo do crime, mas pode recair sobre o crime in concreto (combinação do art. 42 do C. Pen. com o art. 78, II, b, do C. Pr. Pen.); d) Em

consequência, foi reconhecida a preferência da Alemanha (Sobibór e Treblinka), e não da Áustria (Hartheim), consideradas não somente as consequências do crime, como também as finalidades daqueles estabelecimentos e a função que o extraditando neles exercia.

13) Entrega. Entrega do extraditando à Alemanha, sob as condições da lei, especialmente as do art. 12, e com o compromisso de comutação de pena e da entrega ulterior à Áustria.

14) *Habeas corpus*. Ficou prejudicado o *habeas corpus*, requerido, aliás, à revelia do extraditando.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, indeferir o pedido da Polônia; autorizar a entrega do extraditando, em primeiro lugar, à Alemanha, com o compromisso de conversão da pena de prisão perpétua em prisão temporária e, bem assim, o da ulterior entrega do extraditando à Justiça da Áustria, observadas as demais condições da lei, especialmente as do art. 12; julgar prejudicado o *habeas corpus*.

Brasília, 7 de junho de 1967. — Luiz Gallotti, presidente. Victor Nunes Leal, relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Victor Nunes: — São submetidos ao exame do Supremo Tribunal Federal três pedidos de extradição, da República Federal da Áustria (Extr. 272), da República Federal da Alemanha (Extr. 274) e da República Popular da Polônia (Extr. 273), e bem assim o HC 44.074, que fora requerido sem o conhecimento do extraditando (Extr. 272, v. 3, f. 793).

Embora processados separadamente, o relator sugere seu julgamento conjunto, porque se referem à mesma pessoa, Franz Paul Stangl, de nacionalidade

austríaca, tratam em grande parte dos mesmos fatos e poderão suscitar o problema da preferência, se o Tribunal julgar que os pedidos de mais de um país são atendíveis, como sustenta o Dr. procurador-geral.

I - Os fatos

Pesa sobre o extraditando a acusação de coautoria em crimes de homicídio, praticados em massa, no instituto de extermínio de Hartheim, instalado na Áustria, em 1940; no campo de extermínio de Sobibór, construído em 1942, no mês de abril (Extr. 272, v. 1, f. 18), ou a partir de março (Extr. 273, f. 80v.), na Comarca de Chalm, Distrito de Lublin, na Polônia, e destruído em novembro de 1943, após o levante de prisioneiros de meados de outubro (Extr. 274, f. 80v.); finalmente, no campo de extermínio de Treblinka, construído a partir de 1-6-42 (Extr. 273, f. 73), nas proximidades da aldeia desse nome, cerca de 80 km a nordeste de Varsóvia, o qual foi parcialmente incendiado na revolta de prisioneiros de 2-8-43 e totalmente destruído em novembro daquele ano (Extr. 272, v. 1, f. 21; Extr. 273, f. 73v./79). Passamos a resumir a atividade criminosa atribuída ao extraditando, consoante os diversos pedidos.

Hartheim aparentava ser um instituto médico. Na verdade, esse estabelecimento integrava a rede da chamada Ação Brak, iniciada na Alemanha em 1939 e estendida à Áustria em 1940. Destinava-se à eliminação coletiva e metódica de insanos mentais e de pessoas idosas, fracas ou incapacitadas para o trabalho, bem como das consideradas politicamente perigosas (Extr. 272, v. 1, p. 46 ss).

Variava o método de extermínio: veneno, injeções mortíferas, inalação de gás. Em Hartheim foi instalada uma câmara de gás, e se incineravam os corpos em forno apropriado, depois de despojados dos dentes de ouro.

Não foi possível determinar exatamente o grande número de vítimas de Hartheim. Às vezes se amontoavam os cadáveres, a ponto de "apodrecerem" os de baixo antes da incineração. Num índice comparativo é tomado do sanatório congênere

de Niedernhart, onde, segundo o depoimento do Doutor Bohm, o número de internados baixara de 1.128, em 1938, para 303, em 1943, no final da Ação Brak. O próprio extraditando, em depoimento prestado na Áustria em 1947, calculava terem sido mortas de 12 a 13.000 pessoas, desde o início do ano de 1943 (Extr. 272, v. 1, f. 99).

Precauções especiais foram tomadas para ocultar essas atividades, inclusive o juramento de sigilo e a falsificação do lugar e da *causa mortis* na comunicação do óbito aos parentes.

O extraditando é acusado de haver participado da direção do estabelecimento, juntamente com o Dr. Rudolf Lonauer, já falecido, e o Dr. Georg Reno. Os dois últimos dirigiam a parte médica; pelos demais serviços responderam, em períodos diversos, Christian Wirth, Franz Reichleitner e Franz Paul Stangl, que foi de começo diretor substituto do escritório e depois diretor efetivo. Segundo consta da ordem de prisão contra ele expedida pela justiça de Linz, era uma das "cabeças dirigentes" de Hartheim, embora não participasse, pessoalmente, da execução final dos assassinatos.

Sobibór era, caracteristicamente, um campo de extermínio. Em suas cinco câmaras de gás, disfarçadas em casas de banho, calcula-se que foram mortos, desde abril de 1942 (ou maio — Extr. 273, f. 80v) até outubro de 1943, cerca de 250.000 judeus, provenientes de vários países da Europa. Em média, eram eliminados 200 por semana.

A inalação mortal do gás de escape de um motor de explosão, canalizado para as câmaras, durava de 20 a 30 minutos. Os cadáveres eram cremados em covas de 15 metros de comprimento por outros tantos de largura e 3 de profundidade (Extr. 272, v. 1, f. 20). De ordinário, os adultos que fossem doentes ou fracos, bem como as crianças, eram mortos no próprio fosso, a tiros. Os prisioneiros mais fortes, escolhidos para o trabalho, eram maltratados brutalmente; quando se incapacitavam pela idade, pela fraqueza ou por doença, eram igualmente assassinados. As vítimas, antes da

morte, a pretexto de terem de banhar-se, eram tosquiadas e despojadas de suas roupas e haveres. Serviam em Sobibór por volta de 100 alemães, das tropas SS, e cerca de 200 voluntários da Ucrânia (Extr. 272, v. 1, f. 20).

O extraditando comandou, em certo período, o campo de Sobibór. Respondia, nessa qualidade, perante o já falecido Coronel SS Odil Grobocnic, incumbido — com sede em Lublin — da instalação e supervisão dos campos de extermínio do Leste europeu. O pedido da Áustria situa o comando de Stangl entre a primavera e o fim do verão ou do outono de 1942 (Extr. 272, v. 1, f. 24); o da Polônia é mais preciso: de março a agosto daquele ano (Extr. 273, f. 19v.).

Entre suas atribuições no comando de Sobibór, incluía-se a de determinar as funções dos grupos encarregados das diversas tarefas do campo. Todo o pessoal servia sob sua dependência, cabendo-lhe inclusive a chefia das equipes de vigilância, tanto da alemã, como da ucraniana (Extr. 272, v. 1, f. 24). Acrescenta a acusação que ele, certa vez, em Sobibór, ordenou pessoalmente o fuzilamento de uma judia que fora visitar o marido no campo de serviço; de outra feita, deixou enforcar um prisioneiro, para servir de exemplo (Extr. 273, f. 24).

Treblinka também era, especificamente, um campo de extermínio. O assassinato em massa teve início, ali, segundo a Áustria e a Polônia, em 23-7-42, com um transporte de 5.000 pessoas chegadas de Varsóvia (Extr. 272, v. 1, f. 21; Extr. 273, f. 73); pelo pedido da Alemanha, teria começado na véspera (Extr. 274, f. 36).

O mais alto índice de mortes corresponde ao período de agosto a novembro de 1942 (dentro da administração de Stangl). Decresceu de dezembro desse ano até fevereiro de 1943, e subiu de novo nos meses subsequentes, até 2-8-43, data em que se verificou o levante de prisioneiros. Como essa revolta houvesse destruído parcialmente o campo, os transportes posteriores, até outubro, tinham menores proporções, e as novas vítimas também foram assassinadas, pois as câmaras de gás haviam ficado incólumes.

Através de testemunhos e de documentos da estrada de ferro, que levava ao campo, as autoridades polonesas estimaram em cerca de... 700.000 o número das pessoas assassinadas em Treblinka (Extr. 272, v. 1, f. 22). Para sermos mais exatos, a estimativa da Comissão Central de Investigação dos Crimes Alemães na Polônia foi de "pelo menos 731.600 pessoas", tomando por base a quantidade de vagões utilizados e a média de 100 pessoas por vagão (Extr. 273, f. 78). A Alemanha calcula o número de mortos, só no período do comando de Stangl, em "pelo menos 300.000" (Extr. 274, f. 35). A Áustria, referindo-se em sua correspondência diplomática com o Brasil à responsabilidade de Stangl, nos três estabelecimentos de extermínio, ora fala em "mais de cem mil pessoas" ora em "várias centenas de milhares" (Extr. 272, v. 1, f. 3; v. 3, f. 840).

O transporte em comboios ferroviários fechados, bem como o saque sistemático e o extermínio pelo gás de escape, com o disfarce do banho, reproduziam o método utilizado em Sobibór. As próprias cavidades do corpo eram investigadas à procura de objetos valiosos. Em Treblinka, entretanto, foram construídas câmaras de gás em maior número, ao todo 13 (Extr. 273, f. 374), sendo as da segunda etapa planejadas de modo a terem maior produtividade.

Os cadáveres, até a primavera de 1942, eram sepultados coletivamente em covas amplas (Extr. 274, f. 38), mas foram depois exumados e cremados — como as vítimas posteriores — em uma grande grelha de 25 a 30 metros de comprimento, construída com trilhos de ferrovia e bases de concreto (Extr. 274, f. 36). A queima dos cadáveres em massa começou, segundo a Comissão polonesa de investigação, após a visita de Himler a Treblinka, em fevereiro ou março de 1943 (Extr. 273, f. 373v.).

Cerca de 40 alemães das tropas SS e aproximadamente 120 voluntários da Ucrânia integravam o pessoal responsável pelo campo (Extr. 272, v. 1, f. 23), mas a maior parte do serviço, inclusive no crematório e nas câmaras de gás, era realizada pelos próprios prisioneiros, quase todos judeus, posteriormente assassinados.

Nos três pedidos há coincidência quanto à duração do comando de Stangl em Treblinka: Áustria — do outono de 1942 até agosto de 1943 (Extr. 272, v. 1, f. 24); Alemanha — de agosto de 1942 até agosto de 1943 (Extr. 274, f. 35, 38); Polônia — de agosto de 1942 até o outono de 1943 (Extr. 273, f. 18). Suas atribuições de chefia eram da mesma natureza das exercidas em Sobibór. Diz a acusação da Alemanha que ele substituiu no comando o Dr. Eberl, porque este "mostrou não ser capaz". Assumindo o cargo, "mandou construir a nova e maior instalação de homicídio" (diversas câmaras de gás, mais amplas, e a grelha de cremação), e organizou de modo mais eficiente o processo de exterminação em massa.

Além da responsabilidade pela matança coletiva, que lhe é atribuída por sua qualidade de comandante, Stangl é acusado pessoalmente, perante a Justiça alemã, pela morte, em Treblinka, de 15 pessoas, em data não determinada, durante sua gestão, e de 8, no dia 8-8-3 (Extr. 274, f. 35).

Observam os três pedidos de extradição que as vítimas eram enganadas por vários modos, para não suspeitarem do seu destino. Também sublinham as providências eficazes, tomadas pelos dirigentes, para fazerem desaparecer os vestígios: queima de cadáveres, falsificação de registros e comunicações, destruição de documentos e, finalmente, a liquidação material das instalações, em cujo lugar foram plantadas lavouras ou florestas. Não obstante, além do testemunho abundante, inclusive de sobreviventes, e dos documentos encontrados, uns e outros trazidos em grande parte para os autos, escavações e exames periciais foram realizados *in loco*, revelando numerosas provas materiais do morticínio de Sobibór e Treblinka. As conclusões dessas perícias foram resumidas no Boletim da Comissão investigadora

polonesa (Sobibór: Extr. 273, f. 79 ss; Treblinka: f. 72 ss).

A Alemanha juntou ao processo uma fotografia de Stangl, fardado, em companhia de Kurt Franz, à frente de um barracão, que seria de Treblinka (Extr. 274, f. 34), e a Polônia apresentou fotografia de uma reconstituição em maquette daquele tempo (Extr. 273, f. 100). Também juntou a Polônia correspondência oficial referente à promoção de Stangl ao posto de capitão. A esse respeito, o coronel Grobocnic, insistindo pelas promoções já assentadas com a chefia, mas ainda não expedidas, escrevia ao coronel von Herff, diretor do Pessoal da SS, em 13-4-43: "[...] o melhor chefe de Campo de Concentração, o que teve a maior participação na operação inteira, o 1º tenente da Polícia Franz Stangl... seria promovido a capitão da SS" (Extr. 274, f. 134v.).

Mais tarde, Grobocnic dava conta de sua tarefa, em carta a Himler: "Terminei em 19-10-43 a Ação Reinhard, que executei no Governo Geral, tendo dissolvido todos os campos" (Extr. 273, f. 31).

Nos interrogatórios a que procedi (Extr. 272, v. 3, f. 792; 273, f. 167; 274, f. 130), declarou o extraditando: que nasceu na Áustria, em 26-3-1908, residindo por último em São Paulo, onde trabalhava como técnico-mecânico da Volkswagen; que tinha conhecimento do processo instaurado em Linz (Áustria) pelos fatos de Hartheim e no qual se lhe atribuíam "responsabilidade que não tinha"; que não eram verdadeiras as acusações, explicando-as pelo possível desejo dos acusadores de lançar responsabilidades alheias sobre um foragido que supunham não seria encontrado; que ignorava qualquer outro processo instaurado contra ele, seja na Áustria, na Alemanha ou na Polônia, bem como qualquer ordem de prisão oriunda da Justiça alemã; que serviu no campo de Sobibór em 1942, sem poder precisar os meses, e no de Treblinka, pelo período aproximado de um ano, que terminou em agosto de 1943; que em Sobibór fora responsável pela construção do campo, tendo Wirth assumido o comando em seguida, a título provisório; que ali ainda permaneceu algum tempo, depois de sua substituição, para prestar contas; que ignorava ter sido seu nome incluído na lista de criminosos de guerra das Nações Unidas; que, desde 1930 até agosto de 1943, incluindo todo o período

do seu serviço em Sobibór e Treblinka, exerceu exclusivamente funções policiais, nunca tendo dado ordens para assassinar qualquer pessoa; que preferia ser defendido por advogado designado pelo Tribunal.

Constam dos autos as folhas de anotações da Polícia Federal de Linz, de 7-5-47, e de Wels, de 10-5-47, sem antecedentes criminais (Extr. 272, v. 1, f. 80, 86). A última faz referência a antigas declarações por ele prestadas, em 3-10-38, e ao relato autobiográfico firmado na mesma data. Ambas as peças estão transcritas (f. 74, 87). Foram igualmente trasladados os interrogatórios a que o submeteu o juiz de instrução de Linz, sobre os fatos de Hartheim, em 21-7-47 e nos dias 12 e 15-9-47 (f. 74-79).

Constam ainda dos autos (Extr. 272, v. 3, f. 771, 779, 783) os depoimentos prestados por Stangl na Polícia de São Paulo, em 1-3-67, e na Polícia Federal, em Brasília, nos dias 2 e 4-3-67. Lê-se nesses depoimentos que ele entrou no país em 8-8-51 e obteve a carteira de identidade de estrangeiros de n. R 348.587, R.G. 1.536.069, expedida com o nome de Paul Stangl. Este documento também está anexado ao processo (f. 778).

II - Atividade persecutória dos três Estados:

a) Áustria

Franz Paul Stangl declarou ter sido preso na Áustria, pelas autoridades americanas de ocupação, em 2-6-45 (Extr. 272, v. 1, f. 100). Em 21-5-47, o Ministério do Interior solicitou que ele continuasse detido à disposição da Justiça austríaca (f. 111). Em 21-7-47, foi transferido do campo de Glasembach para a prisão do Tribunal de Linz (f. 91).

Nesse mesmo dia e nos dias 12 e 15-9-47, foi interrogado pelo Juiz Mittermayr, do Tribunal de Linz, sobre os fatos de Hartheim. Declarou ele ter ali trabalhado de novembro de 1940 até agosto de 1941; descreveu a natureza do seu serviço, que não envolvia participação nos assassinatos, e também as atividades do

estabelecimento (f. 99).

No mesmo dia 21-7-47, foi intimado para ciência da instrução do processo e da sua prisão preventiva (f. 45). Em 25-3-48, o Ministério Público formulou acusação contra Stangl e outros, pelos fatos de Hartheim (f. 46). Dela o extraditando teve ciência pessoal em 19-5-48 (Extr. 272, v. 1, f. 53).

Stangl fugiu em 30-5-48 (f. 53, 115), e foi expedida ordem de captura, pelo Tribunal de Linz, em 2-6-48 (f. 53).

Em 3-7-48, foi pedida a suspensão do processo, por motivo da fuga (f. 151). A decisão, quanto aos corréus, foi proferida no dia 3-7-48, com a condenação de Karl Harrer e Leopold Lang, respectivamente, a 5 anos e meio e 3 anos de "cárcere pesado" (f. 164), e a absolvição de Franz Mayrhuber (f. 164). Em 27-7-48 (f. 137), o Ministério Público apresentou acusação contra Stangl nesse processo.

Nova ordem de prisão foi expedida contra Stangl em 21-10-61, pelo Tribunal de Linz, com relação aos crimes de Hartheim (f. 191).

Quanto aos fatos de Sobibór e Treblinka (Extr. 272, v. 1, f. 25), o Tribunal Estadual Criminal de Viena expediu, em 21-3-62, contra Stangl, um mandado, cuja natureza e alcance jurídico são controvertidos nestes autos, como se verá oportunamente. Esse mandado fundou-se nos §§ 134 e 135, n. 3, da lei penal, destinando-se — de acordo com a defeituosa tradução oficial — à “averiguação (determinação) da residência (corrida trás alguém).”

O Tribunal de Viena, nos anos subsequentes (1963-1965), dirigiu-se a diversos tribunais estrangeiros (Polônia, Israel e Rep. Fed. da Alemanha), para (diz a tradução) "aclarar e enquanto o Franz Stangl é responsável para os homicídios feitos em massa em totalidade nos campos de extermínio de Sobibór e de Treblinka".

Pelo mesmo Tribunal foi expedida ordem de prisão em 16-3-66. No dia 19-

1-67, foi ordenada a apreensão de sua correspondência com uma antiga vizinha. Em 15-2-67, foi iniciada a instrução prévia por homicídio, com fundamento nos §§ 134, 135, n. 3, e 136 da lei penal. No dia seguinte (16-2-67), o Tribunal de Viena expediu nova ordem de prisão (f. 17, 29).

Veio, afinal, o pedido de extradição, cujo andamento será resumido mais adiante.

b) Alemanha

Com referência aos crimes de Treblinka, o promotor-geral junto ao Tribunal Regional de Düsseldorf requereu, em 3-5-60, que a instrução criminal em curso fosse estendida, entre outros, a Franz Stangl, cujo paradeiro era desconhecido. Também solicitou, no mesmo ato, se expedisse ordem de prisão contra ele e contra Kuettner, "considerando o vulto de sua participação nos atos puníveis" (Extr. 274, f. 277).

O Juiz Schwedersky, no dia seguinte (4-5-60), estendeu a instrução, como fora requerido. Afirmou, em seu despacho (Extr. 274, f. 279), que "os acusados supraditos estão suficientemente sob suspeitas de em vários atos independentes um do outro terem matado seres humanos com intenção de matar (*animus necandi*) ou por outros motivos torpes, nos anos de 1941 até 1944, nos campos de Treblinka I, respectivamente, de Treblinka II e na região de Treblinka, com emprego de meios insidiosos e cruéis, agindo ou singularmente ou em concurso de delinquentes" (§§ 211, 47 e 74 do C. Pen. Alemão).

No dia imediato (5-5-60), o mesmo juiz expediu a ordem de prisão (f. 21). Nova ordem de prisão, para fins de extradição, foi assinada por aquele juiz no dia 17-3-67 (f. 35-43). Veio, afinal, o pedido de extradição.

c) Polônia

Informa a Embaixada da Polônia que já em 1945 seu Governo havia solicitado a entrega de Franz Stangl às autoridades daquele país pela prática de genocídio (Sobibór e Treblinka), tendo sido ele, em consequência, colocado na lista internacional dos criminosos de guerra (Extr. 273, f. 5-6). Em 30-3-46 (reproduzimos a tradução oficial), "o delegado dos assuntos criminais de guerra junto à Missão Militar Polonesa, funcionando junto ao Conselho da Aliança de Controle da Alemanha, enviou... uma internacional carta rogatória atrás de Stangl" (f. 20).

Em 17-3-67, o procurador-geral determinou, fundamentadamente, a prisão provisória de Stangl. A medida seria revogada — diz a tradução —, "se no prazo de 3 meses, a contar do dia da entrega de Franz Stangl à disposição das autoridades polonesas, não entrar a apresentação de uma acusação ou de prolongamento da prisão" (f. 21).

Foi encaminhado, finalmente, pedido de extradição ao governo brasileiro.

III - Processamento da extradição

O primeiro processo de extradição, o da Áustria, refere-se a Hartheim, Sobibór e Treblinka. O pedido de prisão provisória, datado de 27-2-67, deu entrada no Itamarati em 1-3-67 (Extr. 272, v. 1, f. 3) e foi encaminhado pelo Ministério da Justiça ao Supremo Tribunal com ofício de 7 de abril, protocolado no dia 11 (f. 1). O pedido formal de extradição, datado de 3 de abril, deu entrada no Itamarati no dia 5 (v. 3, f. 840) e foi encaminhado pelo Ministério da Justiça ao Supremo Tribunal com ofício de 4 de maio, protocolado no dia 5 (v. 3, f. 839). Com este segundo expediente, veio nova tradução oficial dos textos pertinentes do direito austríaco (v. 3, f. 842).

O extraditando foi interrogado em 13-4-67 (v. 3, f. 792). No dia 18 (f. 802), apresentou sua defesa o Prof. F. M. Xavier de Albuquerque, defensor dativo, que falou sobre os novos documentos no dia 9 de maio (f. 850v.).

O advogado do Governo da Áustria, Dr. George F. Tavares, admitido em 28-4-67 (f. 833), ofereceu memorial em 9 de maio (f. 879, 880).

O segundo processo, da Alemanha, refere-se aos fatos de Treblinka. Ao pedido de prisão, datado de 7-3-67 e reiterado em 22 e 29 do mesmo mês (Extr. 274, f. 4, 5), seguiu-se o pedido formal de extradição, de 12 de abril, que deu entrada no Itamarati no dia 14 (f. 11, 17), tendo sido tais documentos enviados ao Supremo Tribunal pelo Ministro da Justiça, com ofício de 18 de abril, protocolado no dia 20 (f. 1). Novos documentos pelos quais houvera protesto foram remetidos ao Tribunal, mediante ofício do ministro da Justiça, de 4 de maio, protocolado no dia 5 (f. 161). A Embaixada alemã anunciou, então (f. 23), que enviaria, "dentro em breve, outro requerimento de extradição", pelo fatos de Sobibór. Este outro pedido veio mais tarde (Extr. 275), mas ainda não está em condições de ser julgado.

O extraditando foi interrogado no dia 27 de abril (f. 130), e o defensor dativo apresentou a defesa em 8 de maio (f. 138), tendo falado sobre os novos documentos no dia 12 (f. 302).

O advogado do Governo da Alemanha, Dr. Antônio Evaristo de Moraes Filho, admitido em 28 de abril (f. 135), distribuiu memorial (5-6-67), instruído com parecer do ministro Nelson Hungria e com um extrato do julgamento dos corréus de Stangl em Düsseldorf.

O terceiro processo, da Polônia, diz respeito a Sobibór e Treblinka. A comunicação prévia, de 27-3-67 (Extr. 273, f. 5), deu entrada no Itamarati no dia 3 de abril (f. 3), juntamente com o pedido formal de extradição, firmado em 17 do mesmo mês pelo procurador-geral daquele país (f. 3, 7, 18). Essa documentação foi enviada ao Supremo Tribunal com o já citado ofício de 18 de abril, do ministro da Justiça, protocolado no dia 20 (f. 1). Novos documentos, pelo quais a Polônia tinha protestado, foram remetidos ao Tribunal com o ofício de 4 de maio, também já citado, do ministro da Justiça (f. 216).

O extraditando foi interrogado no dia 27 de abril (f. 167), e o defensor dativo ofereceu defesa em 8 de maio (f. 180), tendo falado sobre os novos documentos no dia seguinte (f. 223v.).

As três defesas do Prof. Xavier de Albuquerque foram sistematizadas e aditadas em memorial distribuído aos Srs. ministros. O advogado Dr. Sobral Pinto enviou cartas ao Relator, em defesa de Stangl, as quais são do conhecimento do defensor dativo.

O advogado da Polônia, Dr. Alfredo Tranjan, foi admitido em 2-5-67 (Extr. 273, f. 172).

O advogado Dr. Izaak Nuzman, com representação de três sobreviventes de Sobibór e Treblinka, pediu sua intervenção no processo. Mandei juntar seu memorial, por linha, para exame do Tribunal.

Os três processos foram devolvidos pelo procurador-geral da República, Prof. Haroldo Teixeira Valadão, com os seus pareceres, no dia 24 de maio (Extr. 272, v. 3, f. 852, 878; Extr. 274, f. 318, 334; Extr. 273, f. 225, 317).

O pedido de *habeas corpus*, referido no começo deste relatório, não foi trazido antes a julgamento porque foi requerido sem conhecimento do extraditando, e o defensor dativo não o ratificou.

IV — Questões jurídicas suscitadas

a) Matéria constitucional

1. Reciprocidade. Os três Estados requerentes fizeram declaração de reciprocidade (Extr. 272, v. 1, f. 3; Extr. 274, f. 17; Extr. 273, f. 219). Sustenta, porém, a defesa que seria, agora, insuficiente esse compromisso, porque ele envolve um ato

internacional não referendado pelo Congresso. As Constituições anteriores só impunham essa aprovação para tratados e convenções, mas a de 1967 (art. 83, VIII) a exige para "tratados, convenções e atos internacionais". A oferta de reciprocidade, envolvendo a tácita aceitação do Brasil, dependeria do referendo legislativo.

2. Comutação de pena. Embora a nossa lei de extradição (DL 394, de 28-4-38) não exija expressamente o compromisso de comutação da pena de prisão perpétua (art. 12, d), sustenta a defesa que ele é indispensável, em face da vedação da "prisão perpétua" pelo art. 150, § 11, da Constituição vigente. Entretanto, nem a Áustria, nem a Alemanha, onde essa pena seria aplicável, nem a Polônia, onde se aplicaria a pena de morte, assumiram qualquer compromisso quanto à prisão perpétua (Extr. 272, v. 3, f. 840; Extr. 274, f. 23; Extr. 273, f. 217).

O memorial da Alemanha, bem como os pareceres do procurador-geral e do ministro Nelson Hungria, sustentam que a comutação de pena, como exigência do direito extradicional, não está vinculada às vedações constitucionais. É norma autônoma, inspirada em outras razões, tanto que a Const. de 1937 admitia a pena de morte, em certos casos, e a nossa lei de extradição, decretada na sua vigência, determinou a comutação.

Para Nelson Hungria, poder-se-ia, em última análise, condicionar a extradição a esse compromisso suplementar. O procurador-geral, replicando à defesa, entende que tal exigência surpreenderia os Estados com os quais mantemos relações.

3. Retroatividade. Sustenta a defesa que, mesmo quanto ao genocídio, somente poderíamos discutir a retroatividade da ampliação do prazo prescricional se tivéssemos lei ou tratado que determinasse essa ampliação.

b) Formalidades

4. Especificação dos fatos. Argui a defesa que os pedidos são inatendíveis, porque não especificam os fatos com o rigor que impõe a lei brasileira (art. 7º), pois nenhum deles "identifica, pelo nome, uma só das vítimas, nem determina, ao menos pela data exata, um só desses mesmos fatos" (Mem., p. 47). Em se tratando de coautoria, essa especificação era mais necessária.

O memorial da Alemanha, e bem assim os pareceres do ministro Nelson Hungria e do procurador-geral (Extr. 272, v. 3, p. 858; Extr. 274, p. 319; Extr. 273, 302-303), sustentam que a descrição apresentada é perfeitamente satisfatória. As circunstâncias de lugar e de tempo, os meios utilizados e a participação do extraditando, tudo está minuciosamente descrito. E os autos fornecem numerosos testemunhos e elementos materiais constitutivos do corpo de delito indireto. Quanto à identidade, nota Nelson Hungria que a lei pune "a ocisão de um homem, e não a de Pedro, Sancho ou Martinho"; e o prof. Haroldo Valadão observa que é irrelevante cuidar da identidade das vítimas, quando se trata de morticínio em massa.

5. Legalidade da prisão. A defesa argumenta que, pelo nosso direito, a prisão hábil para ensejar a extradição é somente a que emana de autoridade judiciária competente (art. 5º). O pedido da Polônia é inadmissível, porque a prisão preventiva de Stangl foi ali determinada pelo procurador-geral.

O prof. Haroldo Valadão não aceita o argumento, pois a competência para decretar a prisão é regulada pelo direito do Estado requerente.

6. Documentação. O pedido formal de extradição da Áustria só veio aos autos posteriormente. Do mesmo modo, a tradução da peça acusatória, cuja aceitação pelo juiz interromperia a prescrição, consoante o pedido da Alemanha. Igualmente, o compromisso de reciprocidade da Polônia. O mesmo ocorreu com outras traduções, que não foram oferecidas de início.

A defesa sustenta que tais documentos eram imprescindíveis à articulação de suas razões, cujo âmbito a lei restringe, quase exclusivamente, aos defeitos de

forma (art. 10). Não se trata, pois, daqueles documentos cuja apresentação ulterior a lei faculta ao Tribunal determinar (art. 10, § 2º). Importando tal deficiência em sacrifício da defesa, os pedidos não poderiam ser acolhidos.

O procurador-geral, tendo em vista o art. 10, § 2º, do DL 394/38, responde que os documentos, de começo omitidos e pelos quais protestaram os Estados requerentes, foram trazidos em tempo oportuno. Quanto ao pedido formal de extradição da Áustria, poderia haver dúvida, se tivesse vindo além dos sessenta dias da prisão provisória. Mas ele deu entrada no Itamarati em prazo útil; pela demora da sua remessa ao Supremo Tribunal, não poderia responder o Estado requerente.

c) Competência

7. Princípio territorial. Esse princípio, no que toca à jurisdição do Estado requerente (DL 394/38, artigo 3º), é sustentado pela Áustria, quanto a Hartheim; pela Polônia, quanto a Sobibór e Treblinka; pela Alemanha, quanto a Treblinka, porque, ao tempo dos crimes, aquela parte do território polonês estava sob ocupação alemã.

Cita a respeito a Convenção de Haia, de 1907 (Extr. 274, f. 19).

O Procurador-Geral concorda com a Áustria e com a Polônia, mas contesta a Alemanha, porque o art. 43 da citada Convenção não a favorece, nem foi ela ratificada pela Polônia.

8. Princípio da nacionalidade ativa. É invocado pela Áustria, quanto aos crimes de Sobibór e Treblinka, porque o acusado tem a nacionalidade austríaca (C. Pen. da Áustria, § 36). O prof. Haroldo Valadão manifesta-se de acordo, esclarecendo que esse princípio data do Código austríaco de 1803, § 30, e foi mantido no de 1852, §§ 36 e 235, sendo igualmente admitido no Cód. Pen. Brasileiro, art. 5º, II.

No mesmo princípio funda-se o pedido da Alemanha, quanto a Treblinka.

Nos autos, citou o § 4º, inc. 3, item 1, do Cód. Pen. Alemão, que se refere às "infrações cometidas no estrangeiro por um estrangeiro ... na qualidade de titular de uma função pública alemã...". Está de acordo o procurador-geral. Mas no memorial da Alemanha e no parecer do ministro Nelson Hungria o mesmo princípio da personalidade ativa é lembrado também sob outro aspecto: ao tempo dos crimes, Stangl era alemão, em virtude do Anschluss (Dec. de 3-7-38), e a reaquisição da nacionalidade austríaca, só efetuada por lei de 10-7-45, não tem efeito retroativo.

d) Prescrição

9. Hartheim. Em face da exigência da nossa lei de extradição, de não estar prescrita a ação penal, seja pelo direito do Estado requerente, seja pelo direito brasileiro (art. 2º, V), sustenta a Áustria que a instrução criminal instaurada em Linz interrompeu a prescrição quanto aos crimes de Hartheim. Stangl serviu em Hartheim até agosto de 1941 e foi interrogado, pela primeira vez, naquele processo, em 21-7-47, ficando logo ciente da ordem de sua prisão preventiva; em 19-5-48, também tomou ciência pessoal da acusação do Ministério Público. Tendo fugido no dia 30, por mais esse motivo ficou interrompida a prescrição, segundo a lei austríaca.

A defesa argumenta, em contrário, pela forma seguinte:

a) A falta de especificação dos fatos não permite precisar o termo inicial da prescrição, mas pode-se admitir que seja o último dia de agosto de 1941.

b) A prescrição, no caso, pelo direito austríaco (§ 228, b, *in fine*), seria de 5 anos, e não de 20, porque Stangl fora inicialmente acusado pelo § 5º do Cód. Pen. austríaco, ou seja, por simples cumplicidade em homicídio (pena máxima de dez anos, § 137 StG); estava, pois, consumada em 30-8-46, antes do mencionado interrogatório de 21-7-47.

c) Também há prescrição intercorrente, pois o último ato daquele

processo foi a requisitória de 7-7-48; a contar desse ato, mesmo o prazo de 16 anos da lei brasileira (pena abstrata de 10 anos, do direito austríaco) escoou-se em 6-7-64.

A acusação do MP alterou a classificação inicial do juiz de instrução, para atribuir coautoria — e não cumplicidade — a Stangl, o que eleva o prazo prescricional para 20 anos; mas essa alteração foi feita em 25-3-48, quando já prescrita a ação penal pela classificação anterior de cumplicidade.

d) Essa alteração *in pejus* era, de resto, inadmissível porque o próprio MP, ao descrever os fatos, excluiu a participação pessoal de Stangl "na última execução dos homicídios"; sua posição, portanto, só podia ser de cúmplice, e não co-autor.

e) Outros corréus naquele processo, com atuação mais comprometedora que a de Stangl, foram classificados como cúmplices na sentença proferida pelo Tribunal de Linz, e sofreram penas, respectivamente, de 3 anos e de 5 anos e meio.

Também argumentou a defesa com o caráter meramente ordinatório do ato judicial da abertura da instrução, inábil, portanto, para interromper a prescrição. Este assunto será mencionado mais adiante, em relação ao pedido da Alemanha.

O procurador-geral, prof. Haroldo Valadão, impugna a interpretação da defesa, porque o § 5º do C. Pen. da Áustria, referido na primeira ordem de prisão preventiva e do qual resultaria a pretendida classificação de mera cumplicidade, não exclui a participação a título de coautoria, caso em que é aplicável a mesma pena cominada para a autoria. Além disso, a peça que se leva em conta, para a prescrição *in abstracto*, é a denúncia; e a classificação na denúncia foi de coautoria.

De outro lado, a defesa teria confundido homicídio simples com homicídio qualificado. O caso dos autos é realmente de homicídio qualificado, tanto pelo Cód. austríaco, § 135, inciso 3, como pelo Cód. brasileiro, art. 121, § 2º. A prescrição,

portanto, nos dois países, é de 20 anos (pena *in abstracto*), e foi regularmente interrompida em 1948, consoante aos critérios legais da Áustria e do Brasil.

Argumentação semelhante desenvolve o memorial do advogado da Áustria. Sustenta ele, ademais, que somente o direito do Estado requerente deve regular os casos da interrupção de prescrição.

Quanto aos efeitos da abertura da instrução criminal, na Áustria, estende-se o procurador-geral, em seu parecer, na demonstração de que ela equivale ao nosso recebimento da denúncia, que interrompe a prescrição. Mais abaixo voltaremos a esse tema.

10. Sobibór e Treblinka (Pedido da Polônia). Sustenta a Polônia que, pelo seu direito (inclusive pelo Decreto de 22-4-64, sobre os crimes hitleristas da 2ª Grande Guerra), não ocorreu a prescrição.

Argumenta, porém, a defesa que o Brasil não editou lei especial sobre a prescrição nos crimes de guerra ou de genocídio, nem dispôs a respeito em tratado, sendo, pois, aplicável o direito comum. Assim é, em face da própria Convenção sobre genocídio, que ratificamos. Uma vez que não se praticou, na Polônia, qualquer ato ao qual, pela lei brasileira, se possa atribuir efeito interruptivo da prescrição, esta se consumou, inequivocamente.

O procurador-geral manifestou-se de acordo com a defesa, quanto a essa prescrição, em face da lei brasileira (20 anos). Ainda — diz ele — que se atribuísse efeito interruptivo a depoimentos prestados contra Stangl, perante o juiz de instrução do Tribunal polonês de Sielce, em 9-10-45 e 3-12-45, o prazo prescricional ter-se-ia completado em 3-12-65.

11. Treblinka (Pedido da Alemanha). O memorial da Alemanha e o parecer do ministro Nelson Hungria argumentam longamente no sentido de que a acusação do Ministério Público, apresentada em 3-5-60, e a sua aceitação, no dia

seguinte, pelo juiz de instrução de Düsseldorf, equivalem, no nosso direito, ao oferecimento e recebimento da denúncia, com efeito interruptivo da prescrição. Pelo Código alemão, por outro lado, é indiscutível esse efeito, pois ele se contenta (§ 68) com "qualquer ato do juiz dirigido contra o acusado em razão do crime cometido".

O Ministério Público assim se expressara: "Acuso os acima citados de terem eliminado seres humanos... etc. A esse ato — diz o ministro Nelson Hungria — o art. 170 do Cód. Processual alemão chama Antrag. Ele corresponde à denúncia (ou aditamento à denúncia), por ser um pedido de abertura da instrução criminal, que é indeclinável nos processos do júri, em cuja competência se inclui o homicídio. Ao ato de acusação posterior (a Anklageschrift), previsto ali para tais processos, o que se assemelha em nosso direito, não é a denúncia, mas o libelo acusatório.

Na mesma linha, acentua o memorial da Alemanha que o ato de iniciativa da ação penal, equiparável à denúncia do direito brasileiro, assume, na Alemanha, ou a forma de "requerimento de instrução" do processo, ou a forma de "acusação" apresentada ao Tribunal. A primeira forma — o requerimento da instrução prévia — é obrigatória em se tratando de homicídio, que é da competência do júri (Lei de Org. Jud., § 80; C. Proc., §§ 170 e 178). Foi o que se verificou no caso de Stangl.

Em sentido coincidente desenvolve-se o parecer do prof. Haroldo Valadão, estabelecendo paralelo entre o nosso processo do júri, que tem denúncia e libelo, e o processo por homicídio perante o júri alemão, que tem correspondentemente, o Antrag (ou a Anzeige) e a Anklageschrift (Extr. 274, f. 224 ss). Essa mesma argumentação foi por ele deduzida, no pedido da Áustria, em relação aos crimes de Hartheim (Extr. 272, v. 3, f. 874 ss).

A defesa também discute esse problema extensamente. Observa que, no direito brasileiro, o despacho de recebimento da denúncia — que interrompe a prescrição — é "ato rigorosamente decisório, ou de verdadeira jurisdição". Entretanto, o ato praticado pelo Juiz de Düsseldorf, estendendo a instrução criminal a Stangl, a pedido do MP, tem caráter simplesmente ordinatório. Se fosse decisório, teria sido

intitulado *Urtel*, mas foi oficialmente denominado *Beschluss* (decreto). Esse vocábulo, do mesmo modo que *Verfügung* (ordem), não traduz o exercício de verdadeira jurisdição.

Socorre-se a defesa, neste passo, do comentário de Fernand Daguin (*Code de Proc. Pén. Allem.*, 1884, p. 25, nota 1). Segundo seu ensinamento, o vocábulo alemão designativo das decisões em sentido genérico é *Entscheidung*. Para a decisão que encerra os debates em primeira instância, ou que é proferida em grau de recurso ou revisão, usa-se *Urteil*. As decisões que determinam medidas de instrução, ou regulam a marcha do processo, ou deixam de receber um recurso, têm o nome de decreto (*Beschluss*), ou ordem (*Verfügung*), sendo tomadas geralmente por juiz singular (*Mem.*, p. 40-41).

O prof. Haroldo Valadão observa, entretanto, que a palavra decisão, na citada passagem de Daguin, compreende aquelas três formas de atos judiciais, identificando-os a todos como atos de jurisdição. E contrapõe à defesa outro excerto do mesmo autor (*ob. cit.*, p. 103) segundo o qual, através de uma ordem, ou *ordonnance* (portanto, *Beschlusse* ou *Verfügung*), é que o juiz, considerando admissíveis as conclusões apresentadas pelo Ministério Público, determina a abertura da instrução. Equivale, pois, esse ato, indiscutivelmente, ao nosso recebimento da denúncia, com efeito interruptivo da prescrição.

Discute, finalmente, a Alemanha, em seu memorial, o problema do obstáculo à ação da Justiça, ao qual atribui efeito interruptivo da prescrição. Pelas circunstâncias do domínio nazista e da guerra, finda a qual se instalaram tribunais internacionais na Europa, os tribunais alemães, somente quando os aliados reconheceram a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, em 8-5-49, é que adquiriram, além de sua liberdade, jurisdição plena para julgar crimes cometidos contra vítimas estrangeiras, como é o caso de Stangl. Por mais esse motivo, não estaria prescrita a ação penal contra ele instaurada na Alemanha em maio de 1960.

12. Sobibór e Treblinka (Pedido da Áustria). O que se discute, nos autos, quanto ao pedido da Áustria, é se a ordem emanada do Tribunal de Viena, em 21-3-62, interrompeu a prescrição, consoante o critério do direito brasileiro; em outras palavras, se aquele ato é comparável, para tal efeito, ao início da instrução criminal, isto é, ao nosso despacho de recebimento da denúncia.

O procurador-geral responde afirmativamente, pois é indispensável adaptar, por via de interpretação, as peculiaridades processuais do Estado requerente e do Estado requerido. A questionada decisão judicial fora expedida com fundamento nos §§ 134 e 135, inciso 3, do Cod. austríaco. Era, pois, uma "ordem de perseguição" (*Nacheile*), com a qual se averiguaria o paradeiro do acusado, para a devida *persecutio criminis*. Era um ato básico da instrução criminal, e o direito brasileiro, para ter a prescrição como interrompida, satisfaz-se com o início da instrução criminal (Extr. 272, v. 3, f. 876).

O memorial da Áustria chega à mesma conclusão, mas por outro caminho. Sustenta que as causas de interrupção da prescrição devem regular-se tão somente pelo direito do país em que elas se verifiquem sob esse aspecto, a lei austríaca tem eficácia no Brasil.

Pela referida ordem do Tribunal de Viena, Stangl foi citado por edital, e isso bastava para interromper a prescrição, consoante o § 227 do C. Pen. da Áustria, ele menciona expressamente, " a perseguição do indiciado ou a sua procura através de editais". Em 16-3- 66, verificou-se nova interrupção do prazo prescricional, com a ordem judicial de prisão.

A defesa, entretanto, sustenta a nenhuma eficácia, quanto à interrupção da prescrição, daquela ordem de 1962, do Tribunal de Viena, baixada com fundamento no § 413 do Código processual da Áustria, que se refere ao procedimento contra desconhecidos, ausentes ou fugitivos.

Visava aquela ordem exclusivamente à determinação preliminar da morada

do indiciado. Não pode, pois, ser equiparada ao nosso recebimento da denúncia, nem é ato de abertura da instrução. Não é por outra razão — diz a defesa — que se lhe seguiram, de 1963 a 1965, simples requisitórios informativos aos tribunais de outros países. Somente em 16-3-66 é que o Tribunal de Viena emitiu ordem de prisão contra Stangl, e a abertura propriamente da instrução preparatória só foi determinada mais tarde, em 15-2-67. Consumou-se, pois, a prescrição, pelos critérios do direito brasileiro, no que toca ao procedimento penal da Áustria pelos crimes de Sobibór e Treblinka.

O memorial da Alemanha, ao discutir o problema da preferência, também chega a essa conclusão, pois a ordem do Tribunal de Viena — simples "mandado de convocação de Franz Stangl, para determinação preliminar de sua morada" — não tem, pelo direito brasileiro, o efeito interruptivo da prescrição, que lhe atribui a lei austríaca.

e) Concurso de preferência

O procurador-geral, como consta do sumário anterior, opinou pela improcedência do pedido da Polônia, com fundamento em prescrição, e pela legalidade e procedência dos pedidos da Alemanha (Treblinka) e da Áustria (Hartheim, Sobibór e Treblinka). Deixou de se manifestar sobre a preferência (o que faria em sessão, oralmente), pois a matéria poderia ficar prejudicada pela decisão do Tribunal (Extr. 272, v. 3, f. 852).

O memorial da Alemanha, entretanto, cuida do problema, confrontando o seu pedido com o da Áustria, sem examinar o da Polônia. Tendo em vista os critérios da lei (art. 6º), a saber, territorialidade, gravidade da infração, procedência do pedido, nacionalidade, domicílio, argumenta que a preferência cabe à Alemanha, pelo critério da gravidade da infração e pelo da territorialidade.

1) Pela gravidade da infração (artigo 6º, § 1º, a). A posição de Stangl, quanto a Hartheim, seria de mera cumplicidade; em Treblinka, era coautor, em posição dirigente e atuante. A pretendida motivação em Hartheim (eutanásia) poderia conduzir ao homicídio privilegiado, o que não ocorre em Treblinka ("extermínio de um povo, por

razões torpes"). O número de vítimas, que o nosso C. Pr. Pen. leva em conta (art. 78, II, b), foi incomparavelmente mais alto em Treblinka. A maior gravidade dos crimes de Treblinka já resulta do confronto entre os julgamentos proferidos em Linz (Hartheim), com penas leves, e em Düsseldorf (Treblinka e Sobibór), com penas pesadas (extrato anexo ao memorial).

Nesse confronto, como se vê, a Alemanha exclui o pedido da Áustria quanto a Sobibór e Treblinka: a) porque a Áustria não transcreveu o texto legal em que funda sua competência; b) porque o princípio da nacionalidade ativa operaria em favor da Alemanha, e não da Áustria, já que Stangl era alemão ao tempo dos crimes; c) porque não se interrompeu a prescrição na Áustria, já que, em face do direito brasileiro, é ineficaz o ato que ali teria esse efeito, ao passo que a interrupção perante a Justiça alemã é indiscutível.

2) Pelo princípio da territorialidade (art. 6º, *caput*). O território em que se cometeram os crimes, na Polônia, estava, ao tempo, sujeito à soberania alemã. Além disso, a infração foi planejada e parcialmente executada em território alemão, de onde partiam as diretivas, o pessoal, etc., e onde atuavam pessoas em concurso com os executores dos crimes.

f) Prisão provisória

O ministro da Justiça, em ofício de 6-3-67, comunicou ao Tribunal haver ordenado a prisão provisória do extraditando, a pedido da Áustria (HC 44.074, f. 13). Ao encaminhar, mais tarde, os pedidos da Alemanha e da Polônia (Of. de 18-3-67), observou que deixara de providenciar a prisão, em tais casos, porque o extraditando já se encontrava detido, à disposição do Tribunal (Extr. 273, f. 2). Entretanto, S. Exa., em ofício de 28 de abril, considerando que naquela data terminaria o prazo de 60 dias, além do qual a prisão não poderia subsistir consoante nossa jurisprudência, comunicou que determinara continuasse o extraditando detido, à disposição do Tribunal (Extr. 272, v. 3, f. 836).

É o relatório, que deixou de ser lido em sessão por ter sido distribuído, antecipadamente, aos Srs. ministros, procurador-geral e advogados.

SUSTENTAÇÃO DE PARECER

Professor Haroldo Valadão (Procurador-Geral da República): — Excelentíssimo Sr. presidente e senhores ministros do eg. Supremo Tribunal Federal, são três os pedidos de extradição: um, da Áustria, onde a pena não é de prisão perpétua (era de morte, passou para prisão perpétua e atualmente, conforme consta dos autos, por uma lei recente, é no máximo de 20 anos; está nos autos o texto legal); o segundo é o da Polônia, onde a pena é de morte, e o terceiro é o da Alemanha, onde a pena é de prisão perpétua com trabalhos forçados.

Antes de examinar, rapidamente, um por um, qual fiz no meu parecer escrito, desejo responder a algumas objeções que acabam de ser aqui apresentadas.

Primeiramente, quanto ao pedido de extradição da Polônia, porque quanto ao da Áustria houve plena concordância do seu ilustre advogado com a opinião da Procuradoria-Geral.

Na argumentação do ilustre advogado da Polônia, S. Exa. disse, após citar a Declaração de Chapultepec, que a Convenção de Genocídio das Nações Unidas, ratificada pelo Brasil e pela Polônia, não se referira à extradição. No meu parecer, citei-a, cláusula VII. A Declaração de Chapultepec não é Tratado nem Convenção. A Convenção que está em vigor entre o Brasil e a Polônia é a antes referida Convenção de Genocídio e diz o seguinte, no *caput* da cláusula 7ª: "O genocídio e os outros atos enumerados no art. 3º não serão considerados crimes políticos para efeito de extradição", aditando na alínea: "As partes contratantes se comprometem a conceder a extradição de acordo com sua legislação e com os tratados em vigor". Assim remete,

expressamente, à legislação brasileira sobre extradição. E segundo nossa lei, está prescrito o pedido da Polônia, qual demonstramos em nosso parecer. Foi, *data venia*, equívoco do ilustre colega.

Mostrei, no meu parecer escrito, que na Polônia não se abriu a instrução criminal contra Stangl. Mesmo que se quisessem considerar dois depoimentos prestados em 1945, na Polônia, em que não há mesmo referência a Stangl, mas sim a outros, como atos de instrução criminal, a prescrição do ponto de vista da lei brasileira ter-se-ia dado em 1965, pois, nos termos do art. 117, § 2º, do C. Pen., a prescrição, interrompida, recomeça a correr pelo mesmo prazo. Deixei isso bem claro em meu parecer, e, como não foi contestado, vou passar aos argumentos da defesa.

O eminente advogado da defesa começou por uma questão constitucional. É a primeira vez que tal questão se levanta nesta Corte, embora ela já tivesse concedido numerosas extradições à Alemanha e a outros países que têm prisão perpétua. Disse S. Exa. que o problema da prisão perpétua se levanta quanto à Áustria e quanto à Alemanha. Quanto à Áustria, não! Está aqui a lei austríaca, que suprimiu a prisão perpétua e deu a pena de 20 anos. Portanto, o problema da prisão perpétua seria apenas quanto ao pedido da Alemanha.

O eminente advogado de defesa procurou condicionar a exigência da Lei de Extradição, art. 12, letra c, quanto à comutação da pena, aos textos constitucionais, que proíbem certas penas. Eu procurei mostrar, usando a palavra da moda, a desvinculação entre o texto da Lei de Extradição, que impõe a comutação de determinadas penas, e o texto da Constituição, que veda certas penas. Mostrei que, no tempo do Império, não se proibia a pena de morte. No entanto, o Brasil pactuou a comutação da pena de morte em todos os Tratados então concluídos. Vem a Constituição de 1891 e aboliu as penas de morte, galés e banimento judicial. E a Lei de Extradição, então promulgada, 2.416, de 1911, só impôs a comutação da pena de morte e, indo adiante, também a impôs para a pena corporal, chibatada, etc. Se houve um ou outro acórdão em que se considerava que na pena de degredo haveria pena

corporal, a jurisprudência afinal a excluiu.

Aquela desvinculação caracterizou-se, para o caso, desde a Constituição de 1934. O eminente advogado não atentou para isso. A Constituição de 1934 declarou o seguinte, art. 113, nº 29: "Não haverá pena de morte, banimento, confisco ou de caráter perpétuo". Portanto, desde 1934 não há pena de caráter perpétuo.

E jamais se alegou — como Sua Exa. fez por escrito e, agora, na tribuna — que era preciso pôr o artigo 12, c, da Lei de Extradicação de acordo com a Constituição. Ora, a proibição da pena perpétua desde 1934 nunca determinou na doutrina e na jurisprudência deste Tribunal, quer na vigência da Lei 2.416, quer na vigência do atual DL 394, dúvidas na matéria. O DL 394, o que fez? Obrigou à comutação apenas da pena de morte. Não se refere à prisão perpétua. Portanto, vamos dizer, de 1934 até hoje, há 33 anos, o Supremo Tribunal aplica quer a Lei 2.416, quer o DL 394, sem incluir aí, como pretende, agora, o eminente colega, nesse novo texto a prisão perpétua. E deveria, então, incluir também essas outras penas que salientei.

A afirmação *ad majorem* que fiz em meu parecer está ligada a outra frase. Eu disse o seguinte: os Estados juntaram declarações, pelas quais se obrigavam — a Polônia a comutar a pena de morte na pena inferior, e a Alemanha: "estamos prontos a comutar, mas informamos que não temos nem pena de morte nem penas corporais", e a Áustria a mesma coisa. Ora, se esses Estados apresentaram essas declarações, baseados na nossa lei, e nós, na hora do julgamento, vamos mudar a lei e a jurisprudência, incluindo outro caso de comutação, seria surpresa para os Estados que tinham apresentado os seus compromissos.

Alega-se também — e, como a defesa não insistiu, por este ponto passo de leve — que esses compromissos deveriam ser contemporâneos ao pedido. Não é exato. No art. 12 do DL 394, regulando o processo, após o julgamento da extradicação, está dito que "a entrega não será efetuada sem que o Estado requerente assumas os compromissos seguintes: ... d) comutar-se na prisão a pena de morte ou corporal com que seja punida a infração".

Nesse sentido há um voto magnífico do eminente ministro Luiz Gallotti mostrando que isso não seria dever do Tribunal ao julgar, mas, sim, do Governo, ao entregar o extraditando.

Entremos, agora, nos fatos. Aí o eminente advogado de defesa escreveu 4 ou 5, ou 6 ou 8, ou 10 folhas para dizer que não havia indicação precisa, como diz a lei, dos fatos, da data e do local, e cita até aquela célebre frase que o grande João Mendes Júnior vulgarizou: *Quis? Quid? Ubi? Cur? Que modo? Quando?*, interrogações que me dei ao trabalho de responder, uma por uma após citar as folhas dos autos. Não há a menor dúvida. É completa a discriminação do crime: natureza, autoria, local, data, minuciosamente. Crimes de Treblinka, por exemplo, de agosto de 1942 a agosto de 1943. Onde? Em Treblinka.

Como? Chegada dos condenados à morte, a preparação para o banho, a entrada na câmara de gás, a retirada dos cadáveres. Tudo descrito.

Diz S. Exa. que está em estilo jornalístico. Não posso admitir. São decisões fundamentadas de três Tribunais, e os eminentes Srs. ministros podem ler, e eu não vou ler agora — que está tudo precisado: a data, o local, a autoria, a coautoria, com todo o rigor técnico-jurídico.

Evidentemente, diz-se que o crime é em massa, e nós vivemos a época da massa. Nessa técnica do crime em massa, não é possível perguntar, como o fez o eminente advogado de defesa: A que horas, dia da semana e do mês, exatamente e qual o nome da vítima, Pedro ou João? E isto porque a morte foi às centenas, aos milhares, nas câmaras de gás.

Aquela referência *ad majorem*, que fiz, de que esses fatos de Treblinka já são hoje objeto de livros, de revistas, de artigos de publicação no mundo inteiro, só veio, assim, para corroborar o exame detido que fiz em cada um dos pedidos que examinei, citando as folhas em que estavam descritos a data, o local e a natureza dos

atos.

Compreendo o calor, muitas vezes mesmo excessivo, do eminente advogado de defesa.

A Procuradoria-Geral, entrando por dever de ofício num campo que é do eminente advogado, no processo criminal, apresentou uma construção jurídica que, a seguir, o ministro Nelson Hungria apoiou precisamente no seu parecer e que encontra toda a base no Direito Brasileiro.

É a propósito da prescrição em face da lei brasileira.

O nosso C. Pen., art. 117, I, declara que interrompe a prescrição o recebimento da denúncia ou da queixa, e, pois, o ato pelo qual o juiz recebe a denúncia ou a queixa.

Ora, os processos criminais austríaco, alemão e polonês são processos semelhantes ao nosso antigo processo criminal ordinário do tempo do Império e que vigorou na Justiça Federal até 1937 e em diversos Estados durante a República até os seus Códigos. Eu fui procurador criminal da República em 1933. O eminente ministro Luiz Gallotti se lembra desse regime processual. E vigorou no Distrito Federal até 1923 para os crimes de Varas, em que havia sempre a pronúncia e a impronúncia. Só nos crimes secundários, no tempo do Império, nos crimes policiais, se declarava que não havia sumário de culpa, que não havia pronúncia ou impronúncia, chegando, depois, ao julgamento.

Ainda há dias, o ministro Nelson Hungria me dizia: "Eu, como promotor em Minas, 1913-1914, fiz muitos libelos contra ladrões de cavalos, porque tal crime, de processo ordinário, tinha pronúncia e impronúncia". Depois é que os novos Códigos tiraram do processo comum certos crimes e deixaram no processo clássico apenas o de júri.

De forma que na Alemanha e na Áustria (e estão aqui os seus códigos de instrução criminal) separam-se, categoricamente, a instrução criminal prévia e o julgamento.

Mas no Brasil é a mesma coisa. Desculpe-me entrar em sua área, mas é um dever do ofício. Veja V. Exa. o Código de Processo Penal: "Livro II — Dos Processos em Espécie — Título I: Do Processo Comum". É o processo comum que nós estamos estudando, não é o processo de falência ou o de contravenções ou outro especial que V. Exa. veio, agora, referir. Os processos que estão correndo na Áustria são típicos do processo comum. Mas, continuando a leitura do nosso Código de Processo Penal: "Do processo comum: Capítulo I — Da instrução criminal". Como se abre a instrução criminal? Eis o primeiro artigo desse Capítulo, o de número 394: "O juiz, ao receber a queixa, ou denúncia, designará dia e hora para o interrogatório, ordenando a citação do réu e a notificação do Ministério Público, e, se for caso, do querelante ou do assistente". Eis aí: o recebimento da denúncia é, em nosso direito, a abertura da instrução criminal? Se não é abertura da instrução criminal, não sei o que é!

Agora, nos outros capítulos do mesmo título, Do Processo Comum, nos Capítulos II e III é que vem o julgamento. Aí é outra coisa. "II. Do processo dos crimes da competência do júri", e, depois, "III. Do processo e do julgamento dos crimes da competência do juiz singular".

Portanto, nós, no Brasil, temos também a instrução criminal, que se abre com a denúncia. E veja o eminente colega qual a diferença?

É que no processo do tempo do Império (é a dimensão histórica), na maioria dos crimes a denúncia era mais simples, mas era uma denúncia; o promotor dava a denúncia e se referia ao fato, à autoria, etc. Eu fiz isso muitas vezes como procurador criminal, no Rio, 1933-34. Pedia com a denúncia a abertura do sumário da culpa.

Fazia-se o sumário e, no fim do sumário, o juiz procedia ao interrogatório

do réu, que podia juntar documentos em três dias. E a jurisprudência entendeu que com essa juntada de documentos era possível a apresentação de defesa prévia e, a seguir, o juiz pronunciava ou não. Depois, então, é que vinha o julgamento, que começava pelo libelo-acusatório. Aí surgia o contraditório, com a contestação do réu.

Ora, este processo é o seguido na Alemanha e na Áustria.

Posso, rapidamente, mostrar, aqui, por exemplo, o Código de Instrução Criminal da Áustria.

"Capítulo X. Da Instrução dos crimes e delitos, em geral.

Art. 91. La mise en accusation (ch. XVI) doit être précédée d'une instruction lorsqu'il s'agit d'un crime dont la cour d'assises doit connaître, ou lorsque la poursuite est dirigée contre un absent. Dans tous les autres cas, le ministère public ou, lorsqu'il y a lieu, l'accusateur prive, apprécie s'il y a lieu ou non de requérir une instruction. L'instruction a pour but de soumettre à un examen préalable l'inculpation dont une personne est l'objet et de recueillir les éclaircissements nécessaires pour permettre motiver soit la suspension de la procédure, soit la mise en accusation et le renvoi devant le juge du fond."

Art. 92. Le juge d'instruction ne doit commencer une instruction qu'à raison d'un acte punissable, et seulement contre les personnes à l'égard desquelles il a été requis d'instruire par un accusateur autorisé. Lorsque le ministère public requiert qu'une instruction soit commencée, il transmet au juge d'instruction la dénonciation, les moyens de preuve qu'il a recueillis et les constatations auxquelles il a été procédé. Si le juge d'instruction éprouve des doutes sur le point de savoir s'il y a lieu de faire droit à la réquisition d'instruire, il provoque sur ce point une décision de la chambre du conseil. Il prend part à la délibération, mais non à la décision. Le ministère public doit être averti à l'avance du délibéré afin qu'il puisse exposer son opinion oralement ou par écrit."

Essa denúncia simples é a Anseig na Áustria e a Antrag na Alemanha.

Com essa denúncia do promotor, o juiz defere a abertura da instrução e a dirige, segundo se vê dos artigos seguintes.

No fim dessa instrução criminal prévia é que aparece a diferença de nosso processo clássico: se o promotor acha que não tem base para continuar, ele pede ao juiz a suspensão do processo, o que, em verdade, equivale, se o magistrado aceita, a uma impronúncia. Se o promotor acha que tem base, então apresenta a denúncia articulada, a Anklageschrift, o ato de acusação, o libelo acusatório com que se passa à fase do julgamento com os debates (Hauptverhandlung).

Está aí o processo, na Áustria e na Alemanha.

Já demonstramos, com base em nosso Código de Processo Penal, que, se o que interrompe a prescrição é o recebimento da denúncia, a conclusão inegável será de que a abertura da instrução criminal interrompe a prescrição.

O que o direito brasileiro exige é que se tenha aberto a instrução criminal, como está nos arts. 91 e 92 do citado Código da Áustria, e nos correspondentes arts. 176, 177 e segs.

Aberta assim, como foi, com a denúncia do promotor a instrução criminal, ficou interrompida a prescrição na Áustria e na Alemanha.

Dir-se-á e também disse o ilustre advogado: mas quanto ao ausente?

Quanto ao ausente é outro caso, pode estar sujeito à instrução criminal, mas não pode ser julgado qual se vê dos arts. 412 e 421 do Código da Áustria, e 319 e 327 do Código da Alemanha.

E o que se diz no Brasil? Diz o nosso Código de Processo Penal que o

processo não prosseguirá até que o réu seja intimado da sentença, art. 413. Não é possível colocar no Júri um boneco na cadeira do réu.

Na Áustria e Alemanha, como no Código Criminal do Império, do Brasil, como hoje, no nosso Código de Processo Penal para os crimes de Júri, há uma denúncia e um libelo.

O que interrompe a prescrição?

Diz S. Exa., pelo que entendi, que seria o libelo e não a denúncia.

Para mim, sempre a denúncia interrompeu a prescrição. No Brasil, mesmo no regime do Código Criminal do Império, nunca uma denúncia, porque seria uma simples denúncia e não um libelo articulado, deixou de interromper a prescrição.

E se interrompe aqui, como não irá interromper na Alemanha e na Áustria?

Portanto, esta construção que fizemos, com base sólida dos textos, *data venia* do eminente advogado e processualista, esclarece, definitivamente, a interrupção da prescrição.

Tomei, no assunto, as dimensões histórica e comparativa. Com tais dimensões muitas coisas se iluminam e dúvidas se esparecem.

Há, ainda, um ponto: S. Exa. diz que teria citado o art. 135, item III, do C. Pen. austríaco, que não consta do processo.

A menção a esse texto consta do relatório feito pelo eminente ministro Victor Nunes Leal e, ainda, das f. 12 do processo em alemão, *Nacheile*, §§ 134, 135, III, do C. Pen., e, a seguir, na tradução portuguesa à f. 25, nos mesmos termos: Resolução do Tribunal de Viena, de 21-3-62, por causa de crime de homicídio conforme os arts. 134, 135, III, da Lei Penal.

O eminente colega equivocou-se, talvez apaixonado, porque critiquei, com o maior respeito e com toda a consideração que me merece, a desclassificação do delito que S. Exa. quis fazer para efeito da prescrição.

Repito que está também no relatório do eminente Ministro Relator a citação desse art. 135- III, na decisão de... 21.3.62, do Tribunal de Viena.

E no meu parecer citei tais folhas onde há referências àquele texto legal, ao art. 135, n. 3.

O Sr. Xavier de Albuquerque (advogado de defesa): — São fatos de Treblinka, eminente Sr. Procurador. Eu me referi a Hartheim.

Professor Haroldo Valadão (procurador-geral da República): Essa restrição, agora, não altera o fato de constar dos autos a referência ao artigo 135, 3, do C. Penal.

No julgamento de Hartheim, quando foi na hora do julgamento, o Tribunal deixou de julgar Franz Stangl, porque tinha fugido. Mandou, então, que se expedisse uma *Nacheile*, semelhante, de acordo com o art. 416 do C. Penal.

O ilustre colega negou referência ao art. 135, n. 3, porque S. Exa. quis desclassificar o crime, para descobrir uma prescrição especial para Hartheim.

Mas S. Exa. não podia impedir argumentasse eu aí, também, com aquele texto, referido e transcrito na íntegra nos autos, f. 18-16 e 26-28 e 40-44 e 55-58, §§ 134, 135, n. 3, e 136.

O C. Pen. alemão tem o art. 134, sobre o homicídio em geral. Depois, no art. 135, ns. 1 a 3, tem o homicídio qualificado, no n.º 4 o homicídio ordinário, no art. 136 as penas do homicídio consumado, e no art. 137 certas penas do homicídio ordinário, quando a ação do coautor, § 5º, não foi ativa, foi afastada.

S. Exa. achou que a denúncia, tendo sido feita pelo art. 136, que comporta o art. 135 — III e não comporta o art. 137, por aí ela estava errada; que se devia aplicar o art. 137, porque se falava antes em §§ 5º e 134.

Mostramos que o § 134 é gênero que comporta o § 135, o 136 e o 137, articulando o promotor pelo § 136 que comportava o 135, § 3º. E, mais, que o § 5º do C. Pen. alemão é coautoria, no sentido clássico, de pena igual. Os próprios comentadores, que S. Exa. conhece, dizem que a pena é igual.

O pleiteado art. 137 diz que se essa coautoria não foi ativa, se correspondeu a atos afastados, neste caso, tratando-se de homicídio ordinário, *gemeinmurder*, a pena é menor. Daí partiu a defesa para a prescrição menor, de dez anos. Mas, evidentemente, tal desclassificação era incabível, e segundo disse, para a prescrição da ação penal a pena é em abstrato.

Aliás, do ponto de vista da Áustria, o assunto está resolvido, porque a Áustria disse que não cabe prescrição contra réu fugitivo. Quanto à Áustria, do ponto de vista da lei austríaca, ela é radical neste sentido, em texto aliás, citado no trabalho do Professor Herzog, art. 229, c.

Eis o texto:

"Toutefois, le bénéfice de la prescription ne sera acquis qu'à celui:

- a) qui ne tire plus profit du crime;
- b) qui, dans la mesure où la nature du crime le permet, a fourni réparation dans la limite de ses possibilités;
- c) qui ne s'est pas enfui hors du territoire;

d) qui n'a plus commis de crime dans le délai fixé pour la prescription".

Portanto, não havia mais questão, do ponto de vista da lei austríaca. Agora, do ponto de vista da lei brasileira, procurei mostrar, e vou demonstrar daqui a pouco, que houve a abertura de instrução criminal.

Já respondi às afirmativas do meu ilustre colega e, agora, reexaminarei, rapidamente, os pedidos da Áustria e da Alemanha.

A prescrição, do ponto de vista da lei austríaca, já mostrei que não há. A prescrição, na Áustria, é de vinte anos. E quanto a Hartheim, o processo se iniciou em 1946 e 1947; houve interrogatório, houve vários atos da instrução criminal e chegou a haver o libelo. Só não houve o julgamento, porque ele fugiu. O libelo é de 1948. Ele fugiu na véspera do julgamento.

Quanto a Treblinka, o que há é uma decisão do Tribunal de Viena. Essa decisão o que faz?

É uma *nacheile*. Isto é em alemão. É uma tradução difícil em processo brasileiro, mas a boa tradução deve ser "persecução judicial". O Tribunal, sabendo que um réu cometeu um crime e fugiu, expede um ato de persecução criminal, baseado no qual qualquer autoridade judicial ou policial pode capturar o réu e trazê-lo ao Tribunal para o interrogatório e o sumário.

Sustentei que esse ato interrompeu a prescrição, quanto a Treblinka.

Por quê?

Porque esse ato, a *nacheile*, é um ato de instrução criminal. E querem ver

como é?

O ato está previsto no art. 416 do C. Proc. Criminal da Áustria. Em primeiro lugar, o ato é de quem?

É do Tribunal de Viena, assinado pelo respectivo juiz de Instrução. Não é um ato de uma autoridade policial. É um ato do Tribunal. Esse ato se baseia no art. 146 e o cita.

Para Hartheim, quando se interrompeu o julgamento, mandou-se expedir carta semelhante, com base no art. 416.

O que diz o art. 416 do C. Proc. Criminal austríaco?

"Art. 416. Des lettres patentes d'arrestation ne seront délivrées que contre les individus absente ou enfuite dont la résidence sera inconnue et qui seront soupçonnés gravement d'un crime. En règle générale, la délivrance de ces lettres sera faite par la chambre du conseil; dans les cas urgents, par le juge d'instruction.

Il y aura lieu aussi à la délivrance de lettres patentes d'arrestation (Steckbriefe), quand un individu emprisonné à raison d'un crime s'échappera de sa prison, étant en état de prévention ou condamné... "

Em regra geral, a expedição dessa carta é feita pela Câmara do Conselho. Nos casos urgentes, qual se viu, pelo juiz de Instrução.

Como o advogado sabe, melhor do que eu, o Tribunal criminal é coletivo, e há as diversas competências, inclusive da Câmara do Conselho do Tribunal. Quando o caso é mais grave e urgente, o próprio juiz de instrução expede a carta.

Portanto, esse documento, a meu ver, interrompeu a prescrição.

Dir-se-á: mas não se juntou a denúncia do Promotor, pedindo a abertura da instrução.

Mas também não foi feito isto quanto ao processo de Hartheim.

A instrução estava aberta. Se não estivesse, como o juiz de instrução poderia expedir a carta? É um ato do juiz de instrução.

Como o réu fugiu em 1948, e o ato é de 1962, qual a conclusão a que cheguei? É que a instrução foi aberta antes de 1962, porque é contra o fugitivo. Se foi antes de 1962, está interrompida a prescrição, pois é de vinte anos.

É ou não ato de instrução criminal? Não se pode dizer que seria prisão preventiva decretada em inquérito policial, pois na Áustria inexistente inquérito policial, e a prisão é sempre durante a instrução.

O que temos em vista é um ato do juiz de instrução: é a abertura da instrução criminal e foi o que houve, e a interrupção se deu em 1962.

Antes de sair do pedido da Áustria, devo dizer que a nossa lei de extradição declara que, para ser concedida a extradição, é preciso que o crime se tenha passado no território do Estado que a pede ou seja punível de acordo com suas leis.

O crime de Hartheim passou-se na Áustria. Portanto, quanto a Hartheim, não há dúvida alguma.

Quanto ao de Treblinka, não se passou na Áustria, passou-se na Polônia. Mas o C. Pen. da Áustria diz, no § 36, o que está no art. 5º, II, *a*, do nosso C. Penal. Ele diz que a Áustria não dá a extradição de austríaco, mas processa, julga e pune qualquer austríaco que pratique um crime no estrangeiro. Foi baseada neste artigo que a Áustria pediu a extradição.

Portanto, é o princípio da personalidade ativa, pois o extraditando é austríaco, ao lado do outro, da territorialidade.

Quanto ao pedido da Alemanha, o processo está muito bem organizado e o Governo alemão diz o seguinte (vou argumentar com a nota verbal do Governo alemão, não vou argumentar com o memorial do ilustre advogado): "Presumidamente austríaco". Não diz que ele é alemão. Está aqui, na nota verbal do Governo alemão.

Outra coisa: o juiz alemão pediu a extradição, baseado na personalidade ativa do art. 4º, § 3º, n. 1, do Código Alemão.

O que diz o art. 4º, § 3º, n. 1, do C. Pen. Alemão?

"§ 3º Indépendamment du droit en vigueur au lieu de l'infraction, le droit pénal allemand s'applique également aux infractions commises à l'étranger par un étranger, énumérées ci-après:

1. celles commises par l'étranger en sa qualité de titulaire d'une fonction publique allemande, ou celles dirigées contre un titulaire d'une telle fonction dans l'exercice de cette fonction". — Les Codes Pénaux Européens, vol. 1, p. 6 (Centre Française de Droit Comparé, Paris).

Aí é que se baseou o Tribunal alemão.

O Tribunal alemão pede a extradição, alegando que Franz Paul Stangl é estrangeiro — não é alemão — que cometeu um crime no estrangeiro, em Treblinka, mas é um funcionário ou um soldado alemão.

A Embaixada Alemã, na nota verbal, alega, não com muita ênfase, que o crime, sendo cometido em Treblinka e sendo Treblinka território ocupado pelos alemães durante a guerra, de acordo com a convenção de Haia sobre a guerra terrestre, o crime teria sido cometido na Alemanha.

Data venia, na verdade, não tem o menor fundamento jurídico esta afirmação. Contestei-a, em meu parecer, e vou repetir, porque foi realegada pelo ilustre advogado.

Distingue-se, no Direito Internacional, a invasão, a ocupação e anexação.

Mesmo no caso da anexação, se ela não perdura quando acaba a força e o país ou território anexado volta ao seu antigo proprietário, nunca mais este outro vai aplicar aos fatos cometidos anteriormente uma lei estrangeira. Jamais.

Veja-se o absurdo da alegação: então, tudo o que se passou em Treblinka, durante a ocupação alemã, os nascimentos, os óbitos, os casamentos, os crimes, tudo é da competência da Alemanha?

Isto nem o juiz alemão pediu, nem é possível sustentar, em Direito Internacional. Nem vou citar autores, tão corrente a matéria.

O próprio artigo da Convenção de Haia, que a Polônia não ratificou, diz que o exército de ocupação manterá as leis, salvo impedimento absoluto, sendo expressa quanto à lei penal.

Tenho, a respeito, uma referência de alta relevância.

Encontrei caso interessantíssimo, fazendo um estudo em profundidade, através do clássico Ortolan, no seu *Elements de Droit Penal*, 2ª ed., Paris, 1859, nº 942. Ele cita esse caso: um francês cometeu, em Barcelona, em 1811, um crime, quando Barcelona era território ocupado pelas forças francesas. Fugiu para a França e lá foi processado em 1817. No Tribunal francês (o procurador-geral não era eu), o procurador-geral alegou que o crime fora cometido em território francês, porque Barcelona ocupada era território francês. Mas a Corte de Cassação da França

desprezou, dizendo que território ocupado pela França não era território francês.

Nesta parte, temos vários autores: Paul Bernard, no livro fundamental, *Traité Théorique et Pratique de l'Extradition*, e os internacionalistas em geral, Sereni, Quadri, Acioly, Fiore.

Cessada a ocupação, retomado o Governo do Estado ocupado, nenhuma dúvida se admitirá quanto à competência para os crimes ali cometidos durante a ocupação.

Então, a Alemanha só tem um título, o que acabei de dar, de punir, no estrangeiro, um estrangeiro: porque esse estrangeiro era funcionário público, era soldado alemão.

Quanto à interrupção da prescrição, na Alemanha, não há dúvida alguma: a denúncia está transcrita, creio, até no relatório do eminente ministro Relator e está junta aos autos, denúncia completa, e também o despacho do juiz, recebendo e mandando expedir o mandado, para se iniciar a instrução tudo em maio de 1960, estando citados os artigos de lei, os fatos criminosos e da coautoria, com precisão.

Mas esta denúncia alemã foi para a abertura da instrução; futuramente, quando acabar a instrução, quando for para o julgamento, virá o libelo, a Anklageschrift.

Aqui, no Brasil, seria a mesma coisa para o crime de morte. Haveria a denúncia e depois o libelo.

As dúvidas que o ilustre advogado apresenta, vou refutá-las uma a uma.

A primeira, diz S. Exa. que o recebimento da denúncia, na Alemanha, é uma *beschluss*, decisão ordinária, e não uma *urteil*, que é a sentença definitiva, final, no processo alemão, e cita o autor que comenta esse Código de Processo Penal alemão:

Daguin.

Mostramos no parecer escrito com o mesmo *Daguin*, o contrário. Posso ler, mas não quero tomar o tempo do Tribunal, pois ele esclarece que a *beschluss* é uma decisão, é um despacho igual aos nossos despachos judiciais. É uma decisão do Tribunal. E a *verfügung* é do juiz: são despachos de recebimento da denúncia do nosso Direito, e cabe recurso de tais despachos. Isto é muito importante: cabe ali até recurso do recebimento da denúncia.

O Código de Processo Penal da Alemanha prevê expressamente recurso contra a *verfügung*, o despacho que manda abrir a instrução, artigo 179, decidido pelo próprio Tribunal, superior ao Juiz de instrução. Portanto, é até um despacho recorrível.

Não sou mestre de Direito Processual, e creio que no Brasil, do recebimento da denúncia não cabe recurso. Só o *habeas corpus*, que é o remédio sagrado, extraordinário. Mas, lá, cabe o recurso ordinário.

Diz V. Exa., ainda, que não há na Alemanha processo contra réu ausente. Aqui, há uma grave confusão, *data venia*.

No Direito Penal Internacional há um prévio trabalho de indagação e de adaptação. Não podemos aplicar uma lei estrangeira, sem adaptá-la, porque não podemos conjugar um verbo estrangeiro com o paradigma de um verbo brasileiro. Quando chegamos lá, temos que estar dentro daquela mesma técnica. É o problema da adaptação do Direito Internacional Privado. É o direito de adaptação.

Diz S. Exa. que não há processo contra réu ausente na Alemanha. Mas consta, claramente, do Código de Processo Penal alemão o contrário.

Houve, *data venia*, uma confusão entre instrução e julgamento. Não há julgamento, mas há instrução. Está claríssimo.

Vamos aos textos. Eis o primeiro:

"Art. 319. Les debates ne pourront être ouverts contre un absent qu'autant que le fait qui formera l'objet de l'instruction ne devra entraîner que la peine de l'amende ou de la confiscation, que ces peines puissent être prononcées séparément ou conjointement". — *Code de Procédure Pénale Allemand*, trad. Fernand Daguin, ed. MDCCCLXXXIV, p. 169 (Imprimerie Nationale, Paris).

A palavra *débates*, em alemão *hauptverhandlung*, previstos nos §§ 225 e segs., corresponde ao nosso julgamento.

Ali no processo comum, qual no Brasil nos de júri, não há julgamento se o réu está ausente, salvo em pequenos delitos, com pena de multa ou confisco.

Não há, pois, debates, julgamento. Mas há a instrução. É o que diz outro texto:

"Art. 327. Dans les cas autres que ceux prévus par l'article 319, les débats ne seront point ouverts contre un absent (2). La procédure introduit contre l'absent aura uniquement pour but de conserver intactes les preuves, pour le cas où il comparaitrait ultérieurement. " — *Op. cit.*, p. 172 f."

Portanto, quanto ao ausente, nos casos graves, de prisão, pode haver e há instrução, não, porém, debates, julgamento.

De modo que houve uma confusão manifesta entre instrução e julgamento. Neste sentido foi claro Daguin, em nota àquele texto:

"(2) Cette disposition n'est que la consécration du principe général posé par le législateur allemand, principe en vertu duquel il ne peut être procédé au jugement de l'accusé, lorsque celui-ci ne comparait pas."

Igualmente no Brasil para o julgamento, no direito imperial, e hoje, para o julgamento do Júri, é indispensável a presença do réu, C. Pr. Pen., art. 413.

Não sei se há mais algum assunto que ficou em branco, mas, antes de passar à prioridade, diremos, em síntese, que na Áustria não está prescrito, nem para Hartheim, onde o processo foi até o libelo e ele fugiu em 1948, nem para Treblinka e Sobibór, porque, tendo havido ato de juiz de instrução, em 21-3-62, determinando a prisão do réu, evidentemente esse ato decorreu de abertura de instrução criminal feita com denúncia antes, e após a fuga, em 1948.

Na Alemanha, não está prescrita. A denúncia é de maio de 1960, imediatamente recebida. A Áustria é competente, porque é o lugar da infração e competente porque está punindo seu nacional que cometeu crime no estrangeiro.

A Alemanha só é competente, porque está punindo, pelas suas leis, um estrangeiro que cometeu, no estrangeiro, um crime na qualidade de funcionário da Alemanha.

Quanto à questão da falta da reciprocidade, o advogado de defesa fez, *data venia*, confusão no seu memorial e sobretudo na introdução ao memorial.

O assunto é simplíssimo.

No Direito brasileiro, no tempo do Império, a extradição era ato administrativo, quer dizer, o Judiciário não intervinha. O Governo prendia e entregava. Regia-se por quê?

Regia-se pela Circular do Barão de Cairu, de 1847, falando em promessa de reciprocidade, e pelos Tratados.

Veio a República, e o que fez o eminente Pires e Albuquerque, Juiz da 2ª Vara do Rio de Janeiro?

Vieram pedidos de extradição sem Tratado e ele disse: "Sem tratado, não se dá, porque não há lei."

Já estávamos num regime em que o Judiciário controla tudo. Logo, o Judiciário também controla a extradição.

Disse mais Pires e Albuquerque: "A promessa de reciprocidade não vale, pois é, de fato, um tratado, que depende de aprovação pelo Congresso."

Acompanhando o Supremo Tribunal a Pires e Albuquerque, denegando efeito às promessas de reciprocidade, só reconhecendo a extradição mediante tratados, foi preciso fazer uma lei de extradição.

Essa L. 2.416, de 1911, não falou em reciprocidade, e passamos, assim, a dar extradição independente das referidas promessas de reciprocidade. Só se a exigiu num caso, art. 1º, para a extradição de brasileiro.

O projeto daquela lei, segundo esclareceu Mendes Pimentel, visou "dotar o país de uma lei reguladora da extradição, consoante a qual celebre o governo brasileiro tratados de *remissio delinquentium* e atenda a solicitações de países não ligados ao nosso por convenções internacionais". (R.F., IV/77).

Assim a extradição passaria a decorrer do tratado e da lei, superadas as promessas de reciprocidade.

E assim o entenderam todos os autores brasileiros que apreciaram, em obras especializadas, a L. 2.416, de 1911. E os leio, Arthur Briggs, 1919, p. 12; Coelho Rodrigues, 1, 1927, 132; Bento de Faria, 1930, p. 28. E, ainda, o Supremo Tribunal Federal, no acórdão *leader* do saudoso e eminente juiz e especialista Rodrigo Octávio: "A falta de tratado não é, entretanto, obstáculo ao presente pedido de extradição, em face dos princípios liberais da nossa lei, que autoriza a extradição independentemente

de reciprocidade só exigida quanto à extradição de nacionais (art. 1º - RD 92/75, e H. Valadão, Estudos de DIP., p. 669, e Bolet. Socied. Bras. Dir. Internac. 7/107 e Pareceres de Cons. Geral República, I/331).

Na mesma trilha a lei atual, o DL 394, de 1938, não condicionou a extradição à existência obrigatória de tratado ou de promessa de reciprocidade, só previu e exigiu esta para caso especial, da prisão preventiva antes do pedido formal, art. 9º.

Neste sentido, também José Frederico Marques, *Curso de Direito Penal*, 1/294 *fine* e 295 *fine*.

Agora o ilustre advogado chega a uma conclusão, *data venia*, tardia. Diz Sua Exa.: “Hoje, com a nova Constituição, as ofertas de reciprocidade não valem nada, porque a Constituição diz que dependem de aprovação do Congresso tratados, convenções e outros atos internacionais”. Já Pires e Albuquerque mostrara que todos os atos internacionais dependiam de aprovação do Congresso, pois a palavra tratado compreendia também oferta de reciprocidade.

E a exigência da reciprocidade está superada.

Se a lei não fala em oferta de reciprocidade, como vai o Supremo exigí-la?

Acho que tratei todos os problemas dos três casos.

Agora resta o da prioridade. A quem cabe?

Quem é que deve ter a extradição? A Áustria ou a Alemanha? O art. 6º do DL 394 diz o seguinte:

"Art. 6º Quando vários Estados requererem a extradição da mesma pessoa

pelo mesmo fato, terá preferência o pedido daquele em cujo Território a infração foi cometida.

§ 1º Tratando-se de fatos diversos:

a) o que versar sobre a infração mais grave, segundo a lei brasileira;

b) o do Estado que em primeiro lugar tiver solicitado a entrega, no caso de igual gravidade; se os pedidos forem simultâneos, o Estado de origem ou, na sua falta, o do domicílio.

Nos demais casos, a preferência fica ao arbítrio do Governo brasileiro.

§ 2º Na hipótese do § 1º, poderá ser estipulada a condição de entrega ulterior aos outros requerentes.

§ 3º Havendo tratado com algum dos Estados solicitantes, as suas estipulações prevalecerão no que diz respeito à preferência de que trata este artigo."

Há, assim, desde logo, uma preferência pelo território, uma preferência inicial que se vai alterar e completar nos outros parágrafos. Os crimes de Hartheim foram cometidos no território da Áustria, os crimes de Treblinka não foram cometidos nem no território da Alemanha nem no território da Áustria, e a extradição pelos crimes de Sobibór até agora só foi pedida pela Áustria. A Alemanha tem um pedido, a respeito, que está em andamento.

No caso, os crimes de Hartheim, de Treblinka e de Sobibór são crimes de homicídio qualificado, pelo nosso Direito Penal. Evidentemente, a prescrição é de vinte anos, pouco importa que sejam dez, vinte ou trinta homicídios. Nosso Código Penal não manda prescrever pela soma de tempo da prisão. Portanto, o número de fatos criminosos não altera a gravidade da pena.

Nem há aplicar disposições outras, do nosso C. Pr. Pen., p. ex. artigo 78, que dá preferência sempre ao lugar da infração; e, no caso, não se trata de preferência entre lugares dos crimes.

Assim, em face da lei brasileira, há igualdade de pena. Ora, diz a letra *b* do § 2º:

"b) o do Estado em que primeiro lugar tiver solicitado a entrega, no caso de igual gravidade; se os pedidos forem simultâneos, o Estado de origem ou, na sua falta, o do domicílio."

A Áustria solicitou a prisão preventiva em 27 de fevereiro, mas deu entrada ao pedido formal de extradição no dia 5 de abril, e a Alemanha no dia 14 de abril. Não há a menor dúvida, está no processo a nota da Áustria.

De forma que, nestas condições, entendendo como entendo, que há igualdade de pena, eu daria preferência à Áustria, porque o pedido da Áustria entrou no dia 5 de abril, e estou argumentando com o protocolo do Itamarati, com o documento constante dos autos. O pedido da Alemanha entrou no dia 14 de abril, não há a menor dúvida, está aqui a nota da Alemanha. Há também uma pequena nota prévia em que ela diz que entraria oportunamente com o pedido formal.

A Alemanha fez questão de dizer que desvinculava o seu pedido de extradição do pedido de extradição da Áustria; declarou-o positivamente na sua nota.

A afirmativa do ilustre advogado da Alemanha de que o extraditando é alemão, não tem a cobertura da própria Alemanha, que o declara presumidamente austríaco e pediu a extradição por ser ele estrangeiro a serviço da Alemanha.

Se, entretanto, o Tribunal denegar o pedido da Áustria para Treblinka e Sobibór, a preferência caberá à Alemanha, pois a Áustria não reextradita os seus

nacionais.

Nesta conformidade, Sr. presidente, termino pedindo desculpas ao eg. Tribunal por ter falado longamente, pois tive de debater com vários e ilustres advogados. Estou pronto a dar qualquer informação aos senhores ministros, porque estudei com muito carinho os autos.

Minha conclusão, portanto, é que são legais os pedidos da Áustria e da Alemanha. Aliás, em tese, acho que quem deve resolver sobre a preferência é o Governo. Mas, como o Governo mandou os vários pedidos a este Tribunal, quem deve resolvê-los é o Tribunal.

Estudei os processos com aquela imparcialidade que não vê gregos nem troianos. É meu dever, a Procuradoria-Geral não é parte neste processo.

O procurador-geral da República oficia e diz de direito nos processos de extradição.

Tive por divisa, em vez de Nietzsche, que o eminente advogado citou, a constante do brasão de um dos maiores governantes da Europa, que foi a Duquesa Izabel D'Este.

O seu lema era: "*Nec spe, nec metu* – nem por esperança nem por medo, nem com o intuito de recompensa, nem por terror de violência”.

VOTO

O Sr. Ministro Victor Nunes (Relator): — Sr. Presidente, começarei pelas questões que interessam a mais de um dos pedidos de extradição submetidos ao nosso julgamento. A seguir, examinarei as que se referem especificamente a um ou outro.

I - Reciprocidade

A declaração de reciprocidade, na falta ou deficiência de tratado, é fonte reconhecida do direito de extradição (André Mercier, *L' Extradiction, Récueil des Cours*, 1930, III, p. 185). Esse princípio já fora adotado em nosso país, no Império, pela Circular de 4-2-1847, do Ministério dos Negócios Estrangeiros; também foi mencionado, quanto à extradição de nacionais, na L. 2.416, de... 28-6-1911 (art. 1º, § 1º), e a lei atual o consagra (DL 394, de... 28-4-38, art. 60, § 3º, c/c art. 9º), segundo o entendimento do Supremo Tribunal (Extr. 232, 9-10-61, DJ 4-4-63, p. 70; Extr. 288, 7-12-62, RF 205/288, voto do Sr. ministro Gonçalves de Oliveira; Extr. 251, 30-9-63, DJ 5-12-63, p. 1.238, voto do Sr. ministro Evandro Lins). Não ficou derogada a nossa lei nessa matéria, pois não tem esse alcance a circunstância de ser hoje necessário o *referendum* parlamentar para "atos internacionais" (Const. de 1967, art. 83, VIII), diferentemente da Constituição anterior, que só o exigia para tratados e convenções.

O melhor entendimento da Constituição é que ela se refere aos atos internacionais de que resultem obrigações para o nosso país. Quando muito, portanto, caberia discutir a exigência da aprovação parlamentar para o compromisso de reciprocidade que fosse apresentado pelo governo brasileiro em seus pedidos de extradição. Mas a simples aceitação da promessa de Estado estrangeiro não envolve obrigação para nós.

Nenhum outro Estado, à falta de norma convencional, ou de promessa feita pelo Brasil (que não é o caso), poderia pretender um direito à extradição, exigível do nosso país, pois não há normas de direito internacional sobre extradição obrigatória para todos os Estados (Mercier, ob. cit., p. 182). Dar ou recusar a extradição é direito inerente à soberania do Estado requerido (Coelho Rodrigues, *A Extradicação*, v. 1, 1930, p. 42). Ele não tem obrigação internacional de a conceder senão no limite dos seus compromissos (Mercier, ob. cit., p. 180). Nem a Convenção sobre o genocídio teria criado tal obrigação em face dos Estados não signatários (L. C. Green, *Political Offences, War Crimes and Extradiction, The International and Comparative Law Quarterly*, abril,

1962, p. 329).

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira: — Aí é para que o Executivo proponha o pedido ao Poder Judiciário, ao Supremo Tribunal Federal.

O Sr. Ministro Victor Nunes (Relator): — Dizia eu que, não havendo tratado, não há obrigação para o Estado requerido de conceder extradição. Aceitar proposta de reciprocidade não pode criar para ele essa obrigação.

O Sr. Ministro Gonçalves de Oliveira: — Digo o seguinte: o Governo brasileiro não se pode comprometer a dar extradição, porque a competência é do Supremo Tribunal. O que ele pode é submeter ou não ao Supremo Tribunal Federal o pedido do Estado estrangeiro.

O Sr. Ministro Victor Nunes (Relator): — Não me referia ao Governo no sentido estrito de Poder Executivo, mas ao Estado brasileiro, envolvendo todos os órgãos que interferem no procedimento da extradição. A decisão favorável do Supremo Tribunal é, sem dúvida, condição prévia, sem a qual não se pode dar a extradição. Mas o Supremo Tribunal também aprecia cada caso em face dos compromissos internacionais porventura assumidos pelo Brasil.

Mesmo que o Tribunal consinta na extradição — por ser regular e legal o pedido —, surge outro problema, que interessa particularmente ao Executivo: saber se ele estará obrigado a efetivá-la. Parece-me que essa obrigação só existe nos limites do direito convencional, porque não há, como diz Mercier, "um direito internacional geral de extradição".

Em consequência, a simples aceitação da oferta de reciprocidade não cria obrigação para o Brasil, não dependendo essa aceitação de *referendum* do Congresso. Da promessa de reciprocidade resulta obrigação para o Estado requerente, não para o Estado requerido.

Vou mais longe ainda: mesmo nos casos em que o Brasil seja o ofertante, uma vez que a reciprocidade já está prevista em lei e no costume internacional, que a nossa lei manda observar (DL 394/38, art. 9º, c/c art. 20, *in fine*; C. Pen., art. 4º), não se compreenderia fosse necessária nova chancela do Congresso para tal fim.

II - Comutação de Pena

Parece-nos procedente a argumentação da defesa, quando sustenta que o compromisso assumido pelos Estados requerentes, de comutar a pena de morte (já abolida na Áustria e na Alemanha), teria de incluir o compromisso de reduzir para prisão temporária a pena de prisão perpétua, em razão de ser esta última igualmente vedada pela Constituição do Brasil (art. 159, § 11).

Há valiosas opiniões em contrário, baseadas em que o compromisso de comutação — frequente no direito extradicional — seria de todo independente do direito substantivo, mesmo o de assento constitucional (Haroldo Valadão, parecer, Extr. 273, f. 313; Nelson Hungria, parecer anexo ao memorial da Alemanha).

Não podemos, *data venia*, aceitar esse ponto de vista sem reserva. É certo que o direito extradicional, ao dispor de tal modo, se inspira no sentimento de humanidade, mas, também, não é por outro motivo que o direito constitucional renega tais ou quais penalidades: "As penas perpétuas... vão-se limitando aos chamados incorrigíveis, como supostos refratários a todo tratamento", observa Roberto Lyra, citando a seguir esta conclusão do Congresso Penitenciário de Washington: "Nenhum indivíduo, quaisquer que sejam sua idade e antecedentes, deve ser considerado incapaz de emenda" (Com. ao C. Pen., v. 2, p. 59).

Acresce que o condicionamento da extradição a normas do direito penal interno já foi admitido por uma decisão do Supremo Tribunal (Extr. 241, 18-5-62, RTJ 24/247). A extradição só foi concedida com a condição de ser comutada a pena de trabalhos forçados, repudiada pelo direito brasileiro.

Em outro caso, onde a pena era de degredo, a extradição foi concedida, mas fiquei vencido, em companhia dos Srs. Ministros Ary Franco e Hahnemann Guimarães (Extr. 230, 8-9-61, RF 201/253). Mestre Hahnemann já havia votado de igual modo, com Orozimbo Nonato, Nelson Hungria e Rocha Lagoa, na Extr. 165 (26-1-53), RF 153/382. A minoria, em que formávamos, concedia a extradição, mas subordinada à não aplicação da pena de degredo.

Essa decisão, entretanto, não prejudica a tese mais geral, que estamos sustentando, de se condicionar a extradição pelo menos à vedação constitucional de certas penas, pois a maioria se baseara no fundamento de não ser a pena de degredo vedada pela Constituição. A *contrario sensu*, tal premissa admitia a vinculação do direito extradicional nos termos acima indicados.

Em outro caso (Extr. 234, 15-3-65), que se referia especificamente à prisão perpétua, o Supremo Tribunal nada determinou, porque a extradição já tinha sido concedida em julgamento anterior, proferido mais de quatro anos antes (2-10-61).

Apesar destas ponderações, reconheço que o compromisso apresentado nestes autos, sem cláusula de se converter em temporária a prisão perpétua, não invalida o pedido, porque os Estados requerentes observaram literalmente o que dispõe o art. 12, *d*, da nossa lei de extradição, que não menciona a prisão perpétua. A falta, portanto, é perfeitamente suprível, como sustenta o ministro Nelson Hungria em seu parecer. Se o Tribunal conceder a extradição, subordinada a esse compromisso, o governo brasileiro o exigirá antes de efetuar a entrega do acusado. Essa exigência, após o nosso pronunciamento, é legítima, pois o que o art. 12 da lei condiciona, ao impor a comutação, é a "entrega" do extraditando, e não o julgamento da admissibilidade do pedido, como bem observou o Sr. ministro Luiz Gallotti, na Extr. 218 (30-9-50). Este seu ponto de vista não prevaleceu, então, tendo sido a extradição negada, mas em caso posterior o Tribunal prestigiou o seu entendimento (Extr. 241, cit. acima).

Nada impede essa divisão de tarefas entre Executivo e Judiciário, porque a

extradição não é, por natureza, ato jurisdicional, nem administrativo, prevalecendo o que dispuser a esse respeito o direito interno, ou as convenções internacionais (Mercier, ob. cit., p. 173; Coelho Rodrigues, ob. cit., p. 27).

III - Competência

Não foi contestada pela defesa, nem pela Procuradoria-Geral da República, a competência dos Estados requerentes. Um deles — a Alemanha — é que impugnou a da Áustria, mas reconhece que, embora omissa o pedido quanto à norma legal de competência, o § 36 do C. Pen. da Áustria consagra o princípio da nacionalidade ativa, o qual já vinha — notou o prof. Haroldo Valadão — do Código de 1803. A objeção da Alemanha consiste em que o extraditando era alemão, e não austríaco, na época dos crimes, pois a Áustria se achava sob o regime do Anschluss.

Esse argumento é, em parte, contraditório, porque um dos fundamentos alegados pela Alemanha, para firmar a própria jurisdição, tinha sido o § 4º do art. 3º, n. 1, do seu C. Pen., que se refere a crime praticado no estrangeiro, por estrangeiro, no exercício de função do governo germânico. A ordem de prisão expedida pela Justiça alemã (Extr. 274, F 21) funda-se, quanto à competência, naquele mesmo dispositivo legal, como observou o procurador-geral da República, e o pedido de extradição diz que Stangl era "presumidamente austríaco" (Extr. 274, doc. de f. 23).

Essa contradição não prejudica o pedido da Alemanha, porque ela tem, igualmente, jurisdição sobre crime praticado por súdito alemão no estrangeiro (C. Pen., § 3º). Portanto, seja Stangl considerado alemão ou austríaco, a jurisdição da Justiça alemã será, de qualquer modo, inatacável.

É, pois, desnecessário discutir, agora, se estava sob a soberania alemã aquela parte do território polonês, que a Alemanha ocupava na época dos crimes. Esse problema será focalizado mais adiante, ao discutirmos a preferência para a extradição.

De qualquer modo não procede, em contraposição à Áustria, esse novo argumento da nacionalidade de Stangl, suscitado pela Alemanha. Em primeiro lugar, não é aplicável ao caso o princípio da irretroatividade da naturalização, que foi enunciado no artigo 1º, § 1º, da nossa lei, em correspondência com a regra da não extradição dos nacionais (art. 1º, caput). Nossa lei é de 1938. As naturalizações tácitas da Const. de 1891 dependiam, pelo menos, do silêncio aquiescente do estrangeiro, e a partir da Const. de 1934 passamos a admitir somente naturalizações expressas, respeitados os direitos adquiridos na vigência da anterior.

O dispositivo da lei brasileira, a que se apega a Alemanha, visa sobretudo a impedir que seja beneficiado pela regra da não extradição dos nacionais quem se naturaliza (ou se deixa naturalizar) de má-fé. Não há, pois, qualquer semelhança com o caso dos autos, em que não houve naturalização, mas perda compulsória da nacionalidade austríaca, em favor da alemã, por efeito da invasão da Áustria, ratificada por um plebiscito de constitucionalidade duvidosa (Hans Klinghoffer, *Ofensiva Branca*, S. Paulo, 1942). Logo após a guerra, a Áustria expediu a Lei de 10-7-45, dispondo que eram de nacionalidade austríaca as pessoas que já a tivessem no dia 13-3-38 (antes do Anschluss) (Ilmar Penna Marinho, *Tratado sobre a Nacionalidade*, v. 2, 1957, p. 73). Essa reaquisição da nacionalidade austríaca também não se pode equiparar à naturalização.

A soberania da Áustria, recuperada após a 2ª Guerra Mundial e consolidada pelo Tratado de 15-5-55, que a impede de se anexar novamente à Alemanha, restaurou a nacionalidade dos austríacos, que já o eram antes do Anschluss, com as consequências que daí defluem. Seria inadmissível que os tribunais austríacos, em todos os problemas jurídicos ligados à nacionalidade, tivessem que discriminar os três períodos da nacionalidade dos litigantes: o contemporâneo da ocupação, de um lado, e os períodos anterior e posterior, de outro. Pelo menos para efeitos penais, isso levaria a consequências extravagantes.

Em segundo lugar, um dos fundamentos do julgamento do acusado no país de que é nacional é a maior garantia que provavelmente encontrará em sua própria

Justiça. Envolve, portanto, o dever, que tem cada Estado, de proteger seus nacionais, ainda que essa proteção consista somente em lhes garantir um processo regular. Também é esta a principal razão da regra, adotada pela maioria dos países, da não extradição dos nacionais (S. Cybichowski, *La Competence des Tribunaux à Raison d'Infractions Commises hors du Territoire, Recueil des Cours*, 1926, II, 295-6). E os que combatem essa regra apresentam, entre outros, o argumento de que não deveria ser recusada a extradição de nacionais entre Estados "cuja legislação e cujas instituições judiciárias oferecem garantias análogas" (Mercier, ob. cit., p. 229). Vê-se, pois, que a ideia da proteção do nacional está presente no problema que estamos discutindo. E essa proteção pressupõe que seja atual a nacionalidade do réu, pois não seria razoável que estivesse vinculada a uma nacionalidade pretérita.

A própria Alemanha não estaria muito segura do seu argumento, pois não o apresentou no pedido de extradição, mas tão somente no memorial de seu ilustre advogado, distribuído há três dias. E essa nova colocação do problema da nacionalidade não objetiva um reforço da jurisdição da Alemanha, já bastante sólida, mas a conquista de mais um ponto no concurso de preferência com a Áustria.

É incontestável, portanto, a jurisdição da Áustria, por ser o extraditando de nacionalidade austríaca. Também é incontestável a jurisdição da Alemanha, pelo outro motivo mencionado: o extraditando, ao tempo dos crimes de Treblinka, estava a serviço do governo alemão e os teria praticado nessa qualidade.

Não só a extraterritorialidade das leis da Alemanha e da Áustria, fundada no princípio da nacionalidade ativa, não destoa do direito brasileiro (C. Pen., art. 5º, II, b), como também nenhum desses países está disputando sua jurisdição com o Brasil. Pelos fatos de que se trata, nossa Justiça só seria competente para julgar Stangl em razão do princípio da universalidade, que foi sustentado, sem êxito, nas discussões promovidas pela ONU sobre a repressão do genocídio (Jean Graven, *Les Crimes contre l'Humanité, Recueil des Cours*, 1950, 1, p. 516 ss). Mas nem a lei brasileira adota esse princípio em termos irrestritos, pois remete a matéria para as convenções internacionais (C. Pen., art. 5º, II, a), nem constitui ele norma obrigatória de direito internacional (Cybichowski, ob. cit., p. 283; B. V. A. Röling. *The Law of War and the National Jurisdiction Since, 1945, Recueil de Cours*, 1960, II, p. 360).

IV - Genocídio

Os crimes imputados ao extraditando estão hoje qualificados como genocídio, em Convenção que foi ratificada, entre outros, pelo Brasil e pela Polônia, e ambos esses países promulgaram leis a respeito (Dec. pol. de 13-8-44; lei bras. n. 2.889, de 1-10-56). Esta circunstância, entretanto, não permite contrapor-se o princípio da irretroatividade ao exame dos presentes pedidos de extradição, pois na tipificação do

crime de genocídio estão compreendidas outras figuras delituosas — especialmente o homicídio — que já se encontravam nos códigos de todos os povos civilizados.

A conceituação nova, na categoria de violação do direito penal internacional, resulta da gravidade sem par desses crimes, que ofendem a própria humanidade, e são cometidos em massa, frequentemente por inspiração e com o auxílio da máquina governamental, já tendo sido por isso denominados "crimes de Estado" (Pieter N. Drost, *The Crime of State*, 2 vols., Leyden, 1959). Além de suas alarmantes consequências, a gravidade do genocídio é acentuada pela especial intenção com que é cometido: a intenção de eliminar, "no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso como tal" (Conv. sobre o Genocídio, art. II; Stefan Glazer, *Culpabilité en Droit International Pénal, Recueil des Cours*, 1960, 1, p. 504).

Mas, se essa maior gravidade do novo tipo delituoso pode ser lembrada para se não aplicarem retroativamente a Convenção de 1948 e as leis que dispõem no mesmo sentido, de modo nenhum esse argumento serviria para excluir a criminalidade dos atos que, integrantes do genocídio, já estavam capitulados na lei do tempo em que foram praticados.

A extradição de Stangl é pedida com fundamento em homicídio qualificado, que sempre esteve definido na nossa como na legislação dos Estados requerentes. A Polônia socorre-se do conceito de genocídio, adotado em lei posterior daquele país (Dec. de 13-8-44), mas assim procede para cobrar do Brasil o compromisso de dar a extradição, que resultaria da Convenção de 1948, assinada pelos dois Estados, bem como para se beneficiar da nova legislação polonesa sobre a prescrição de tais crimes.

Essa alegação, entretanto, não prejudica o exame do pedido da Polônia, sob os demais aspectos, muito menos o exame dos pedidos da Áustria e da Alemanha, pois não temos de cogitar da aplicação retroativa de norma sobre prescrição, já que o Brasil não promulgou lei, nem firmou convenção, que estabelecesse essa retroatividade. Ratificamos a Convenção de 1948 (D. 30.822, de 6-5-52), mas ela nada

dispõe sobre matéria prescricional. Os signatários assumiram o compromisso de "conceder a extradição de acordo com sua legislação e com os tratados em vigor" (art. VII).

Seria ousado sustentar-se que em razão desse compromisso de extradição, que remete ao direito vigente, teríamos abolido a prescrição para o crime de genocídio (Jacques-Bernard Herzog, "L'Extradiction des Crimenels de Guerre", *Le Monde*, ... 27-3-67, artigo escrito sobre o caso Stangl). No Brasil, portanto, o problema da prescrição continua regulado no direito comum.

O ilustre advogado da Polônia procurou demonstrar, em sua sustentação oral, que aquele país não pediu propriamente a extradição, mas somente a "entrega" de Stangl. Com isso, estaria reclamando o cumprimento da Convenção sobre o genocídio, firmada pelo Brasil e pela Polônia. O compromisso ali assumido operaria automaticamente, sem dependência de maiores formalidades, dispensando mesmo o pronunciamento do Supremo Tribunal sobre a legalidade do pedido e a ocorrência, ou não, da prescrição. Mas não procede essa colocação do problema, por parte da Polônia, tanto em vista das considerações anteriores, como também porque esse país, ao enviar o seu compromisso de reciprocidade, mencionou, expressamente, que o fazia em processo de extradição. Seu pedido, portanto, tinha que ser apreciado consoante o nosso direito extradicional, como está ressalvado na Convenção sobre o Genocídio.

Em consequência, à luz do direito comum é que mais adiante examinaremos o problema da prescrição, sem que sobre ele se reflita a conceituação convencional e legal do genocídio, adotada posteriormente aos crimes de que se trata. Não teremos, assim, motivo para discutir se as normas sobre prescrição penal são de fundo, ou somente de forma, para efeito de sua aplicação imediata (Jacques Bernard Herzog, "Étude des Lois Concernant La Prescription des Crimes contre l'Humanité", *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1965, n. 2, p. 36). Quer sejam os crimes de Sobibór, Treblinka e Hartheim conceituados como genocídio, ou simplesmente como homicídio qualificado, os pedidos de extradição de Stangl poderão

ser julgados pelo Tribunal sem qualquer desvio do princípio *nullum crimen sine lege*.

V - Julgamento Regular

Também não prejudica os pedidos em exame a possível falta de isenção dos tribunais dos Estados requerentes, que sofreram mais intensamente os efeitos dos crimes de que é acusado o extraditando. A isenção do Estado requerente, para garantia de um julgamento regular, é sem dúvida importante no direito extradicional. Recusamos, em 1963, uma extradição pedida pelo Governo de Cuba, onde faltava essa garantia (Extr. 232 cit.), e nossa lei não permite que o extraditando seja submetido a "tribunal ou juízo de exceção" (art. 2º, VI). Mas, no que toca aos Estados ora requerentes, que têm tribunais regulares, funcionando normalmente, havemos de admitir a presunção de julgamento regular.

A possibilidade de julgamento parcial ou irregular só é impedimento à extradição quando resulte evidente. Em caso contrário, o princípio da territorialidade não teria primazia, como tem, no direito extradicional da maioria dos países, pois o abalo social é maior nos próprios lugares em que se cometeu o crime. De igual modo, o princípio da competência do Estado que sofreu os efeitos do crime praticado em outro também não poderia ser aceito, por ser, presumivelmente, o menos imparcial dos dois. Entretanto, essa regra é adotada em muitas legislações (Cybichowski, ob. cit., p. 284), inclusive na do Brasil, nos casos por ela previstos (C. Pen., art. 5º, I).

Ao revés, o princípio da nacionalidade ativa faz presumir que o julgamento seja mais favorável ao réu em seu próprio país, o que também seria um afastamento do critério da completa isenção.

Nessa linha de raciocínio, a preferência da doutrina e do direito positivo teria de ser pela competência dos Estados totalmente estranhos ao fato delituoso. Mas não há tal regra no direito brasileiro, e nossa jurisprudência opõe reservas ao próprio desaforamento de processos penais, por motivo de parcialidade, na ordem judiciária

interna (HC 41.119, 1964, RTJ 33/371; HC 42.026, 1965, RTJ 36/178; HC 42.325, 1965, RTJ 34/588; HC 43.161, 1966, RTJ 37/267; HC 43.196, 1966, RTJ 40/202).

A solução mais adequada, em crimes como o destes autos, seria a jurisdição de tribunais internacionais, não obstante as impugnações conhecidas (cf. J. Graven, ob. cit., p. 516, 585, etc.; P. N. Drost, ob. cit., esp. v. 1, p. 36, 352, v. 2, p. 201, 205). A Convenção sobre o Genocídio prevê essa competência para os Estados que a reconhecerem, dando prevalência, na situação presente, ao princípio da territorialidade (art. VI). Mas não foi instituído tribunal internacional para tais crimes, após a dissolução dos que funcionaram em circunstâncias excepcionais no imediato pós-guerra. Portanto, o acolhimento, neste caso, dos princípios da territorialidade ou da nacionalidade ativa representa, da parte deste Tribunal, estrita obediência às normas jurídicas em vigor.

Se viéssemos a negar a extradição, pela possível falta de isenção dos Estados requerentes, teríamos a obrigação moral de julgar o acusado, por não haver tribunal internacional competente. Mas não o poderíamos fazer, por falta de competência. E nossa recusa, longe de exprimir um gesto de solidariedade internacional no combate ao crime, que é fundamento da extradição, teria o alcance de um asilo político, mas concedido a quem não está na condição de perseguido político, nem é acusado, como adiante veremos, da prática de crime político.

A cautela da isenção, levada ao extremo, também teria impedido o Papa Pio XII de proferir estas palavras, dirigidas em 1953 aos membros do Congresso Internacional de Direito Penal: "...é preciso que os culpados..., sem consideração de pessoas, sejam obrigados a prestar contas, que sofram a pena, e que nada os possa subtrair ao castigo de seus atos, nem o êxito, nem mesmo a "ordem de cima", que eles receberam... A certeza, confirmada pelos tratados, de que é preciso prestar contas — mesmo quando o ato delituoso foi bem sucedido, mesmo quando foi cometido no estrangeiro, mesmo quando alguém escapou para o estrangeiro depois de o ter cometido —, esta certeza é uma garantia que não se pode subestimar" (Excertos de Antoine Sottile, *Révue de Droit International Pénal*, outubro de 1953, p. 376).

VI - Crime Político

Também não cabe, no caso, a exceção do crime político, prevista em nossa lei (art. 2º, VII, e no Código Bustamante, que é o documento internacional mais abrangente, a que nessa matéria está vinculado o Brasil (art. 356). A Convenção sobre o Genocídio (art. VII) e a lei brasileira baixada em consequência dela (L. 2.889, de 1.10.56, artigo 6) são explícitas no dizer que o genocídio não se considera crime político para efeito de extradição.

A aplicação imediata de tais normas a pedidos de extradição fundados em crimes anteriores não viola o princípio *nullum crimen sine lege*. É bem verdade que o Código Penal Internacional, adotado em Convenção de 1940, firmada pelo Brasil em Montevideu, estabelece regra de vigência somente para o futuro, mesmo quanto às suas normas de direito extradicional (art. 52), mas não chegamos a ratificar esse tratado (Hildebrando Acioli, *Tratado de Direito Internacional Público*, v. 1, 2ª ed., p. 423). Além disso, nas palavras de Mercier, "a extradição não é uma pena", traduzindo, no mais das vezes, o reconhecimento, pelo Estado concedente, da sua falta de competência para julgar a infração. Também "não é a aplicação de uma pena", encargo e responsabilidade que "incumbem ao Estado requerente" (ob. cit., p. 177).

Ainda que a Convenção sobre o genocídio, ou a L. 2.889, de 1956, não fossem aplicáveis, no ponto que estamos discutindo, a solução seria a mesma. A doutrina mais autorizada, embora o tema seja controvertido, repele a conceituação de crime político fundada exclusivamente na motivação política do agente. De igual modo, a alegação de ter sido o crime cometido contra particulares por instruções de um governo não tem bastado para beneficiar o autor com a escusa do crime político (Green, ob. cit., p. 330). O genocídio — afirma Drost — "é tanto crime do Estado como crime comum" (ob. cit., v. 2, p. 201).

Além de outros elementos de configuração, com os quais a doutrina mais

moderna procura combinar as teorias subjetiva e objetiva, leis e convenções internacionais, especialmente no campo do direito extradicional, tem recusado a conceituação de político ao crime cometido com especial perversidade ou crueldade, ou àquele em que predominam os elementos do crime comum. Nossa lei, que assim dispõe (art. 2º, § 1º), menciona, entre outros, o terrorismo (art. cit., § 2º). E o Comitê Jurídico Interamericano, em seu estudo de 1959, não considera políticos "os crimes de barbaria e vandalismo" e, em geral, as infrações "que excedam os limites lícitos do ataque e da defesa" (Izidoro Zanotti, *La Extradición*, p. 238).

Do mesmo modo, a Corte Suprema da Argentina, em decisão de 1966, concedeu à Alemanha a extradição de Gerhard J. B. Bohne, acusado do extermínio em massa de doentes mentais, negando caráter político, segundo seus precedentes, a "fatos particularmente graves e odiosos por sua natureza bárbara" (La Ley, ... 111. 66, p. 1).

Também pelo caráter cruel do crime — assassinato de prisioneiros indefesos, inclusive o médico chamado a socorrer um deles, que estava ferido — negamos-lhe caráter político, e recusamos a extradição por outro motivo: falta de garantias para um julgamento regular em Cuba (Extr. 232 cit.).

Realmente, o presumido altruísmo dos delinquentes políticos nada tem a ver com a fria premeditação do extermínio em massa. O juiz Jackson, da Corte Suprema dos Estados Unidos, acusador em Nuremberg, fez ali esta advertência, com receio da incredulidade futura: "We must establish incredible events by credible evidence" (*apud* Röling, ob. cit., p. 390).

VII - Ordem Superior

A justificativa do cumprimento de ordem superior igualmente não levaria, só por si, à recusa dos pedidos sob julgamento. Sua aplicação, em termos irrestritos, aos chamados crimes de Estado, resultaria em completa impunidade para criminosos cruéis.

Nosso Código Penal, como de regra os outros códigos, restringe o alcance dessa escusativa, porque não elimina a culpabilidade nos casos de cumprimento de ordem “manifestamente” ilegal (art. 18). E não se comprovou ainda que a ordem de matar prisioneiros, inocentes ou não, e enfermos hospitalizados, ou de exterminar judeus em massa, mediante processos de horrenda eficiência, tivesse sido autorizada por lei do Estado nazista.

Na extradição de Bohne, julgada pela Suprema Corte argentina, foram mencionadas instruções secretas de Hitler, de 1.9.39, quanto aos enfermos mentais (*La Ley*, cit.). Quanto ao extermínio em massa de judeus, o ato mais qualificado, que se indicou no caso Eichmann, julgado em Israel, foi uma reunião de líderes nazistas, realizada em Gross Wannsee, subúrbio de Berlim, em 20-1-42 (Comer Clarke, *Eichmann*, Rio, 1961, p. 132; Lord Russel of Liverpool, *The Trial of Adolf Eichmann*, Londres, 1963, p. 52-54, 201-203). Dela, entretanto, não resultou um texto jurídico normativo, tendo-se usado o eufemismo "solução final" do problema judeu, para ocultar a premeditação criminosa. O próprio Eichmann procurou explicar essa fórmula como sendo a procura de um lar para os judeus em Madagascar, como se lê no resumo de D. Lasak ("The Eichmann Trial", *The International and Comparative Law Quarterly*, 1926, v. II, p. 362). Observou esse comentarista: "... a despeito da legislação nazista..., que efetivamente negava personalidade jurídica aos judeus e a outros, parece não ter havido normas de direito positivo (*positive enactment*) autorizando as exterminações... Qualquer que fosse a posição da lei nos dias de Hitler, as atividades nazistas neste campo nada mais eram do que atos arbitrários e ilegais (*nothing but arbitrary, illegal acts*), tolerados pela Justiça alemã.." (ob. cit., p. 362).

Admitindo-se, com a melhor doutrina, que o conhecimento da ilegalidade do ato, ou a possibilidade desse conhecimento, é essencial para a integração do elemento subjetivo do crime, ele deve ser presumido em certos casos (Glacer, ob. cit., p. 492, 519 ss). E Stangl era um graduado servidor da polícia judiciária, que em razão do cargo não deveria desconhecer a legislação da Alemanha sobre o homicídio. Por outro lado, as providências tomadas pelos alemães, para manter as vítimas inscientes

do seu destino e para eliminar os vestígios materiais da carnificina, é presunção mais forte ainda de que os dirigentes e executores dessa política não ignoravam a criminalidade do seu procedimento.

O problema, portanto, desliza da justificativa *respondeat superior* para a coação moral, cujo teste jurídico é a possibilidade de escolha, aplicado também pelos tribunais internacionais do pós-guerra. Discute-se, na doutrina e na jurisprudência, quanto ao ônus da prova em tais casos. De qualquer modo, caiba a prova do erro de direito ou da coação moral à defesa, ou caiba à acusação a prova contrária, o que se tem é um problema de prova, cujo exame compete ao juízo da ação penal e não ao da extradição (DL 394/38, art. 10, *caput, in fine*).

Se tivéssemos, porém, de levantar um pouco o véu da prova, a conclusão seria desfavorável ao extraditando. Ele ingressou no Partido Nazista antes da guerra, antes mesmo de ser admitido no quadro policial, como consta do seu depoimento de 1938 (Extr. 272, v. 1, f. 74, 87). E fez uma rápida carreira. De diretor-substituto passou a diretor da secretaria de Hartheim (1941), e daí ao comando de Sobibór e Treblinka (1942). Que fez o comandante de um campo de extermínio de vidas humanas? Pelo menos, mantém o funcionamento dessa máquina de matar. E o coronel Globocnik, ao insistir pela promoção de Stangl, recomendava-o como seu melhor chefe de campo de concentração (Extr. 273, folha 134v.).

Tais circunstâncias nos impedem de acolher, muito menos de ofício, a justificativa do cumprimento de ordem superior, em termos de coação moral, que só o juízo da ação penal poderá apreciar devidamente, pelo conjunto das provas que lhe forem apresentadas.

VIII - Suficiência da Acusação

Não nos parece procedente a defesa, quando alega ser imprestável, em face do art. 7º do DL 396/38, a descrição dos crimes em que se fundam os pedidos de extradição. Demonstrou o procurador-geral que as circunstâncias de lugar e tempo, bem

como os meios utilizados, foram expostos de modo suficiente, e poderíamos aduzir: com excesso de pormenores.

Ficou cabalmente configurada a materialidade dos crimes, e os indícios da participação do extraditando foram apontados com abundância, inclusive pela natureza de suas atribuições em Hartheim (depoimento de 1947, Extr. 272, v. 1, f. 74, 79), e por sua posição de chefia, por alguns meses, em Sobibór, e durante cerca de um ano, em Treblinka, o que foi confirmado nos interrogatórios a que procedemos.

Se essa participação foi de mera cumplicidade ou de coautoria, distinção que em nosso Cód. Penal já não afeta o quantitativo legal da pena (art. 25), mas tão somente a sua individuação (art. 42), isto é problema que cabe ao juízo da ação penal elucidar, através das provas.

IX - Documentação

Também não acolho a alegação do defensor dativo contra a juntada ulterior de documentos, por parte dos Estados requerentes. Esses elementos — incluindo o pedido formal de extradição da Áustria e algumas peças essenciais dos pedidos da Alemanha e da Polônia — deram entrada em tempo oportuno, pois o Tribunal poderia, a requerimento do procurador-geral, suspender este julgamento e conceder prazo até 45 dias aos Estados requerentes para suplementação dos seus documentos (DL 394/38, art. 10, § 2º; Extr. 270, 19-4-67; vd. art. 6º do Projeto do Comitê Jurídico Interamericano e comentário de Renato Ozores, *La Extradición en el Derecho Interamericano*, 1958, p. 25).

Sobre a nova documentação foi aberta vista ao ilustre defensor, que sobre ela se manifestou. Pode, portanto, ter havido sacrifício pessoal para S. Exa., que se desincumbiu do seu *munus*, com grande brilho, cumprindo exemplarmente o encargo que lhe confiou o relator, sem pedir uma única prorrogação de prazo. Somente um profissional de sua categoria, festejado professor de processo penal, teria dado ao extraditando a eficiente assistência que ele teve. Se houve sacrifício do defensor,

repito, não houve sacrifício da defesa, do ponto de vista legal. Não há, pois, nulidade ou inépcia dos pedidos de extradição a ser declarada.

X - Prescrição

O relatório esclarece bem, conquanto resumidamente, os termos da controvérsia posta nestes autos, na matéria que agora passamos a examinar, com mais desenvolvimento.

A) Polônia

O procurador-geral e o defensor dativo demonstraram a inadmissibilidade do pedido da Polônia, por se ter verificado a prescrição da ação penal daquele país, de acordo com a lei brasileira. Assim se manifestou, em seu parecer, o prof. Haroldo Valadão (DJ 26-5-67, p. 1.541):

" ... Para a interrupção da prescrição exige a lei brasileira, Cód. Pen., art. 117, I, a existência de despacho de recebimento da denúncia ou da queixa, isto é, do requerimento do Ministério Público e de decisão judicial iniciando processo, ou segundo admitimos, pelo menos a instrução criminal contra o acusado.

Interrompida a prescrição por tal ato, recomeçará a correr, novamente, do dia da interrupção, art. 117, § 2º.

Na espécie não demonstra o Estado requerente a existência de qualquer ato de abertura judicial do processo de extradição que tivesse podido interromper a prescrição.

O doc. de f. 60, assinado de Wiesbaden, na Alemanha, pelo major auditor da Comissão Central de Pesquisas dos Crimes Alemães na Polônia, dá ciência de que foi enviada em 30 de março de 1946 Carta Precatória contra Stangl, f. 60 e 88, não conferindo com o nome inicial da relação de docs. que fala em Franz Stangl, f. 59 e 86.

Aliás, à f. 64 há referência a Stangl, como outra pessoa.

E os de f. 60-63v., e 64-65 contêm depoimentos prestados perante o Juiz de Investigações (Instrução) da Região do Tribunal Distrital de Sielce, a 9 de outubro e 3 de dezembro de 1945 contra o acusado.

Não constituem, por certo, o ato de recebimento da denúncia o despacho de abertura da instrução da lei brasileira.

Mas ainda que, por ampla interpretação, significassem os últimos o reconhecimento de uma abertura de instrução, anterior, a interrupção não se teria verificado, pois seriam de dezembro de 1945, tendo, assim, começado nova prescrição a partir de 3 de dezembro de 1945, completando-se a 3 de dezembro de 1965, sem qualquer nova interrupção.

Pela ocorrência, assim, da prescrição segundo a lei brasileira, opinamos pela ilegalidade e improcedência do presente pedido."

Não é, pois, necessário discutir a questão — posta pela defesa — de que a ordem de prisão, expedida na Polônia pelo procurador-geral, não satisfaz à condição da lei brasileira, que menciona prisão ordenada por juiz ou tribunal competente (arts. 5º e 7º).

B) Alemanha

Quanto aos crimes de Treblinka, demonstrou igualmente o procurador-geral, prof. Haroldo Valadão, que a prescrição foi interrompida na Alemanha por ato do juiz de instrução do Tribunal de Düsseldorf, de 4-5-60 (Extr. 274, f. 279). Esse ato foi praticado antes de decorridos 20 anos — que é o prazo prescricional do Código alemão (§ 67, art. 1º, n. 1) e do brasileiro (art. 109, 1) — a contar da época em que o extraditando deixou o comando de Treblinka (agosto de 1943 — Extr. 274, f. 35, 38), pois os crimes ali praticados têm indiscutível caráter de continuidade (C. Pen. Bras., artigo 111, c).

O ato do magistrado alemão, de 4-5-60, que acolheu promoção acusatória do Ministério Público, ajuizada na véspera (Extr. 274, f. 227), e ao qual se seguiu, no dia imediato, a ordem de prisão expedida pelo mesmo juiz (Extr. 274, f. 2), tem no processo penal alemão a finalidade e o efeito de abrir a instrução criminal, que é de natureza judiciária.

A ação penal por homicídio doloso é, na Alemanha, da competência do júri (Cód. de Org. Jud., § 80), como no Brasil, e começa, obrigatoriamente, pela promoção em que o Ministério Público, formulando a acusação com as indicações necessárias, solicita a abertura da instrução criminal (C. Pr. Pen., §§ 170 e 178). Esse ato equivale, em nosso país, à denúncia (C. Pen. Bras., artigo 102, § 1º; C. Pr. Pen., artigos 24 e 41), que o Promotor apresenta ao juiz-presidente do Tribunal do Júri.

Há, na Alemanha, outra acusação, mais formalizada, que o Ministério Público apresenta posteriormente, depois de colhida a prova perante o juiz de instrução. Esse novo ato acusatório corresponde, mais propriamente, ao libelo acusatório (C. Pr. Pen., arts. 416 e 417) do nosso processo do júri, com a diferença de preceder ao nosso libelo a sentença de pronúncia (C. Pr. Pen., art. 408).

Essa diferença, para o fim que temos em vista, não se reveste de maior significação, pois o que importa acentuar é que aquele segundo ato de acusação do Ministério Público germânico não corresponde ao primeiro ato de acusação do processo criminal brasileiro — a denúncia —, mas ao segundo, que é o libelo. O correspondente da nossa denúncia é, na Alemanha, o primeiro ato de acusação, no qual o Ministério Público solicita a abertura da instrução criminal nos processos da competência do júri.

Em consequência, o ato judicial que, na Alemanha, acolhe o pedido de abertura — ou de extensão — da instrução criminal tem exata correspondência com o nosso despacho de recebimento da denúncia (C. Pr. Pen., art. 394), que também abre a instrução judicial e produz, pelo nosso Código, o efeito de interromper a prescrição

(C. Pen., art. 117, I).

A demonstração que a esse respeito fez o prof. Haroldo Valadão foi corroborada pelo parecer do ministro Nelson Hungria, prestigiando as alegações do advogado da Alemanha.

Transcrevo, do primeiro, esta passagem (Extr. 274, f. 327):

"Leia-se tal denúncia... e ver-se-á que contém até os requisitos da denúncia do processo criminal brasileiro, do art. 41 do novo C. Pr. Pen., com a identificação do acusado, a exposição dos fatos e a capitulação dos crimes..., segundo os §§ 211, 47 e 74 do Cód. Pen. Alemão."

Do parecer do ministro Nelson Hungria seleciono este tópico:

"A denúncia do processo brasileiro ... assemelha-se ao Antrag do processo alemão, do mesmo modo que o libelo acusatório ... se identifica com a Anklageschrift..., que é também indeclinável nos processos relativos a crimes que incidem na competência do Tribunal de Jurados. Isto posto, é incontestável que o despacho do juiz de Instrução, deferindo a petição (*Antrag*) do procurador-geral (órgão do Ministério Público), coincide plenamente com o que entre nós se diz "recebimento da denúncia", isto é, o ato judicial que ... interrompe o curso da prescrição...".

Não importa discutir, a fundo, se aquele ato judicial do processo alemão é de natureza ordinatória ou jurisdicional, como não importa fazer tal indagação a respeito do despacho de recebimento da denúncia em nosso processo. E não importa, porque há controvérsia a esse respeito, mesmo neste Tribunal (HC ... 38.833, 1961, DJ 22-8-63, p. 745; HC 43.369, 1966, RTJ 39/639), e essa controvérsia não neutraliza o efeito interruptivo da prescrição, que nossa lei expressamente atribui àquele ato.

Portanto, mais que o *nomen iuris*, o que cumpre analisar e comparar no direito do Estado requerente e no do Estado requerido, sempre que o direito

extradicional exija uma condição a ser cumprida nos dois países, são os efeitos processuais do fato, ou ato, pois é em razão desses efeitos que a lei o faz influir no curso da prescrição. Se o efeito principal do recebimento da denúncia, em nosso país, é formalizar a ação persecutória do Estado, com a abertura da instrução judicial, interrompendo em consequência a prescrição, não podemos recusar ao correspondente ato judicial do processo alemão, qualquer que seja o seu nome ou forma, o efeito de interromper a prescrição, se dele também resulta que a instrução criminal foi aberta perante o Juiz competente.

Deixamos de discutir a questão nova, suscitada pela Alemanha em seu memorial, quanto a estar interrompida a prescrição pelo impedimento da Justiça alemã durante o regime nazista e nos primeiros anos do após-guerra, porque já ficou demonstrado que por outra causa a prescrição foi validamente interrompida naquele país.

Concluimos, pois, de acordo com a Procuradoria-Geral, que não prescreveu a ação penal em que se funda o pedido de extradição da Alemanha.

C) Áustria

1) Harthem. Pelas mesmas razões anteriormente aduzidas, também não prescreveu a ação penal em que se funda o pedido de extradição da Áustria, com relação aos crimes de Harthem. A instrução criminal já estava instaurada em Linz (Extr. 272, v. 1, f. 45, 46), e dela tivera ciência pessoal o acusado, em 19-5-48 (Extr. 272, v. 1, f. 53), como antes já tinha sido cientificado da instrução do processo e da sua prisão preventiva (21-7-47 — Extr. 272, v. 1, f. 45). Dias depois de intimado da acusação, conseguiu evadir-se para lugar incerto e não sabido (30-5-48 — Extr. 272, v. 1, f. 53, 115). Por motivo da fuga e de acordo com a lei, foi suspenso o processo (vol. cit., folha 151). Só se poderia suspender o que já estivesse iniciado. Não me parece, pois, que essa questão suscite maior controvérsia.

Alegaa defesa, porém, que o prazo da prescrição seria de cinco anos, e não de vinte.

Argumenta que a prisão comunicada ao extraditando em 21-7-47 fundava-se no § 5º do Cód. Penal austríaco, que se refere exclusivamente à cumplicidade. À pena prevista para a cumplicidade, sendo somente de 5 a 10 anos de prisão (§ 137), correspondia o prazo prescricional de 5 anos (§ 228, b, *in fine*). Esse prazo já estaria consumado, ao iniciar-se a instrução, em ... 21-7-47, pois o extraditando deixara o serviço de Hartheim em agosto de 1941.

Seria ilegítima, prossegue a defesa, a alteração que, em 19-5-48, fez o Ministério Público naquela classificação inicial, procurando inculpar o réu, não como cúmplice, mas como coautor de homicídio, sujeito então à prescrição de 20 anos. Essa modificação seria legalmente inadmissível, em primeiro lugar, por ser tardia, pois àquela data já estava prescrita a ação penal pela classificação anterior; em segundo lugar, porque a própria narrativa dos fatos, que então fez o Ministério Público, só poderia conduzir à acusação de cumplicidade e não de coautoria.

O procurador-geral respondeu satisfatoriamente a essa argumentação. A acusação ou denúncia do Ministério Público — e não a ordem de prisão anterior — é que classifica o crime, de onde se deduz a pena correspondente, para efeito do cálculo da prescrição. A ordem de prisão anterior à denúncia continha uma classificação provisória, que o Ministério Público poderia manter, ou não, na denúncia.

Entre nós, pela Constituição (artigo 150, § 12), a detenção ou prisão de qualquer pessoa deve ser imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal. Mas não é a classificação provisória contida nesse ato, ou na decisão que o juiz sobre ele vier a proferir, que servirá de base ao cálculo da prescrição. Esta se regula pela classificação posterior, da denúncia (salvo os casos de abuso), ou então, nas condições previstas em lei, pela pena imposta na sentença.

Além disso, como demonstrou o prof. Haroldo Valadão, e este argumento por si só seria decisivo, o § 5º do Cód. Penal austríaco, citado na primeira ordem de prisão do extraditando, não se refere exclusivamente à participação criminosa de menor relevo (cumplicidade propriamente dita): compreende tanto a mera cumplicidade como a coautoria, conforme o grau real da participação do indiciado. Basta ver, por exemplo, que aquele dispositivo se refere também ao mandante do crime, que é indiscutivelmente coautor.

Quanto à descrição da atividade criminosa do extraditando, observa o procurador-geral que o homicídio (no caso, homicídio qualificado, tanto pelo código brasileiro como pelo austríaco) era a atividade específica do camuflado "sanatório" de Hartheim. Stangl, embora não participando da execução material dos assassinatos, exercia função diretora na parte administrativa. Não há, pois, contradição da denúncia, quando lhe atribui a posição de coautor.

Essa argumentação parece de inteira procedência. Em primeiro lugar, não é evidente o abuso da classificação do Ministério Público. Em segundo, nossa doutrina sobre a prescrição pela pena concretizada (Súmula 146 do STF) pressupõe sentença condenatória, que fixe a pena abaixo do máximo legal. Isto não se verificou no caso de Hartheim, onde mais tarde veio a ser proferida sentença condenatória, mas somente para os corréus, e não para o extraditando. A prescrição teria de ser apreciada, portanto, em função da pena máxima (*in abstracto*), e não pela pena que em relação a dois dos corréus veio a ser concretizada na sentença. O prazo prescricional é, portanto, de 20 anos, e foi interrompido, validamente, segundo o direito da Áustria e do Brasil. Pelo mesmo raciocínio, também não se consumou a prescrição intercorrente.

2) Sobibór e Treblinka. Quanto ao outro processo, perante o Tribunal de Viena, referente aos crimes de Sobibór e Treblinka, parece-nos de todo procedente a defesa, *data venia* do parecer do procurador-geral. O ato praticado em relação àqueles crimes e ao qual se pretende atribuir efeito interruptivo da prescrição não nos parece que seja equiparável ao nosso recebimento da denúncia. Embora interrompesse a prescrição, consoante o direito austríaco, não a interrompeu pelo

direito brasileiro.

O indiciado, àquele tempo, estava foragido. Foi expedido um ato do juiz de instrução, em 21-3-62 (Extr. 272, v. 1, f. 25), para descobrir o seu paradeiro, para determinar a sua residência ou morada, como consta da tradução oficial. A notícia resumida do ato menciona os §§ 134 e 135, art. 3º, do C. Pen., que tratam do homicídio qualificado, sem indicação de qualquer texto sobre prescrição. Também não consta do processo se precedeu a esse ato do juiz uma acusação do Ministério Público. Ainda que tenha havido, como o seu texto não veio aos autos, não se pode verificar se ela continha os elementos que a pudessem assemelhar à denúncia do processo penal brasileiro.

O memorial da Áustria, entretanto, qualifica o referido ato de citação por edital (p. 22) e menciona o § 227 do Cód. Penal austríaco, que inclui entre os atos interruptivos da prescrição "o mandado de citação do indiciado" e "a perseguição do indiciado com a sua procura através de editais" (trad. do memorial). Diz a tradução italiana, de Bertolini (2ª ed., 1857): "se contro il reo come imputado fu emessa una citazione ... ovvero se come imputado _fugià ... inseguito con messi e con circolari di arresto".

No processo penal brasileiro, a citação não precede, mas sucede, ao recebimento da denúncia (C. Pr. Pen., art. 394). Pressupõe, portanto, a ação penal já promovida pelo Ministério Público (não está em causa a ação penal privada) e a instrução judicial aberta pelo despacho de recebimento da denúncia, pois a citação, ordenada na mesma oportunidade desse recebimento (art. 394), é para o réu comparecer e ser interrogado pelo juiz. Na Áustria, entretanto, a julgar pelo memorial do seu advogado, a citação do indiciado, que se encontre em lugar incerto ou desconhecido, pode anteceder à denúncia, isto é, à promoção em que o Ministério Público, indicando os elementos indispensáveis à acusação, pede a abertura da instrução criminal.

O Dr. procurador-geral, sustentando que aquele ato tinha caráter

persecutório, creio que mencionou o § 416 do Cód. de Processo Penal da Áustria. Entretanto, o dispositivo que se refere à captura parece ser o § 414. Essas ordens expedidas pelo juiz, quando alguém é suspeito de ter cometido o crime, se referem, provavelmente, a uma fase preliminar, quando ainda não há formal acusação do Ministério Público. Por isso, ainda que tenha caráter persecutório o ato ora questionado, parece indiscutível que precedeu à denúncia. Do contrário, essa denúncia teria sido enviada com a documentação da Áustria, e não foi.

Nestas condições, o ato que no processo penal brasileiro mais corresponderia àquele mandado judicial não seria o recebimento da denúncia (ainda não oferecida), mas a prisão preventiva, quando ordenada pelo juiz na fase do inquérito policial, a requerimento do delegado de polícia, ou do Ministério Público, ou com a audiência deste. Entretanto, a essa prisão, que também é ato persecutório, visando garantir a regular aplicação da lei penal, mas não é ato de abertura da instância judicial, o nosso direito não atribui efeito interruptivo da prescrição.

O prof. Haroldo Valadão (procurador-geral da República): — Eminente ministro, eu me baseei no art. 416, porque na Áustria não há inquérito policial; na Áustria, há instrução criminal.

O Sr. ministro Victor Nunes (relator): — Exato!

O prof. Haroldo Valadão (procurador-geral da República): Ora, se o ato é do juiz de instrução, é prévia. O meu raciocínio foi apenas a título de esclarecimento a Vossa Excelência.

O Sr. ministro Victor Nunes (relator): — O eminente mestre está presumindo que houve ato formal de acusação por parte do Ministério Público. Mas ele não está nos autos.

O prof. Haroldo Valadão (procurador-geral da República): — Eu disse que

não estava, e se há só instrução criminal (aliás, vê-se, no Código, que esses atos de perseguição judicial são atos de instrução, vem depois da instrução), e se expediu o ato é porque houve abertura da instrução.

O Sr. ministro Victor Nunes (relator): — Eu presumo, ao contrário, que não houve acusação formal do Ministério Público, pois o ônus da prova de tais atos incumbe ao Estado requerente. Se houvesse tal acusação, ela estaria no processo, pois outros atos de menor importância recheiam estes volumes. Por que não veio essa presumida denúncia, que teria tanta significação no problema da prescrição? Concluo, pois, que a questionada ordem do juiz de instrução precedeu à denúncia, equivalendo grosso modo à nossa prisão preventiva, decretada antes da denúncia, isto é, na fase do inquérito policial. Ato ao qual, repita-se, o nosso direito não atribui efeito interruptivo da prescrição.

Figuremos uma situação inversa à destes autos. O juiz brasileiro teria ordenado a prisão preventiva, na fase do inquérito policial, a requerimento do Ministério Público, ou com o seu parecer favorável. Com base nesse mandado de prisão, o Governo brasileiro teria pedido a extradição do indiciado, foragido em outro país. Se, a contar do fato criminoso, houvesse transcorrido o prazo legal da prescrição e no Estado requerido também houvesse a regra da lei mais favorável nessa matéria, a extradição teria de ser negada, por não ter sido a prescrição interrompida por aquele mandado de prisão, de acordo com o direito brasileiro. Como, pois, haveremos de ter por interrompida, na Áustria, uma prescrição que, em situação comparável, não estaria interrompida no Brasil?

Por estas razões, o meu voto é pelo indeferimento do pedido da Áustria, em relação aos crimes de Treblinka e Sobibór, como sustentou, em sua defesa, o prof. Xavier de Albuquerque.

A) Competência

Tendo concluído pela legalidade e procedência do pedido da Alemanha, e bem assim de um dos pedidos da Áustria, passamos agora ao exame da preferência, pois a decisão dessa matéria parece-me caber ao Supremo Tribunal, e não ao Poder Executivo.

Na falta de tratado (art. 6º, § 3º), nossa lei estabelece diversos critérios de preferência (art. cit., *caput* e § 1º), estipulando afinal que, "nos demais casos, a preferência fica ao arbítrio do governo" (art. cit., § 1º, b, *in fine*). Parece que, na opinião do ilustre procurador-geral, o exame da preferência caberia ao Governo em qualquer caso.

O Sr. ministro Gonçalves de Oliveira: — O procurador-geral, aqui no Plenário, disse que cabe ao Supremo Tribunal Federal.

O Sr. ministro Victor Nunes (relator): — Para S. Exa., parece que, em qualquer caso, o exame da preferência caberia ao Governo. Entretanto, como o Governo não exerceu esta prerrogativa, mandando os três pedidos ao Supremo Tribunal, o exame da preferência teria sido, então, transferido para nós.

O prof. Haroldo Valadão (procurador-geral da República): — Achei que cabia ao Governo, mas que, se o Governo mandou os três pedidos para cá, já não cabe mais. Acho, aliás, que a atitude do Governo foi muito nobre, porque poderia o Supremo denegar um e não os três.

O Sr. ministro Victor Nunes (relator): — V. Exa. corrobora a minha impressão. Prossigo na leitura do meu voto.

À primeira vista, não seria desarrazoado interpretar-se que, em qualquer caso, a deliberação caberia ao Governo, e não ao Tribunal; bastaria, para isso, pôr

ênfase no vocábulo "arbítrio", que se lê no citado dispositivo. Desse modo, nos casos previstos na lei, o Governo resolveria o assunto, mas sem arbítrio, isto é, consoante os critérios legais; "nos demais casos", a deliberação do Governo ficaria ao seu arbítrio, isto é, sem vinculação a qualquer critério legal.

Entretanto, não nos parece que esta seja a melhor interpretação. Em primeiro lugar, porque a Constituição (art. 114, I, g) incumbe ao Supremo Tribunal "processar e julgar originariamente... a extradição requisitada por Estado estrangeiro". Nessa atribuição de julgar, que pressupõe a apreciação de quaisquer aspectos de legalidade, está incluída a competência para decidir, havendo mais de um Estado requerente, qual deles, pelos critérios que a lei define, tem prioridade para receber o extraditando.

Em segundo lugar, em face da própria lei, cuja interpretação em termos conclusivos cabe ao Supremo Tribunal, chegar-se-ia à mesma conclusão. Um dos critérios de preferência que a lei estabelece é a gravidade da infração (art. 6º, § 1º); o caráter da infração influi na sua gravidade, e pelo art. 2º, § 3º, da lei, compete "exclusivamente" ao Tribunal "a apreciação do caráter da infração".

Esse dispositivo está incluído na parte da lei que se refere aos crimes cujo "caráter" pode constituir obstáculo à extradição. Mas o mesmo preceito vem repetido no art. 10, quando veda ao governo atender a qualquer pedido de extradição "sem prévio pronunciamento" do Tribunal sobre sua "legalidade e procedência...", bem como sobre o caráter da infração, na forma do art. 2º, § 30."

Se o legislador quisesse referir-se apenas aos crimes pelos quais a lei veda a extradição, bastaria mencionar, no art. 10, o pronunciamento do Tribunal sobre a legalidade e procedência do pedido. A insistência no seu pronunciamento "sobre o caráter da infração" evidencia que o caráter da infração também deve ser apreciado sob o aspecto da sua gravidade, para se determinar a preferência, quando houver mais de um pedido de extradição.

B) Territorialidade

Pela nossa lei, na ausência de tratado, cabe a prioridade ao Estado "em cujo território a infração foi cometida" (art. 6º, *caput*). Este critério favorece a Áustria, quanto aos fatos de Hartheim, mas está afastado, quanto aos crimes de Treblinka (território polonês), já que, em relação a eles, apenas consideramos procedente o pedido da Alemanha.

Entretanto, a Alemanha, como já foi assinalado, procurou socorrer-se do princípio da territorialidade. Alegou, citando a Convenção de Haia sobre leis e costumes da guerra terrestre (18-10-1907), que, ao tempo em que foram cometidos os crimes de Treblinka, estava aquele território sob a "soberania do Reich alemão, na qualidade de potência de ocupação" (Extr. 274, f. 19).

Observou o procurador-geral que o único dispositivo citado na Convenção, em que se poderia fundar a pretensão da Alemanha, é o seu artigo 43, que permite à potência ocupante, a cujas mãos se transferiu de fato a autoridade do poder legal, tomar todas as providências que visem a garantir, tanto quanto possível, a ordem e a vida pública no território ocupado. Mas, diz ele, não se pode inferir desse dispositivo, nem de qualquer outra norma de direito internacional, que o território da Polônia, ocupado durante a guerra, tivesse sido anexado à Alemanha, e muito menos que se devesse considerar território alemão para todos os efeitos.

Parece-nos de inteira procedência a objeção do procurador-geral. Em primeiro lugar, não se trata de ocupação consentida (Leo Strisower, *L'Exterritorialité et ses Principales Applications, Recueil des Cours*, 1925, p. 272). Em segundo, a exterritorialidade das forças invasoras só se pode fundar, juridicamente, na ausência das autoridades locais. Nesta contingência, alguma outra autoridade teria de fazer suas vezes. Afora esse fundamento jurídico, a potência ocupante atua como poder de fato (Strisower, *ob. e loc. cit.*: Despagnet, cit. por Francesco Capotorti, *L'Occupazione nel Diritto di Guerra*, 1949, p. 45), entendendo alguns autores que coexistem dois ordenamentos estatais válidos durante a ocupação (Capotorti, *ob. cit.*, p. 57).

É de se concluir, portanto, que essa exterritorialidade corresponde somente ao período da ocupação, e bem assim que não alcança as pessoas que já tenham deixado o serviço das forças armadas ocupantes (Strisower, ob. cit., p. 271).

Aplicando essas noções ao caso dos autos, é de se recordar que nem Stangl pertencia às forças armadas alemãs, quando serviu em Treblinka, nem pertence mais ao serviço policial alemão, nem subsiste a ocupação do território de Treblinka pelos alemães.

O amplo conceito de exterritorialidade sustentado aqui pela Alemanha, levá-la-ia, com mais forte razão, ao exercer o seu direito — que seria também um dever — de disputar à Áustria, com base no princípio territorial, o julgamento de todos os crimes ali cometidos durante os diversos anos de *Anchluss*, reclamando o desaforamento, para a Justiça alemã, de todos os processos pendentes nos tribunais austríacos.

Este argumento *ad absurdum* — de que já se valera o procurador-geral em relação a numerosos fatos jurídicos que tiveram lugar no território polonês durante a guerra — contribui para afastar o princípio da territorialidade para efeito da preferência pleiteada pela Alemanha.

Gravidade da Infração

Segue-se o critério do art. 6º, § 1º, letra *a*, ou seja, a preferência do Estado, cujo pedido "versar sobre a infração mais grave, segundo a lei brasileira."

Na legislação brasileira, como de regra nas outras legislações, há correspondência entre a gravidade da infração e a gravidade da pena, e a pena, em nosso direito, não é rigidamente tabelada. Para dosá-la, o juiz levará em conta (C. Pen., art. 42) os antecedentes e a personalidade do agente, a intensidade do dolo, o grau da culpa, os motivos, as circunstâncias e consequências do crime. O Cód. Pr. Pen., por sua

vez (artigo 78, II, letra *b*), adota, entre outros critérios, o "do lugar em que houver ocorrido maior número de infrações", para determinar a competência, no caso de mais de um juízo serem competentes.

A conjunção desses dois dispositivos mostra que o conceito de gravidade da infração, a que se refere o nosso direito extradicional, para se determinar a preferência entre os Estados requerentes, não se refere apenas ao tipo do delito cometido, mas também, se o confronto for entre delitos do mesmo tipo, à gravidade *in concreto*.

No caso dos autos, verifica-se esta última hipótese.

Tendo-se em vista os elementos previstos em nossa lei para a dosagem da pena, que em grande parte está em correspondência com a gravidade do delito cometido, é indiscutível que as infrações penais cometidas em Treblinka foram muito mais graves que as de Hartheim, inclusive, como foi observado no memorial da Alemanha, porque não se poderia, em relação a Treblinka, invocar a eutanásia para uma possível, embora remota, qualificação de homicídio privilegiado. Cabe, pois, à Alemanha a preferência para a extradição, já que recusamos o julgamento pela Áustria quanto aos fatos de Treblinka.

Prevê também a nossa lei (artigo 6º, § 2º) que, reconhecida a preferência de um dos Estados requerentes, pode ser estipulada a condição da entrega ulterior do extraditando aos outros requerentes. Ficaria, pois, a Alemanha com a obrigação de reextraditar o acusado, a fim de ser julgado, na Áustria, pelos fatos de Hartheim.

XII — Conclusão

Concluo o meu voto, Sr. presidente, autorizando a entrega do extraditando à Alemanha, mediante o compromisso de ser convertida a pena de prisão perpétua — se esta lhe for aplicada — em pena de prisão temporária, e de ser o extraditando entregue, ulteriormente, à Justiça da Áustria, observadas as demais condições do DL 394/38, especialmente as do art. 12. Em consequência, julgo prejudicado o HC 44.074.

VOTO

O Sr. ministro Aducto Cardoso: — Sr. presidente, são realmente, admiráveis os trabalhos do eminente Sr. ministro relator e do doutor procurador-geral da República e a minha difícil situação de primeiro vogal tem que ser justificada, porque, acompanhando como acompanhei o voto do eminente Sr. ministro Victor Nunes e dando a ele quase que integral solidariedade, tenho que justificar-me de discrepar de S. Exa., rogando-lhe que para isso me dê a vênua necessária quanto à prescrição e à preferência.

Eu entendo, Sr. presidente, que depois que o homicídio passa a se chamar "morticínio", não se poderá distinguir entre o mais grave e o menos grave. O morticínio tem sempre...

O Sr. ministro Hahnemann Guimarães: — Genocídio.

O Sr. ministro Aducto Cardoso: — Eu fujo ao neologismo: Genocídio; para me referir, apenas, àquilo que já era da nossa lei penal, antes da L. 1.088. Morticínio houve em Hartheim ou em Treblinka; dificilmente se poderá dizer qual deles terá sido o mais grave.

Por outro lado, eu tenho dificuldade em deixar de concordar com o Dr. procurador-geral da República, no seu admirável trabalho, no sentido de que o extraditando estava sob prisão preventiva, como reconhece o próprio eminente Sr. ministro relator. Fugiu durante a instrução criminal.

O Sr. ministro Victor Nunes (relator): — Quanto a Hartheim. Não quanto a Sobibór e Treblinka. Este é outro processo.

O Sr. ministro Aducto Cardoso: — V. Exa. talvez não me tenha ouvido. Não

posso distinguir entre dois morticínios o mais grave.

O Sr. ministro Victor Nunes (relator): — Na Áustria, fizeram-se dois processos: um, em Linz, quanto a Hartheim; outro, em Viena, quanto a Sobibór. Na acusação de Linz, não se dizia palavra sobre Treblinka.

O Sr. ministro Aducto Cardoso: — Exatamente. Mas o que acontece é que há prioridade, que se deve conceder à República Federal da Áustria, em razão do processo de Hartheim, que envolve e supera a prioridade que se pudesse conceder à República Federal da Alemanha.

É por isso que, concordando, inteiramente, com o voto de V. Exa., eu apenas discrepo na matéria da prioridade, entendendo que se deve atender, prioritariamente, ao pedido da Áustria, pois que a instrução estava aberta enquanto fugiu o extraditando e não se pode compreender ocorrência de prescrição com a instrução criminal iniciada.

O Sr. ministro Victor Nunes (relator): — Mas isto quanto a Hartheim. Também não dei pela prescrição, quanto a Hartheim.

O Sr. ministro Aducto Cardoso: — Mas concluiu que Hartheim não tinha prioridade.

O Sr. ministro Victor Nunes (relator): — Se V. Exa. mandar, primeiro, o extraditando para a Áustria, para que depois o entregue à Alemanha, esse compromisso não se cumprirá, porque a lei austríaca proíbe a extradição dos seus nacionais.

O Sr. ministro Aducto Cardoso: — V. Exa. acha que, nos casos de prioridade processual, não deve competir ao Supremo Tribunal do Brasil decidir? Devemos reconhecer a prioridade que nos parece, em primeiro plano, como a mais natural e aquela que absorve os fatos.

O Sr. ministro Victor Nunes (relator): — Mas atente V. Exa. para o art. 42 do C. Penal. As consequências do delito são levadas em conta para se determinar sua gravidade, pois esta influi na fixação da pena. Não podemos dizer que matar 12 ou 13.000 pessoas em Hartheim seja a mesma coisa que matar 300.000 em Treblinka.

O Sr. ministro Aducto Cardoso: — V. Exa., que tem sido meu mestre em tantas oportunidades, poderia me esclarecer se a primeira afirmativa que fazia, ao dar meu voto, sofre de sua parte qualquer contestação, isto é, se a palavra "morticínio", a prática de homicídio em massa, depois de ultrapassar certa cifra, não é mais passível de confronto ou de comparação em termos de maior ou menor gravidade? Entre matar 20.000 ou matar 200.000, V. Exa. acha que não há possibilidade, do ponto de vista de consequências penais, estabelecer-se alguma gradação?

O Sr. ministro Victor Nunes (relator): — Sim, uma gradação vinculada à extensão das consequências, pois o art. 42 do Cód. Penal também manda levar em conta a intensidade do dolo, para determinar a gravidade do delito e, portanto, a fixação da pena. É claro que uma vida humana é tão valiosa como centenas ou milhares. Mas o crime de genocídio foi instituído como crime de direito internacional em razão, entre outros elementos, da quantidade das vítimas. Se tivessem assassinado dois ou três judeus, não haveria a vasta literatura que temos sobre o genocídio.

O Sr. ministro Aducto Cardoso: — Em Hartheim também foi genocídio.

O Sr. ministro Victor Nunes (relator): — Não sei se foi, porque não está completamente esclarecido se a intenção, ali, era de exterminar uma raça. Fala-se em doentes mentais, em pessoas fracas ou envelhecidas, em adversários políticos...

O art. 42 manda, expressamente, considerar a "intensidade do dolo ou grau da culpa". Pode-se dizer que a situação de Stangl, comandando um campo de extermínio, Treblinka, é a mesma de quando dirigia o escritório administrativo de outro estabelecimento de extermínio, Hartheim, onde dois médicos eram os principais responsáveis pela parte, propriamente, das execuções?

O Sr. ministro Aducto Cardoso: — Não desejo, Sr. ministro relator, contrapor o meu conhecimento, quase que perfunctório dos fatos, àquele conhecimento admirável que V. Exa. demonstrou em seu relatório. Mas, além das alegações ou dos fundamentos que já apresentei, no sentido de não atender a essa prioridade para República Federal da Alemanha, ainda ocorre o caso da existência da prisão perpétua, no caso da República Federal da Alemanha.

O Sr. ministro Hahnemann Guimarães: — Mas o eminente Senhor ministro relator exige que seja estipulada a comutação da pena de prisão perpétua em prisão temporária.

O Sr. ministro Aducto Cardoso: — No caso, meu caro mestre Hahnemann Guimarães, eu adoto aquela desconsolada e cética afirmativa do eminente Sr. ministro Gonçalves de Oliveira sobre a validade dos compromissos impostos pelo Judiciário ou pelo Executivo ao Judiciário de um outro País: não sabemos até que ponto esse compromisso de comutação poderá ser atendido.

O Sr. ministro Hahnemann Guimarães: — Mas o eminente Sr. ministro relator citou jurisprudência deste Tribunal em que se estabeleceu a comutação e não houve notícia de que não houvesse sido atendido o compromisso.

O Sr. ministro Victor Nunes (relator): — Os doutrinadores ressalvam os casos de extradição pedida de má-fé. Mas, neste Tribunal, ninguém supõe que a Alemanha, a Áustria, ou a Polônia esteja pedindo de má-fé a extradição.

O Sr. ministro Aducto Cardoso: — Entre o compromisso de comutação e a solução do problema através de uma modificação da escala de prioridades, entendo, Sr. presidente, que a concessão dessa prioridade ao pedido da Áustria nos traz mais garantias e nos convém mais, do ponto de vista político-judiciário de assistência internacional à repressão ao crime.

É por isso que, divergindo do eminente Sr. ministro relator apenas quanto à prioridade, que eu concedo ao pedido da Áustria, acolho e dou inteiro apoio ao voto de S. Exa.

VOTO

O Sr. ministro Djaci Falcão: — Sr. presidente, Srs. ministros. Da leitura do minucioso relatório distribuído pelo eminente Sr. ministro Victor Nunes, do exaustivo e erudito parecer do eminente professor Haroldo Valadão, do confronto dos brilhantes trabalhos oferecidos pelos ilustres advogados e, já agora, após a análise percuciente feita pelo eminente Senhor ministro relator, guardo a tranquila convicção da presença dos pressupostos materiais e formais que legitimam o deferimento da extradição solicitada pela Alemanha e pela Áustria.

Dúvida não padece de que ao extraditando é imputada a prática de homicídio qualificado, nos campos de extermínio de seres humanos da Áustria, da Polônia e da Alemanha.

Nos pedidos, são descritos crimes, com indicação de lugar, de mês e de ano, onde a marcante participação do extraditando Stangl, como diretor e colaborador, surge a cada passo dos processos.

Em relação aos crimes praticados em Hartheim, na Áustria, desde que houve abertura da instrução criminal, como se infere dos atos processuais determinados pelo Tribunal de Linz, quais sejam prisão preventiva, ato de acusação ou libelo verificados em julho de 1948, tem-se interrompido, assim, o curso do prazo prescricional, que é de 20 anos, inclusive em face da legislação penal brasileira — art. 109, inc. I, do nosso C. Penal. Isso, sem a necessidade de se aludir à convocação, por decisão do Tribunal de Viena, ocorrida a 21 de março de 1962, na *persecutio criminis* da ação penal. Ademais, ali, nos dias que correm, a pena é tão só privativa da liberdade.

No que tange ao pedido formulado pela Polônia, em razão de crimes cometidos em Sobibór e Treblinka, não está positivada, na verdade, a existência de qualquer ato de abertura judicial de processo, de modo a caracterizar a interrupção do prazo prescricional, que começou a fluir nos idos de 1943 e de que já resultou a extinção da ação penal, pelo decurso de prazo superior a vinte anos.

Ademais, a figura da entrega, arguida pelo ilustre advogado da Polônia, foge, evidentemente, ao alcance do instituto da extradição.

E, no que diz respeito à Alemanha, inatacável é a jurisdição da Justiça alemã por se tratar de estrangeiro a serviço da própria Nação, da Alemanha.

Por outro lado, a provocação do Ministério Público, através de requerimento de instrução do processo, firmado a 3 de maio de 1960, a toda evidência interrompeu o prazo de prescrição dos crimes de Treblinka, tanto em face da lei alemã (§ 68 do C. Pen.), como à vista do C. Pen. Brasileiro (art. 117, inc. I), eis que os delitos ocorreram nos anos de 1942 e 1943.

Finalmente, não há cogitar de crime de natureza política, consoante ressaltou, com invejável acerto conceitual, o eminente Sr. ministro relator.

Acolho, também, o voto de S. Exa. quanto ao entendimento de prioridade da Justiça alemã.

Com estas singelas considerações, concluo, pois, com o eminente senhor ministro relator, pela entrega do extraditando à Alemanha e à Áustria, sucessivamente, desde que não há Tribunal internacional para julgar os crimes que lhe são imputados.

VOTO

O Sr. ministro Eloy da Rocha: — Sr. presidente, estou de acordo, na quase totalidade, com a fundamentação do brilhante voto do eminente ministro relator e não

vou senão fazer, ainda, uma ou outra ponderação, sobre alguns dos pontos principais, e, por último, manifestar minha divergência, no tocante à preferência do pedido.

A primeira questão, posta no voto, como nos debates, é constitucional, a saber, a falta de declaração ou promessa de reciprocidade, que, para a defesa, deveria existir, na forma do art. 83, inc. VIII, da Constituição de 1967. Não acolho a alegação, já pelos fundamentos expostos pelo eminente relator. Tenho como certo que essa declaração de reciprocidade, no caso, não se compreende no preceito constitucional que confere ao presidente da República, privativamente, competência para celebrar tratados, convenções e atos internacionais, *ad referendum* do Congresso Nacional. Não se cuida, aqui, de celebrar ato internacional. Cuida-se, somente, de receber declaração manifestada de conformidade com a lei do Estado requerente — no processo de extradição, cujo julgamento, pela Constituição, cabe ao Supremo Tribunal Federal. A Constituição, não art. 114, inciso I, letra *g*, ao dispor que ao Supremo Tribunal Federal compete processar e julgar a extradição, dá-lhe o poder de apreciar o pedido na totalidade.

A segunda questão, por igual, foi bem decidida: a da compatibilidade da pena aplicável ao extraditando, com o sistema constitucional brasileiro — art. 150, § 11, da Constituição. A solução está no compromisso previsto no art. 12 do DL 394, de 28-4-38.

O ponto maior da controvérsia, afora o da preferência, reside na prescrição. A regra, com referência à prescrição, é a da lei brasileira, se esta for favorável ao extraditando. Nessa hipótese, incidirá a lei brasileira, inclusive quanto à regulação dos atos que possam interromper ou suspender o curso do prazo prescricional. Não observará o Tribunal, no julgamento de extradição, outra regra sobre a prescrição, que não a da lei brasileira, se esta for favorável.

O Sr. ministro Gonçalves de Oliveira: — Não seria melhor ambas: a da lei estrangeira e a da lei brasileira, se esta for favorável.

O Sr. ministro Eloy da Rocha: — Se houver coincidência, não haverá problema. Se o conflito, prevalecerá a lei brasileira, sendo propícia ao extraditando. Por isso, dispõe o DL 394 que não será concedida a extradição, quando se tiver verificado a prescrição, segundo a lei do Estado requerente, ou a brasileira. No conflito, no tocante ao prazo de prescrição, ou à causa interruptiva, qualquer que seja a diversidade, deve ser aplicada a lei brasileira.

Assim, não se admitiria a imprescritibilidade, para certo crime, contrariamente ao que acontece entre nós. Respeitada aquela condição, as normas do Estado requerente serão aplicáveis, também, relativamente à questão, de direito material, de suspensão ou interrupção do curso da prescrição. Mas daí não se segue que, no exame dessa questão, se pudesse cogitar da aplicação, por inteiro, do processo de Estado estrangeiro. Mencionou-se, no debate, com acerto, que não é possível que se busque identidade total nos processos dos diferentes Estados. O eminente procurador-geral da República, no parecer escrito e no oral, que são lições magistrais, mostrou, com propriedade, que é necessário examinar, com adaptação, a respeito da causa interruptiva, o processo do Estado requerente, para ver se há, no fundo, coincidência; se se realiza o mesmo fim que o legislador brasileiro teve em vista, ao instituir a causa interruptiva da prescrição. Quando a nossa lei penal especifica como causa de interrupção o recebimento da denúncia ou da queixa — art. 117, inciso I, do C. Penal — assim declara porque este ato, em o nosso sistema penal, significa o início da ação penal. É o ato de acusação formal, estabelecido na lei, que constitui o começo da ação penal. É evidente, entretanto, que, se a peça acusatória não é recebida, mas rejeitada, não se pode falar em ação penal iniciada. A partir do momento em que a denúncia é recebida pelo juiz, interrompe-se o prazo da prescrição. Dentro deste sistema legal, que se impõe, é preciso apurar se, na espécie, ocorreu, ou não, a prescrição.

O caso da Polônia é fora de dúvida. Está sendo julgado, pacificamente, que não houve nenhum ato, que servisse de interrupção da prescrição, entre os fatos atribuídos ao extraditando e o início da ação penal. O da Alemanha também não enseja discussão. Dá-se como recebida a acusação em 4 de maio de 1960. Interrompeu-se, então, para o processo na Alemanha, o prazo de prescrição da lei brasileira, de vinte

anos.

Mas, como se viu, do voto do eminente relator e dos que se lhe seguiram, quanto à Áustria há lugar para controvérsia. As imputações referem-se a três grupos de fatos e a três lugares. Em relação aos fatos de Hartheim, não há dúvida, porque, em março de 1948, foi oferecida a acusação. A defesa alega que essa acusação importou mudança na qualificação do delito, que não se poderia considerar para efeito da prescrição. O termo inicial não seria março de 1948, porém agosto de 1941. Não me parece, *data venia*, que tenha valia o argumento, porque, retificada ou aditada a denúncia, para o efeito de nova qualificação do crime, da última se há de contar o prazo. Assim, com referência a Hartheim, não ocorreu a prescrição. A discussão, a meu ver, poderá existir quanto aos fatos praticados em Sobibór e em Treblinka. Mas, no que concerne a estes, igualmente estou de acordo com o eminente relator.

Resta a questão, que se me afigura mais difícil, de saber qual o Estado que deve ter preferência na entrega. O eminente relator analisou minuciosamente o texto legal sobre a preferência, que é o art. 6º do DL 394. A primeira regra sobre a preferência é a do § 3º: a estipulada em tratado. Não havendo tratado, incide a lei, que faz distinção: se se trata do mesmo fato ou de diversos. Não se trata, aqui, do mesmo fato, senão de diversos.

Portanto, é aplicável a regra do § 1º. Quando não for o caso de observância dessas regras, a preferência ficará ao arbítrio do Governo brasileiro. Dispõe o § 1º, letra *a*:

"Tratando-se de fatos diversos: a) o que versar sobre a infração mais grave, segundo a lei brasileira".

Peço vênias ao eminente relator para dissentir de seu entendimento sobre a expressão legal: "infração mais grave, segundo a lei brasileira". A classificação do crime é que definirá a infração mais grave, segundo a lei brasileira. Conforme inferi da exposição feita, como pude ler nos memoriais e no relatório, a qualificação legal dos

crimes, em todos os pedidos, é a mesma. Desse modo, a meu ver, não se resolve a preferência, na espécie, com a regra do § 1º, letra *a*, do art. 6º.

Com o voto do eminente relator, em face dos três pedidos, avulta essa questão da preferência. Consideração relevante é a de que é deferido o pedido da Áustria, para julgamento, somente, dos fatos de Hartheim. A requisição da Alemanha não se estende a estes fatos; reduz-se aos de outro grupo, os de Treblinka. A Alemanha, com fundamento na lei que lhe permite punir agente, mesmo estrangeiro, que, no exercício de função pública alemã, em qualquer parte, tenha cometido crime, pede extradição, unicamente, em relação a Treblinka, e não a Sobibór e a Hartheim, onde o extraditando também procedeu na qualidade de agente alemão. Vê-se que o fundamento de seu pedido é, ainda, o da territorialidade — inadmissível, no caso — porque Treblinka, na Polônia, fora ocupada pela Alemanha.

Parece-me que a preferência se determinará nos termos do art. 6º, § 1º, letra *b*, isto é, terá prioridade o Estado que, em primeiro lugar, houver solicitado a entrega. Portanto, a Áustria. Há uma objeção, que ouvi dos eminentes colegas, para a declaração de prioridade da Áustria, com a condição, que o eminente relator já mencionou, de assumir o Estado a que for assegurada a preferência, o compromisso de fazer, depois, a entrega ao outro requerente: a lei austríaca não permite a extradição de nacional, por crime cometido no estrangeiro; ele será julgado conforme a lei austríaca. Cabe, pela lei brasileira, a prioridade à Áustria. A mesma lei, que dá essa prioridade, preceitua que poderá ser imposta a condição de entrega ulterior a outros requerentes. Essa condição será declarada na decisão do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a legalidade do pedido.

O Sr. ministro Aliomar Baleeiro: — Permita V. Exa.: aí haveria um embaraço de ordem legal na Áustria. É que ela, como o Brasil, não concede a extradição do nacional. Então se vedaria completamente a possibilidade de esse extraditando ser entregue mais tarde a julgamento na Alemanha. A solução que propôs o eminente relator asseguraria os dois objetivos.

O Sr. ministro Eloy da Rocha: — É exatamente o que me faz ponderar. Pela lei brasileira, a meu ver, cabe a preferência à Áustria, com a condição do art. 6º, § 2º. Ao cumprimento da decisão do Tribunal, poder-se-á opor, na Áustria, a regra local de ordem pública: O austríaco não será extraditado, por crime cometido no estrangeiro; ele será julgado segundo a lei austríaca. Ora, este Tribunal poderá impor aquela condição? Explica-se a minha afirmação, feita há um instante, de que, para mim, a maior dificuldade é resolver sobre a preferência do pedido. A solução deverá resultar de adaptação, de conciliação dos princípios. Por isso, concordo, agora, diante do debate, em acompanhar o voto do eminente relator, também nessa parte, embora, em princípio, me parecesse acertado reconhecer a preferência da Áustria.

VOTO

O Sr. ministro Aliomar Baleeiro: — Sr. presidente, acredito que o eminente ministro Edgar Costa, quando tiver de completar sua preciosa obra sobre os casos célebres do Supremo Tribunal Federal, por certo incluirá o julgamento desta tarde.

Pelas horas que consumi esta noite, até madrugada, e toda a manhã, só em ler os memoriais — e não consegui devorá-los todos —, posso avaliar a corveia terrível, que desempenhou com todo brilho e êxito o eminente relator. Aliás, todos os que participaram do julgamento, os ilustres advogados, o Dr. procurador-geral da República, todos cumpriram admiravelmente seu dever. Quero fazer referência especial ao advogado dativo que o eminente relator nomeou ao extraditando. Raras vezes na história do foro brasileiro terá um advogado cumprido o seu dever com tanto zê-lo, tanta abnegação, numa causa tão dura e tão ingrata. Isto deve honrar o foro de Brasília, e servirá de exemplo a todos os jovens que aqui tão dignamente exercem sua missão.

Acredito que este desempenho do professor Xavier de Albuquerque se poderá comparar àqueles casos famosos, a que se referiu Rui Barbosa nos discursos que proferiu na Ordem dos Advogados, em 1911 e em 1914.

Mas, Sr. presidente, já o assunto foi completamente analisado, dissecado, retalhado, e acredito que este acórdão servirá de uma espécie de consolidação de várias teses, que em outros processos de extradição já foram a floradas.

No final das minhas leituras desta manhã, calculei como iria votar, e me felicito de ver que meu voto coincidiu com o do eminente Relator. Tive dúvidas a respeito de Hartheim.

Pareceu-me que os crimes ali cometidos estavam prescritos. Mas creio que houve algo como um libelo, algo como uma etapa para o julgamento imediato, quando o extraditando fugiu, em 1948. Nesse caso não se completaram os vinte anos.

Quanto à questão da reciprocidade, também fiquei profundamente vacilante, não que fosse insensível aos argumentos do eminente procurador-geral da República, que analisa os problemas da preferência, da reciprocidade e até mesmo sobre certos aspectos de ordem prática. Parece-me que o mais líquido dos casos, sobre interrupção de prescrição, é aquele da Justiça de Düsseldorf, em 4-5-62.

Acompanho em toda linha o voto do eminente Relator, com as mesmas cautelas, condições e limites, inclusive no que se refere à reciprocidade. Parece-me que isto está no pensamento de S. Exa., embora na conclusão não houvesse referência ao compromisso da reciprocidade.

VOTO

O Sr. ministro Adalício Nogueira: — Sr. presidente, eu não ousaria, nesta altura da discussão que se travou, em torno deste processo, aditar quaisquer considerações de ordem jurídica, ao brilhante voto do eminente relator, com quem declaro estar, em todos os aspectos da questão ventilada.

É oportuno, neste momento, manifestar a repulsa da minha consciência jurídica a esse genocídio monstruoso, a esse crime inominável que, lembrando os versos do imortal poeta português: “é um crime que profana todas as grandes leis da consciência humana, todas as grandes leis da vida universal.”

É esse um crime que, ao menos no plano moral, é irresgatável e imprescritível, porque transcende, de muito, a órbita do direito comum, para ferir, fundamente, não só o direito humano, mas, por assim dizê-lo, o próprio direito divino e o direito natural. Isso significa que ele refoge às prescrições da legislação ordinária, para alcançar uma repressão, que a estreiteza dos Códigos não comporta, em face dos traços hediondos que o entenebrece e horrorizam.

É esse um delito estranho, que atenta, brutalmente, contra todos os sentimentos de fraternidade e de solidariedade humana; que vulnera o que há de mais nobre, de mais alto e de mais sagrado na alma do homem, degradando-o à bestialidade, à grosseria e à estupidez da mais baixa animalidade. Nem a inconsciência da era da caverna o aviltou tanto.

Faço essas declarações que soam como um desabafo, para significar que um crime de tal porte não pode ser julgado à luz do rigor da técnica, tão exaltada pela brilhante inteligência do douto advogado do extraditando, mas à vista de critérios morais impostergáveis, que, em fato de tamanha relevância, devem proeminar e primar sobre a frieza das apreciações jurídicas.

VOTO

O Sr. ministro Evandro Lins: — Quero pôr em destaque, como antigo advogado que fui, na especialidade criminal, durante muitos anos, a atuação dos advogados nesta causa, mais quero dar um relevo especial ao trabalho do prof. Xavier de Albuquerque, impecável na forma e magistral na técnica. Ressalto a dignidade, a

altitude, a elevação com que enfrentou uma causa ingrata e impopular ...

O Sr. Ministro Adalício Nogueira: — Peço licença a V. Exa. para declarar que sou solidário às suas palavras, nesse ponto.

O Sr. Ministro Evandro Lins: — elevando-se à altura dos grandes exemplos de advogados que, em todos os tempos, tem sabido pôr, além do seu talento, também, a sua bravura e a sua capacidade de sacrifício na defesa dativa, desinteressada, de um acusado de crimes repugnantes.

Acho que a ata dos nossos trabalhos deve registrar esse esforço, esse trabalho prestado, de ofício, à Justiça, como o estudo e a preocupação de desincumbir-se da sua tarefa, para que, amanhã, não se diga, num julgamento desta importância, num caso de repercussão universal, que a Justiça brasileira não deu ao extraditando um advogado à altura da sua defesa, sabidamente difícil e arriscada.

Sr. ministro Aliomar Baleeiro: — Muito bem!

Sr. ministro Evandro Lins: — É claro que não preciso elogiar o Dr. procurador-geral da República pela sua atuação no processo.

Mas ao que quero dar ênfase, nesta hora, é ao trabalho do advogado de defesa, embora divergindo da sua argumentação num ponto: é quando Sua Excelência diz que na lei brasileira a interrupção da prescrição só se dá através de atos decisórios. O art. 117 do C. Pen. também faz interromper a prescrição "pelo início ou continuação do cumprimento da pena" e "pela reincidência". Nenhuma dessas hipóteses é ato decisório. Parece-me que, neste ponto, o entusiasmo do advogado levou-o a fazer uma afirmação contrária ao que se contém em nossa legislação positiva. A reincidência, que não é ato decisório, e, sim, um novo crime praticado pelo próprio réu, interrompe a prescrição.

Assim também acontece com o início do cumprimento da pena. Vê-se, pois,

que a prescrição pode interromper-se com a existência de um fato que não importa em decisão do juiz.

O Sr. ministro Gonçalves de Oliveira: — O ilustre advogado queria referir-se à ação penal antes do julgamento.

O Sr. ministro Evandro Lins: — Os atos de interrupção, previstos no art. 117, do C. Pen., são esses. E quanto ao ato de recebimento da denúncia — o próprio advogado sabe, tão bem quanto nós, e o eminente relator pôs isso em destaque —, há controvérsia sobre se é um ato decisório, ou se meramente ordenatório.

Com relação à preferência, acho que há um argumento decisivo em apoio da conclusão do eminente relator. O crime não foi cometido apenas no território polonês, ou apenas no território alemão. A preferência decorre de que, entre vários atos, talvez o principal — a deliberação para a execução do crime —, ocorreu na Alemanha, na cidade de Berlim. Foi lá que um grupo se reuniu para deliberar a "solução final", eufemismo para o extermínio e liquidação da raça judaica. O crime foi cometido, principalmente, na Alemanha, quer dizer, o seu planejamento partiu todo de Berlim. A sua execução material é que se deu em Treblinka, Sobibór e Hartheim, e em outros lugares. Os corréus no processo estavam na Alemanha e já foram, vários deles, julgados pela Justiça desse país. A preferência, de acordo com a nossa lei, está em que o crime foi cometido também em território alemão. Além disso, o extraditando era funcionário do Governo alemão, na época do crime, e agia nessa qualidade. A maior gravidade, com a devida vênia do eminente ministro Aducto Cardoso, me parece que é, indiscutivelmente, a dos crimes cometidos em Treblinka. Se nós nos enchermos de horror com o morticínio de treze mil pessoas no laboratório de Hartheim, esse horror é elevado ao cubo quando sabemos que foram setecentos mil os mortos dos campos de Treblinka.

O Sr. ministro Aliomar Baleeiro: — Em Hartheim, pode-se dizer que houve, talvez, eutanásia, ou coisa assim. Há países que aplicam a castração em certos criminosos, embora exijam a concordância.

O Sr. ministro Evandro Lins: — Além da maior gravidade, os crimes de Treblinka se deram durante maior espaço de tempo, ou seja, durante um ano, enquanto em Hartheim a sua atuação foi de alguns meses. Portanto, maior intensidade da ação criminosa em Treblinka.

Maior gravidade, também, porque o extraditando tem, no processo de Treblinka, uma posição muito mais destacada do que no processo de Hartheim.

A brilhantíssima defesa do prof. Xavier de Albuquerque ainda levantou a questão da não interrupção da prescrição nas contravenções. Realmente, não há interrupção porque o processo se inicia através de portaria, ou através de prisão em flagrante. Não se dá a prescrição porque a menor importância, a menor gravidade da infração fez com que o legislador não necessitasse cogitar de causa interruptiva. No crime houve uma precaução do legislador pela necessidade de impedir que as delongas do inquérito policial, ou o congestionamento da Justiça, retardando o julgamento do processo, pudessem facilitar a prescrição de infrações graves, com desastrosas consequências para a defesa social. É certo — como disse o ilustre advogado — que o extraordinário Carrara coraria, se vivesse, ao ler uma disposição penal que interrompesse a prescrição com o recebimento da denúncia.

Mas, legem habemus.

Sr. Presidente, estou de inteiro acordo com o eminente relator.

VOTO

O Sr. ministro Gonçalves de Oliveira: — Sr. Presidente, também estou de acordo com o douto, brilhante e substancioso voto do eminente ministro relator. Estou, também, de acordo com S. Exa. quando exige do Estado requerente que não imponha ao extraditando uma pena perpétua. Esta cautela, de resto, a meu ver, resulta

da interpretação do art. 12, letra *a*, na nossa Lei de Extradicação, DL 394, quando diz:

"A entrega não será efetuada sem que o Estado requerente assumira os compromissos seguintes: não ser detido o extraditado em prisão, nem julgado, por infração diferente da que haja motivado a extradição e cometida antes desta, salvo se livre expressamente consentir em ser julgado ou se permanecer em liberdade, no território desse Estado, um mês depois de julgado e absolvido por aquela infração, ou de cumprida a pena de privação de liberdade que lhe tenha sido imposta."

Quer dizer: essa restrição é no pressuposto de que será dada ao extraditando, no máximo, a pena privativa de liberdade, que é prevista pela lei, em vinte anos, atualmente.

Então, Sr. presidente, como assinalou o douto advogado do extraditando, tenho posto restrições a que a Administração do país requerente possa assumir o compromisso pelo Poder Judiciário, mas é verdade que a nossa lei prevê esse compromisso, no art. 12. E como a extradição já está consentida, já está concedida por este Tribunal, fico de acordo com o eminente relator, em impor ao Estado requerente esse compromisso expresso.

Com estas considerações, acompanho o voto do eminente relator.

VOTO

O Sr. ministro Cândido Motta: — Estou de acordo com o voto do eminente relator em todos os seus termos, acrescentando, ainda, as palavras do eminente ministro Evandro Lins, a propósito do ilustre advogado dativo, a quem rendo minhas homenagens.

RETIFICAÇÃO DE VOTO

O Sr. ministro Aducto Cardoso: — Sr. presidente, mais importante do que as minhas convicções é a unanimidade do Tribunal. Prestei ao admirável trabalho do eminente procurador-geral da República a homenagem do meu voto, com o reconhecimento de prioridade para o pedido da República Federal da Áustria. Agora, presto homenagem a este Tribunal, rogando que Vossa Excelência proclame a decisão como unânime, já que, para isso, acompanho a conclusão do eminente relator.

EXTRATO DA ATA

Extr. 272 — Áustria — Rel.: Min. Victor Nunes. Repte.: Governo da Áustria (Adv.: George Tavares). Extdo.: Franz Paul Stangl (Adv.: Francisco Manoel Xavier de Albuquerque).

Extr. 273 — Polônia — Rel.: Min. Victor Nunes. Repte.: República Popular da Polônia (Adv.: Alfredo Tranjan). Extdo.: Franz Paul Stangl (Adv.: Francisco Manoel Xavier de Albuquerque).

Extr. 274 — Alemanha — Rel.: Min. Victor Nunes. Repte.: República Federal da Alemanha (Adv.: Antonio Evaristo de Moraes Filho). Extdo.: Franz Paul Stangl (Adv.: Francisco Manoel Xavier de Albuquerque).

HC 44.074 — DF — Rel.: Min. Victor Nunes. Impes.: José Octávio Teixeira Pinto e Sklinner Lopes. Pcte.: Franz Paul Stangl.

Decisão: Indeferido o pedido da Polônia; autorizada a entrega do extraditando, em primeiro lugar, à Alemanha, com o compromisso de conversão da pena de prisão perpétua em prisão temporária, e, bem assim, o da ulterior entrega do extraditando à Justiça da Áustria, observadas as demais condições da lei, especialmente as do art. 12; julgado prejudicado o *habeas corpus*. Decisões unânimes.

Presentes os Srs. ministros Aducto Cardoso, Djaci Falcão, Eloy da Rocha, Aliomar Baleeiro, Oswaldo Trigueiro, Adalício Nogueira, Evandro Lins, Hermes Lima, Victor Nunes, Gonçalves de Oliveira, Cândido Motta, Hahnemann Guimarães e Lafayette de Andrada. Licenciados os Srs. ministros Pedro Chaves e Prado Kelly.

Plenário, em 7 de junho de 1967. — Álvaro Ferreira dos Santos, vice-Diretor-Geral.

JULGAMENTO INCIDENTE NO HABEAS CORPUS 44.074 - DF

Processo penal. Publicidade excessiva e prejudicial. Pedido prejudicado. Pedido prejudicado quanto a esse incidente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, julgar prejudicado o pedido de providências.

Brasília, 29 de março de 1967. — Gonçalves de Oliveira, presidente — Victor Nunes Leal, relator.

RELATÓRIO

O Sr. ministro Victor Nunes: — Sr. presidente, o Sr. ministro da Justiça comunicou a V. Exa., em ofício de 6 de março corrente, a prisão preventiva do cidadão austríaco Franz Stangl, "seriamente suspeito de ser responsável pela morte de mais de cem mil pessoas".

V. Exa. mandou que se aguardasse o pedido de extradição ou *habeas corpus*.

A seguir, os advogados José Otávio Teixeira Pinto e Sylvio Sklinner Lopes requereram *habeas corpus* em favor de Franz Stangl, e dias depois dirigiram a V. Exa. o seguinte telegrama, que me foi presente, como relator do *habeas corpus*:

"Advogados de Franz Stangl sabedores através imprensa Guanabara intenção Chefe Polícia Brasília, exhibi-lo em entrevista coletiva imprensa falada escrita televisada como espetáculo à curiosidade mórbida de muitos o que poderia criar opinião pública contrária a um sadio julgamento *habeas corpus* vem requerer que esta egrégia Corte tome medidas necessárias para que tal fato não aconteça proibindo esse atentado à dignidade humana contrário às nossas tradições cristãs termos em que requerem seja sustado o intento daquela autoridade em exhibir Franz Stangl em público espetáculo sob qualquer pretexto".

O Sr. diretor-geral do Departamento da Polícia Federal, em ofício, que recebi ontem, prestou informações, nestes termos:

"Nenhuma razão assiste aos patronos de Franz Paul Stangl, que também se apresenta como Paul Stangl ou Franz Stangl, pois não cogita a Direção-Geral deste Departamento apresentá-lo como espetáculo à mórbida curiosidade de quem quer que seja; não praticaria este "atentado à dignidade humana ou às nossas tradições cristãs", mesmo em se tratando de Franz Paul Stangl, acusado de haver eliminado em campos de concentração na Áustria, Polônia e Alemanha, cerca de setecentas mil vidas; não

poderá, contudo, impedir que representantes da imprensa nacional e estrangeira, no legítimo desempenho da função de informar, que lhes é própria, busquem avistar-se com o paciente, autor de um dos mais hediondos crimes praticados contra a humanidade no curso da última Grande Guerra; ao contrário do pretendido pelos ilustres patronos do paciente, o fato de ser entrevistado não poderia causar movimento de opinião pública, capaz de influir no sadio julgamento desse Superior Tribunal, sempre fundado na prova e no Direito; saliente-se, outrossim, que a figura do paciente e os crimes por ele praticados vêm sendo, desde a sua prisão, focalizados pela imprensa, sem que lhe tenha sido proporcionado com ela avistar-se diretamente, o que lhe possibilitaria, ao contrário do pretendido pelos seus doutos advogados, defender-se perante a opinião pública das terríveis imputações que lhe são feitas e o tornam execrável ao convívio de todos os homens de bem."

Trouxe o caso ao Plenário, em primeiro lugar, por estar este pedido de *habeas corpus* vinculado a processo de extradição, consoante a comunicação do Sr. ministro da Justiça; em segundo lugar, para apreciarmos o incidente sobre a receada publicidade em torno do caso.

Quanto ao mérito, estou solicitando informações ao Sr. ministro da Justiça, para oportuna apreciação do Tribunal. É o relatório.

VOTO

O Sr. ministro Victor Nunes (relator): — As informações do Diretor-Geral do Departamento de Polícia Federal mostram que não se justifica o receio dos impetrantes. S. Exa., embora sustentando que o contato do paciente com a imprensa falada e escrita seria útil à própria defesa, nega estar providenciando em tal sentido.

Não estou de acordo em que a excessiva publicidade seja favorável ao acusado, em processo de tal repercussão. Como é sabido, este problema ultimamente tem preocupado a Corte Suprema dos Estados Unidos, que anulou a condenação do Dr. Sam Sheppard, bem como a American Bar Association. As precauções

recomendadas, especialmente quanto ao júri, procuram evitar o que ali se convencionou chamar *trial by newspaper*.

Entretanto, Sr. presidente, em face das informações, julgo prejudicado o pedido de providências a que se refere o citado telegrama dos impetrantes.

Quanto ao mérito do pedido de *habeas corpus*, ficamos na dependência das informações do Sr. ministro da Justiça.

DECISÃO

Como consta da ata, a decisão foi a seguinte: Julgaram prejudicado o pedido de providências. Unânime.

Presidência do Exmo. Sr. ministro Gonçalves de Oliveira. relator, o Excelentíssimo Sr. ministro Victor Nunes. Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. ministros Djaci Falcão, Eloy da Rocha, Oswaldo Trigueiro, Adalício Nogueira, Hermes Lima, Pedro Chaves, Victor Nunes, Cândido Motta Filho e Lafayette de Andrada. Ausentes, justificadamente, os Excelentíssimos Srs. ministros Adauto Cardoso, Evandro Lins, Aliomar Baleeiro, Prado Kelly e Hahnemann Guimarães. Licenciado o Exmo. Sr. ministro Luiz Gallotti, presidente.

Brasília, 29 de março de 1967. — Álvaro Ferreira dos Santos, vice-diretor-Geral.